

Revista Notarial 974

Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de Redacción

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba María de los Ángeles Frontini

María Rosa del Milagro Martín

Maximiliano Martín Sancisi

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja



Consejo Directivo

Presidente	Jorge Alberto Mateo
Vicepresidente 1°	Malvina Julia Zalabardo
Vicepresidente 2°	Carlos Ernesto Suares
Secretario de Gobierno	Walter César Schmidt
Secretario de Relaciones Institucionales	Emilio Eduardo Ballina Benites
Secretaria de Asuntos Previsionales	María Nélide Dómina
Secretario de Aportes	Martín Ariel Ferrari Riganti
Secretaria de Relaciones Profesionales y Cultura	Patricia Elena Trautman
Secretario de Administración	Esteban Rafael Tisnés
Tesorero	Daniel Oscar García
Protesorero	Sebastián Sureda Lago
Consejeros	Guillermo Martín Álvarez Ana Laura Bastián Gustavo Aníbal Bras Eduardo Atilio Brizuela Elina Inés Carreira Gastón Renato di Castelnuovo Mauricio Rodolfo Esponda Alberto Oscar Fernández Elba María de los Ángeles Frontini Fernando Esteban Lagae Nelly Olga López Haydeé Susana Maggiolo Maximiliano Molina Marcelo Eduardo Pérez Consentino Haydée Sabina Podrez Yaniz Leandro Nicolás Posteraro Sánchez Diego José María Valentini Santiago Luis Vassallo Amelia Teresa Viacava Eugenia Inés Zarranz
Decano Honorario del Notariado Bonaerense	Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Nicolás Duba Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Stella Maris Perdriel Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	Mercedes Rosa Pérez Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	Marcela Alejandra Muscariello General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Esteban Rafael Morcillo Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Federico José Rodríguez Acuña Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Leandro Horacio Atkinson Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Miguel Ángel Queirolo Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	Silvina González Taboada San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Leopoldo Bernard Calle 60 N° 2664 - (B7630CMH) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Abel José Camiletti Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	María Viviana Laurente Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Guillermo Luis Vassallo Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Carlos María Morello Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4713-0333 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	Ramiro María Flores Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Pedro Abel Ilarregui Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María de los Ángeles Pablos Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Jorge Alberto Mateo*

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Gabriela Verna.

Miembros: María Ana Mendía, María del Carmen Ayarra, Adriana Myrtha Sosa, Federico José Rodríguez Acuña, Dora Nancy Fiorentini, Juan Andrés Mourguy, Aurelio García y Mariana Patricia Melchiori.

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Etchart.

Miembros: Mercedes Rosa Pérez, Raúl Armando Olocco, María Alejandra Borelli,

Rubén Diego Martín Cavagna, María del Pilar Llorens, Guillermo Aldo Luder y Mariano Martín Guerra.

Coordinación de comunicaciones institucionales

Claudia A. Rebagliati

Consejo Federal del Notariado Argentino

Taller de Producción Gráfica

Unidad de Información Financiera (UIF)

VICEPRESIDENCIA 1º / *Malvina Julia Zalabardo*

Asesoría Notarial Personalizada

Asesores: Adriana N. Abella, Cristina N.

Armella, Jorge Raúl Causse, Eduardo Gabriel Clusellas, Gastón di Castelnuovo, Zulma A. Dodda, Julio Roberto Grebol, Néstor Daniel Lamber, Marcela Haydée Tranchini y Aldo Emilio Urbaneja.

Miembros: Marta Menéndez, Silvia Beatriz Salem, Nilda Beatriz Rosa, Juan Ignacio Melgarejo, Carla Mezzini, Armando Luis Arcone y José Inda.

Biblioteca "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Centro Institucional de Mediación

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Nora Mabel Georgieff.

Departamento de Registros Especiales

Fundación Editora Notarial

Revista Notarial

Universidad Notarial Argentina

VICEPRESIDENCIA 2º / *Carlos Ernesto Suarez*

Archivo de Actuaciones Notariales

Comisión de Bancos

Presidente: Fernando De Salas.

Miembros: Alejandro Nicolás Loyácono, Néstor J. Villores, Gabriela De Los Santos, Jorge Alejo Pandini, Nicolás Cavagna, Fernando Javier Larre, Pablo Augusto Villola y Javier Delgado.

Departamento de Inspección General

Inspectores de Regularización Dominial

Tribunal de Regularización Dominial

Seguros

SECRETARÍA DE GOBIERNO / *Walter César Schmidt*

Asesoría Tributaria

Comisión de Asuntos Fiscales y Municipales

Presidente: Roberto Daniel Mayo.

Miembros: Eduardo Raúl Bertoglio, Ignacio D. Fioramonti, Javier Hernan Moreyra, Roberto Adrián Favelis, Mariano Castelucci, Rosario Zabala, Teresa María de los M. Gasparín y Eduardo A. Brizuela.

Miembros: María Gimena Arias, Marcos Meas, Nicolás Máspoli, María Alejandra Re, Paula Mariana Marello, Brígida Gloria Raffo, Guillermo Horacio Godoy y José María Schoenfeld.

Comisión de Enlace con el Registro de la Propiedad

Presidente: Zulma A. Dodda.

Miembros: Hernán Horacio Karp, Pablo Adrián Álvarez, María del Carmen Kiricos, Delia M. Miranda, Carolina Bianchini, Viviana Rita María Pellegrino de Scotto Lavina, Laura Garate,

Comisión de Enlace con Arba

Presidente: Mirta Negrelli.

Sandra Fabiana Mazziotta, Marcelo Eduardo Urbaneja, Verónica Estela Storti, Mariana Armendariz, Alfredo Ceferino Troilo Marcos, Claudia Alejandra Rebagliati, Gabriela Alejandra Vaccaro, Milena García, Julio Sebastián Ugalde y Guillermo Borges.

Comisión de Informática

Presidente: Gastón Javier Bavera.
Miembros: Silvina Gizzi, Federico Travascio, Valeria Lourdes Dorantti García, Marcelo E. Solari del Valle Ferrari, María Natalia Sequeiro,

Claudia Mirta Pastorino, Evelyn Elke Steinhaus y Enrique Javier Jonas.

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Luis César Marinelli (h).
Miembros: Marcela M. Voiscovich, Mónica Rosalía Corti, Esteban Bedoya, Selene E. Posteraro Sánchez, Guillermo Zanotto, Noemí Haydée García y Julio Hernán Draque.

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / *Emilio Ballina Benites*

Convenio con la Fundación Æquitas

Comisión de Autoprotección

Presidente: Marcela Viviana Spina.
Miembros: Juan Pablo Berné, Cecilia Cuitiño, Estela María Falocco, René Carlos Casas, Silvia Rosa Enseñat, María Andrea Sánchez Negrete y Marta Mabel Inorreta.

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: María Luján A. Lalanne.
Miembros: César Mariano Carleschi Gil, María Rosa del Milagro Martín, Nicolás Agustín

Soligo Schuler, Humberta Pilar De Angeli, Natalia Martínez Dodda, Adriana Copes y Cecilia Dubini.

Comisión de Vivienda Social y Trabajo Oficial

Presidente: Karen Maina Weiss.
Miembros: Juan Martín Méndez, Sonia B. Zannotti, Santiago Falbo, Mariana Hefling, Graciela Noemí Rodríguez, Liliana Olga Cossini, Marcos María Badillo y Francisco Alejandro Chicote.

Personas Jurídicas

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *María Nélide Dómina*

Comisión de Atención de la Salud

Presidente: Juan Esteban Fal.
Miembros: María Carolina Méndez, Fernando Alfredo Villagarcía, Marcia Della Rosa, Cora Fidela Ocampo, Adelina Consentino, Guillermo Aníbal Longhi, Miguel Ángel Queirolo, Martín Guerrieri, Leopoldo Bernard, Pablo Alejandro Di Giano, María Florencia Peries, Laura Marisa Patricio, Nicolás Leber, Paola Julieta Pierri, Ramiro María Flores, Gustavo Alfredo Silva y Raúl Alberto Borges.

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Ana Lía Diana.
Miembros: Pedro Gandini, Jorge Omar Cambet Lacoste, Laura Susana Montani, Nelva Rafti de Tranchini, Raquel Elena Cerutti, Néstor José Zaccardi y Eduardo Mario de Jesús Rivarola.

Comisión de Perfeccionamiento Previsional

Presidente: Carlos Guillermo Ríos.
Miembros: Julio César Antollini, Horacio Alberto Ferrari, Susana María Wallace, Jorge Cardinal y Silvia Susana Sancisi.

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Juan Pedro Calou.
Miembros: Eugenia Irene María Bagnoli, María del Carmen Gaudino, María de las Mercedes Rivas, Florentino Basilio Guerrieri, Daniel Cristian Franco, Eugenio de Miguel y Pedro Abel Ilarregui.

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

SECRETARÍA DE APORTES / *Martín Ferrari Riganti*

Asesoría de Aportes

Comisión de Aportes

Presidente: Eduardo José Bras.
Miembros: Maximina Zabala, Valeria Laura Pepe, Alicia Broccardo, Soledad Daniela Has-san, Romina Valeria Guarino Schneider, Ariel De Santiago, Elena Silvia Ugalde y María de las Mercedes Lynn Berecibar.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: Silvina González Taboada.
Miembros: Verónica Echeverría, María Alejandra Valero, Lisandro Pedro Marchionni, María Emilia Chalela, Ester Carmen García, Esteban Pedro Morán, María Mercedes Braga Fusta y María de los Ángeles Pablos.

SECRETARÍA DE RELACIONES PROFESIONALES Y CULTURA / Patricia Trautman

Boletín Informativo

Comisión de Concursos

Presidente: Raúl Félix Martínez.

Miembros: Mariana Ronchetti, Virginia Hilda Baccini, Ignacio Macchi, Hernán Itoiz, Susana Rubí Brizuela, Gonzalo Matías Vásquez, Gustavo Fabián Rullansky y María Andrea Apat.

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Presidente: Julieta Ema Oriol.

Miembros: Maricel Hermida, Marina Gabriela Arana, Norma Elena Ciuró de Castello, Franco

di Castelnuovo, Mónica Juana Bolontrade, Ana Paula Talerico, Cecilia Néilda Massa y Carolina Boltiansky.

Comisión de Extensión Cultural

Presidente: Mónica Esther Saluppo.

Miembros: Norma Elena Sanz, Agustina Kelly, Elsa Susana Turdó, Mabel Noemí Cialé, Lilia Beatriz Garat, Blas Boló Bolaño y Nilda Torre de Saling.

Oficina de Concursos

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / Esteban Rafael Tisnés

Departamento de Recursos Humanos

Comisión de Personal y Administración

Presidente: María Isabel Mosca.

Miembros: Mirta Larceri, Marcela M. Muscariello, Ernesto Raúl Natoli, Pablo Héctor Morrone, Betina Lacasa, Diego de San Pablo y Abel José Camiletti.

TESORERÍA / Daniel O. García

Bancos / Inversiones

Comisión de Finanzas

Presidente: Diego José María Valentini.

Miembros: Romeo di Piero (h), Federico Lallement, Gerardo Agustín Clavin, Enrique Raúl Bottini, Andrés Avelino Zabala, Alfredo Patricio Street, Carlos María Morello y Andrés Passeggi Aguerre.

Comisión Especial Registral

Miembros titulares: Luis María Cabona, Oscar A. Romandetta Maruffo, Diego Luciano Carbajal.

Miembros suplentes: Gabriela Figueredo y Carlos Ressia.

Auditoría externa

PROTESORERÍA / Sebastián Sureda Lago

Comisión de Hacienda

Presidente: Sebastián Sureda Lago.

Miembros: Florencia Squirru, Gonzalo Ricardo Arizmendi, Jorge Ignacio Cambet, María Paula Velilla, Fernando Luis Montes, Julián Matías Castro, Christian Mauricio Flavio Troglio, Juan Ignacio Cavagna, Diego Leandro Molina, Mariano Costanzo, Martín Hernán Bruzzo, Rubén Santiago Stradiot, Ignacio Javier Salvucci,

Pilar Susana Martín, María V. Bonaterra, Silvia Marcolín de Raimondi y Bruno Maugeri.

Comisión de Edificios

Presidente: Enrique Guillermo Castro.

Miembros: Santiago Scattolini, María Luciana Villate, Juan Manuel Área, Alejandro Alberto Glaría, Ricardo Raúl Tolesano, Jorge Martín Mezzini y Guillermo Agustín Lagier.

Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

Jefe: Magdalena Isabel M. Rojo

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Nilda Cecilia Saling

Secretaria: Graciela Sanmarco

Tesorera: Norma E. Ciuró de Castello

CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES

Directora: Marta Raquel López

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de Rúbrica de Libros de Consorcios de Copropietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos de Autoprotección)

Directora: Marta Raquel López

Subdirectora: Claudia Maceroni

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General interina:

Olga Haydée Arreseygor

Cuerpo de inspectores:

Beatriz Mercedes Albizuri, Juan

Pablo Alegre, Elba Neli Álvarez, Ana

María Bucciarelli, Carlota Caraccio-

lo, Francisco Alejo R. Domínguez

Journet, Silvia Elena Doratti, Federico

Ricardo Gastaldi, Silvia L. Kühne,

Oscar Rodolfo Leggeri, María Anto-

nia Maggi, Hilda J. Manzanal, Luis Alberto Milani, Virginia Milani, Ana María Oneto, María Teresa Pellegrini, Eduardo Francisco Perrozzi, Haydeé Teresa Pietrangeli, Jorge A. Pollono, Miguel Daniel Terán, Martha Susana Torre y Gladys Edith Verzeri

Regularización Dominial:

Horacio T. Molina

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo

Presidente:

Jorge Alberto Mateo

Vicepresidente y Directora Ejecutiva:

Malvina Julia Zalabardo

Secretario:

Marcelo E. Pérez Consentino

Tesorero:

Sebastián Sureda Lago

Vocales:

Hilda Julia Manzanal y Eduardo Gabriel Clusellas

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros Titulares:

Osmar Ariel Pacho

Silvia Marcolín

María del Rosario Paso

Miembros Subrogantes:

Luis Felipe Basanta

Silvia Nelly Fernández de Ayán

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina Noemí Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria

Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario

Jorge Raúl Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocales

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos

Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (+)

José María Mustapich (+)

Carlos Alberto Pelosi (+)

Juan Vallet de Goytisolo (+)

Aquiles Yorio (+)

Alberto Villalba Welsh (+)

Carlos Cossio (+)

Ángel Martínez Sarrión

Mauro Cappelletti

Manuel Fraga Iribarne

Augusto Mario Morello (+)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (+)

Jorge Horacio Alterini

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

UNA - INSTITUTOS Y DIRECTORES

Derecho Agrario y de la Minería <i>Horacio Maiztegui Martínez</i>	Derecho Tributario <i>Viviana Di Pietromica</i>
Derecho Civil <i>Vacante</i>	Derechos Humanos <i>Otilia del Carmen Zito Fontán</i>
Derecho Comercial <i>Daniel R. Vítolo</i>	Filosofía del Derecho <i>Vacante</i>
Sala de Registración Societaria <i>Norberto R. Benseñor</i>	Historia y Organización del Notariado <i>Alejandro Diego Míguez</i>
Derecho Constitucional <i>Daniel Alberto Sabsay</i>	Investigación social <i>Elena García Cima de Esteve</i>
Derecho Inmobiliario <i>Adriana N. Abella</i>	Sistemas e Informática Notarial <i>Carlos Agustín Sáenz</i>
Derecho Internacional Privado <i>Sara Feldstein de Cárdenas</i>	Técnica Notarial <i>Vacante</i>
Derecho Notarial <i>Cristina Noemí Armella</i>	Centro Cultural y Museo "Roberto M. Arata" <i>Alejandro D. Míguez</i>
Derecho Penal <i>Javier Percow</i>	Biblioteca "Eduardo Bautista Pondé" <i>Vacante</i>
Derecho Procesal <i>Roberto Oscar Berizonce</i>	Sala del Derecho de Autor <i>Vacante</i>
Derecho Registral <i>Zulma A. Dodda</i>	Sala del Derecho de la Propiedad Intelectual <i>Vacante</i>

UNA - DELEGACIONES PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Azul: *Susana Haydée Iglesias*
Bahía Blanca: *María Verónica Scoccia*
Dolores: *Jorge Ignacio Cambet*
Junín: *Sebastián Justo Cosola*
La Plata: *Marcela H. Tranchini / Marcelo N. Falbo*
Lomas de Zamora: *Nicolás Soligo Schuler*
Mar del Plata: *Paula Giacomasso*
Mercedes: *Leandro N. Posteraro Sánchez*
Morón: *Fátima Cosso*
Necochea: *Marta Catalina Loidi / Fernando Riaño Laboranti*
Nueve de Julio: *Guillermo Martín Álvarez*
Pergamino: *Natalia Martínez Dodda / Mariela del Rosario Gorospe*
San Isidro: *Karina Salierno*
San Martín: *Adriana Copes*
San Nicolás: *María Verónica Bonaterra*
Tandil: *Marcos María Badillo*
Trenque Lauquen: *María Cristina García*

UNA - DELEGACIONES

CATAMARCA

María Belén Saadi Brizuela
Prado 337 - (4700) Catamarca

CÓRDOBA

Amara Bittar de Duralde
Obispo Trejo 104 - (5000) Córdoba

CORRIENTES

María del Carmen Richeni de Barreto
9 de Julio 1165 - (3400) Corrientes

CHACO

Marta Bonfanti
Av. Italia 123 - (3500) Resistencia

CHUBUT

Marcelo Luis Lizurume
Edison 475 - (9100) Trelew

ENTRE RÍOS

Zaida Martínez de Maiztegui Marcó
Urquiza 1166 - (3100) Paraná

FORMOSA

Jorge Salvador Cuño
Padre Patiño 812 - (3600) Formosa

JUJUY

María Gabriela Melano Ricci
Av. 9 de Abril 415
(4600) San Salvador de Jujuy

LA PAMPA

María Alicia Molinengo
25 de Mayo 434 - (6300) Santa Rosa

LA RIOJA

Irma Nélide Sartori de Ascoeta
Belgrano 72 - (5300) La Rioja

MENDOZA

Laura Chiapinotto de Ugalde
Patricias Mendocinas 758 - (5500) Mendoza

MISIONES

Mercedes E. Sigrid Benítez Chapo
Bolívar 555 - (3300) Posadas

NEUQUÉN

Ana Elsa Longo
Santa Fe 155 - (8300) Neuquén

RÍO NEGRO

Gastón Augusto Zavala
Don Bosco 1390 - (8332) Gral. Roca

ROSARIO

María Verónica García
Sergio A. Bengoechea
Córdoba 1852 - (2000) Rosario

SALTA

Alicia E. Karanicolas
Mitre 384 - (4400) Salta

SAN JUAN

Aída Laspina de Frese
Bartolomé Mitre 354 Oeste
(5400) San Juan

SAN LUIS

Fabiana Giovannini
Rivadavia 374 - (5700) San Luis

SANTA CRUZ

Norma Beatriz Abuin
Tucumán 52 - (9400) Río Gallegos

SANTA FE (1ra. Circunscripción)

Beatriz Dapello de Lorio
San Martín 920 - (3000) Santa Fe

SANTIAGO DEL ESTERO

Gustavo E. Yocca
Tucumán 393 - (4200) Santiago del Estero

TUCUMÁN

Marta Inés Podestá
Crisóstomo Álvarez 465
(4000) S. M. de Tucumán

Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2012 - 2014

Presidente:

María Cristina Iglesias

Miembros Titulares:

Alicia Rosa Maida de Vaccaro

Diego Hernán Tarigo

Miembros Subrogantes:

Mirta Clara Bercovich

Alicia Elsa Cappelli

Raúl Gerardo Correbo

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Juan Carlos Placente

Vicepresidente: Adelina Consentino

Secretario: Carlos Martín Queirel

Prosecretaria: Amelia Teresita

Pérez Amendolara

Tesorero: Héctor Arsenio De Nardo

Protesorera: Raquel Norma Rodríguez

Vocales titulares: Dora Rosa Mc Britton,

Juana Francisca del Pino,

Nelva Nidya Rafti y Alicia Mabel Dentone

Suplentes: Leyla Leonor Palumbo y

María Teresa Fernández

Revisores de cuentas: Isabel Haydée

Pepa, María de los Ángeles González

y Beatriz Ercilia Damonte

Suplentes: Alicia Beatriz Rabuffetti

y Nancy Lucrecia Soria

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas

Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina

Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas

Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas

Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Sumario 974

mayo - agosto 2013

DOCTRINA	Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación <i>Ponencia de la Delegación Argentina en el Tema II del XXVII Congreso Internacional del Notariado, Lima; Perú, 10 al 12 de octubre de 2013</i>	339
CONGRESOS Y JORNADAS	Somero análisis de las actas notariales en general y del acta de comprobación en particular <i>Alejandro Turjanski y Nicolás Cavagna</i>	431
NUESTRA REVISTA	Dación en pago (continuación) Artículo publicado en el número 347 de La Revista Notarial, correspondiente al mes de septiembre de 1923.	455

DERECHO REGISTRAL	Los terceros frente a la falta de registración en el ámbito inmobiliario <i>Mariela Gatti</i>	463
SOCIEDADES	Las sociedades irregulares y de hecho en la legislación actual. Su regulación en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación <i>Matías Lamonega y Gabriela Gullo</i>	499
UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA	Teoría y técnica de la inscripción. La especialidad en cuanto al inmueble en el Registro Inmobiliario Argentino <i>Adriana N. Abella</i>	539
ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO	Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera <i>Mariano Esper</i>	555
TÉCNICA Y PRÁCTICA NOTARIAL	A propósito de "antiguas" redacciones. Cesión permuta <i>Gastón R. di Castelnuovo</i>	579

DERECHO COMPARADO	ALEMANIA Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación <i>Wolfgang Ott</i>	593
JURISPRUDENCIA	Fallo Caducidad de la inscripción de hipoteca	627
	SÍNTESIS DE FALLOS DE INTERÉS JURÍDICO-NOTARIAL Obligaciones en moneda extranjera <i>Síntesis elaborada por la Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"</i>	639

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

ISSN 0325-4607



Doctrina

Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación

Ponencia de la Delegación Argentina en el Tema II
del XXVII Congreso Internacional del Notariado,
Lima, Perú, 10 al 12 de octubre de 2013

Coordinador internacional: Fernando Trueba Buenfil
Coordinador nacional: Eduardo Gabriel Clusellas

Autores y colaboradores:

Susana M. Bonanno
Jorge R. Causse
Eduardo Gabriel Clusellas
Fátima L. Cosso
Águeda L. Crespo
Graciela Curuchelar
Juan Carlos Dallaglio
Ana Lía Díaz Prandi
Zulma A. Dodda
Carmen Silvia Magri
María Laura Rey
Carlos Agustín Sáenz
Gastón Augusto Zavala

INTRODUCCIÓN

El dinamismo del mercado inmobiliario y el escenario de reciente crisis internacional vuelven a presentar a la seguridad jurídica como un tema de gran actualidad.

La problemática no es nueva y ha sido abordada desde distintos enfoques en anteriores congresos internacionales e iberoamericanos, y las conclusiones han sido similares; destacan: “la seguridad jurídica como un valor esencial para las comunidades en general y para el tráfico inmobiliario en especial, rescatando el valor económico que la seguridad jurídica genera en la economía”¹. En similar sentido, se concluyó que “la apetecida seguridad, sólo se logra en el mayor grado, mediante la prestación de la función notarial de tipo latino que cubre todo el negocio jurídico causal de transmisión de inmuebles, desde el previo asesoramiento a las partes acerca del medio jurídico más adecuado para los fines que se persiguen, la imparcial mediación para resolver las discrepancias de detalle, la interpretación en incluso el alumbramiento de su voluntad empírica y su traducción jurídica, la calificación del negocio y su ajustamiento a derecho”².

Se enmarca en nuestro contexto local dentro de un escenario de reforma integral de la legislación civil y comercial, debido al proyecto recientemente enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso para su análisis.

Este trabajo pretende rescatar el lugar activo que el notariado debe ocupar en pos de alcanzar la seguridad jurídica, pero teniendo en cuenta la especial relación de ésta en función del mercado inmobiliario, que, como todo mercado, tiene sus reglas y requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios.

El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible adecuar la profesión a los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias exigen. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia y la seguridad jurídica aportan un valor no sólo apreciable jurídicamente, sino que representa además un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliario.

El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas y la seguridad jurídica resultan elementos sustanciales para la prosecución de la paz social.

1 Conclusiones de las XV Jornadas Notariales Iberoamericanas, Tema II, “Calificación y principio de legalidad”. Madrid, 2012.

2 Conclusiones del XIV Congreso Internacional del Notariado. Guatemala, 1977.

En este sentido, resulta fundamental la intervención notarial para proteger e impulsar los planes de escrituración de viviendas sociales, la titulación de quienes sólo poseen posesiones prolongadas y para facilitar e intervenir activamente en el mercado inmobiliario, acompañando el desarrollo de nuevas alternativas negociales, eliminando incertidumbres e iniquidades contractuales, y desempeñando un rol activo en el desarrollo del mercado inmobiliario.

Hemos desarrollado este trabajo, acompañando el programa de abordaje planteado por la coordinación internacional y teniendo en cuenta los distintos pilares sobre los que se apoya la seguridad jurídica inmobiliaria.

En el Capítulo I haremos especial referencia al análisis de los distintos factores que resultan necesarios para fundar a la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo, basada, fundamentalmente, en el principio de legalidad, que rescata la importancia de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo, en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común, en la búsqueda de su lógica consecuencia que es la de dotar de certeza a los contratantes, una baja en el nivel de conflictividad, agilidad y economía en las transacciones. Este sendero resulta, para el derecho, para el mercado y para los consumidores, mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

La circulación de los bienes en un mercado inmobiliario resultará más segura y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial. Esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa del notario que aportará el asesoramiento necesario y ajustará la voluntad a la instrumentación del documento idóneo y certero, actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia (intención de compra o inversión) hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento con vocación registral que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real. Estos eslabones, en su conjunto, conforman un férreo perímetro de seguridad jurídica.

En el Capítulo II abordaremos el rol del notario como pilar, garante y, en gran parte, responsable de la seguridad jurídica en el mercado inmobiliario, enmarcada en el contexto internacional y en el local, con especial referencia a su participación en la crisis global.

Resaltaremos las importantes funciones notariales complementarias a la seguridad jurídica considerada en su sentido lato y su constante interrelación con los organismos públicos, y desarrolla una multifacética función como agente de información de los organismos impositivos y de retención de los diversos tributos y como colaborador en la lucha contra el lavado de dinero. También la

ampliación de incumbencias como colaborador en tareas de control ambiental y de cumplimiento de normas urbanísticas.

En el Capítulo III, resaltaremos la importancia y la trascendencia del documento notarial en las transacciones inmobiliarias, su fuerza probatoria, la presunción de veracidad, su consecuente incidencia en el mercado inmobiliario y en la circulación internacional de documentos.

En el Capítulo IV, describiremos las características del derecho de propiedad, desde la visión constitucional y las consecuencias que una adecuada normativa produce en la obtención de la seguridad jurídica, con la especial referencia al análisis de un proyecto de reforma integral de los códigos Civil y Comercial que el Poder Ejecutivo Nacional envió recientemente al Congreso de la Nación para su tratamiento. Este proyecto, de convertirse en ley, será la primera reforma integral, luego de más de cien años de reformas parciales y de la sanción de leyes especiales, que adecue las normas al avance de conceptos jurídicos modernos. En este sentido, el proyecto recoge las nuevas modalidades de la propiedad de los conjuntos inmobiliarios y legisla sobre la instrumentación de clubes de campo, barrios cerrados, *countries*, cementerios privados, tiempo compartido, centros comerciales y parques industriales, y los incorpora en la legislación de fondo.

En el Capítulo V, trataremos el sistema registral argentino con las particularidades que le son propias y lo distinguen de los restantes sistemas registrales que utilizan los países miembros del notariado latino. Este sistema ha aportado una trazabilidad procedimental, certeza y seguridad, que dan como resultado una muy baja tasa de conflictividad jurisdiccional y dota al sistema de un régimen donde los tiempos negociales requeridos por el mercado inmobiliario transcurren con absoluta seguridad, debido al régimen de prioridades establecido por las normas que fundamentan el sistema. Describiremos aquí la problemática planteada por la extensión de la apertura registral a la posibilidad de inscribir instrumentos privados que contengan boletos de compraventa, con la posibilidad de traba de medidas cautelares y los eventuales conflictos que esto produciría en los registros de la propiedad locales que, hasta ahora, no lo receptaban. Destacaremos los avances tecnológicos e informáticos incorporados al proceso inscriptorio y a los trámites pre y post escriturarios.

En el Capítulo VI, haremos una breve descripción de la situación del mercado inmobiliario en la Argentina, de las oscilaciones y las problemáticas a las que se sometió en los últimos tiempos. Destacaremos el rol del notario local y la importancia de contribuir activamente en el mercado, como impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia y la seguridad jurídica; remarcaremos el rol del notario en procesos de titulación masiva, de escrituración de planes sociales y mediación; todo lo que lo posiciona como un profesional destacado para contribuir a la paz social.

Resaltaremos la necesidad de contar con normas claras en el mercado inmobiliario que regulen las conductas de los habitantes del país para que puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos.

CAPÍTULO I: LA SEGURIDAD JURÍDICA

I.1. La seguridad jurídica como valor fundamental

Las relaciones jurídico-patrimoniales presentan una vasta problemática en la dinámica comercial y jurídica de cada país y de cada región, producto de la incidencia de múltiples factores, en especial, cuando se refiere a la contratación de bienes raíces (la categorización de los derechos reales y personales, el acceso al crédito, la influencia de la forma en los negocios jurídicos, la necesidad de la inscripción registral de los títulos para conferirles publicidad, etc.).

La seguridad del derecho es un principio romano, basado en la idea de que toda modificación desfavorable del contenido de un derecho subjetivo no puede llevarse a cabo sin el consentimiento de su titular (*nemo dat quam non habet*). Este principio se correlaciona con la actividad judicial que dirime, mediante su intervención todo derecho controvertido y protege los derechos particulares de los miembros de la sociedad.

La sociedad argentina, de manera constante y cada vez con mayor autoridad, formula reclamos, amparada en los principios de libertad y seguridad, de ahí que el derecho sea más que nunca un sistema de seguridad que garantiza la libertad del hombre. Como lo sostiene JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ³, seguridad y libertad son los dos ejes vitales del derecho; ambos conceptos, compatibles entre sí, ya que quien demanda libertad, pide seguridad que la garantice.

El derecho tiene por cometido, que las relaciones humanas se desarrollen en paz y armonía, con justicia y tendiendo al bien común. VALLET DE GOYTISOLO destaca que el *fin* del derecho es la justicia, su *objeto*, la conducta social y la *pauta* que ayuda para lograrlo es constituida por las normas jurídicas⁴. Esa

3 CHICO Y ORTIZ, José María. "El principio de seguridad jurídica". Disertación pronunciada el 25 de noviembre de 1981 en el panel sobre "Integridad de la fe pública registral y los terceros adquirentes de buena fe", sesión del Ateneo Hispano - Rioplatense de Derecho Registral, realizado en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. REVISTA NOTARIAL 860, La Plata (Buenos Aires) año 1982, pág. 75.

4 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "La función notarial de tipo latino", Conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Brasilia el 8 de abril de 1978 durante el V Encuentro Notarial Brasileño. Publicado en Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1978; y en la obra "Deontología Notarial", pág. 451, publicada por el Consejo General del Notariado Español, bajo la dirección de Juan Francisco Delgado de Miguel. Madrid.

conducta social, reglada por el derecho, puede desarrollarse en la normalidad, con o sin contienda, en situación de controversia e, incluso, en una clara transgresión jurídica.

Dada la amplitud del ordenamiento, la complejidad de sus normas, la interacción y la importancia de los intereses en juego, la necesidad de mantener la paz social y de conferir seguridad jurídica a los actos, el derecho organiza instituciones para que, considerando esas circunstancias y atendiendo esos fines, intervengan en la formalización de tales actos y efectúen el control de su legalidad.

RODRÍGUEZ ADRADOS clasifica la seguridad jurídica en tres órdenes: a) la seguridad jurídica como certeza del derecho objetivo (principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas y de irretroactividad de las disposiciones indicadas); b) la seguridad jurídica en la aplicación de las normas (y consiguiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos); y c) la seguridad jurídica, en el sentido de responsabilidad subsidiaria (seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica). El citado autor encaja la función notarial latina en el segundo de estos grupos, donde ésta tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda⁵.

Se puede enumerar una serie de órganos e instituciones con funciones que brindan seguridad jurídica como los órganos del poder judicial (jueces, fiscales, secretarios, etc.), el notariado, los registros públicos (de las personas, de la propiedad inmueble, automotor, de buques y aeronaves, entre otros), y aquellos funcionarios de la administración del Estado que previenen o repelen diversas circunstancias que pueden afectar a derechos o personas.

En el ámbito jurídico, la salud social no sólo se mantiene con medidas contenciosas o represivas, o tratando de solucionar los conflictos planteados, para lo cual existen los tribunales de justicia. Se debe procurar que estos no se produzcan y que las relaciones sociales se desenvuelvan normalmente dentro de un orden jurídico justo. Para ello es preciso promover y favorecer ese ordenado desenvolvimiento, mediante una adecuada profilaxis jurídica.

Entre la vida negocial y la seguridad jurídica existe una fluida interacción. Sin vida negocial sana no existe seguridad jurídica y sin seguridad jurídica no

5 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "La función notarial y los principios y valores constitucionales". Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del "Simposio Notarial 83", en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona, 15 de octubre de 1983. Publicado en *Escritos Jurídicos*, T. II. Edit. Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1996, pág. 165.

puede desarrollarse saludablemente una vida negocial próspera. La vida negocial sana requiere ajustarse a derecho y a la seguridad de que se cumplirá en forma correcta lo dispuesto o convenido⁶.

I.2. Necesidad de la certeza y seguridad jurídica

Los objetivos principales que han tratado y tratan de cubrirse en esta materia son el encuadre normativo de las disposiciones de voluntad y de los contratos y la certeza de que lo dispuesto o convenido logre una permanencia que alcance fielmente más allá de la memoria humana.

A fin de cumplir estos objetivos, se ha previsto la intervención de un tercero imparcial que vele por ellos y la utilización de la escritura para perpetuar la fiel representación de lo dispuesto o concertado, lo que concluye ineludiblemente en el documento y su autor.

El *iter* negocial y documental hacia el grado máximo de certeza y donde la seguridad jurídica se encuentra protegida en su expresión superior es disímil y con efectos notablemente diferenciados, según cuál sea el soporte en el que se formalice y la cualidad que caracterice al autor.

a) En la base del esquema piramidal negocial, se encuentran los documentos redactados por un particular -no profesional- sin testigos o con testigos no cualificados que no aseguren ni su redacción ni su regularidad, ni doten de autenticidad a las firmas de los sujetos del negocio instrumentado aunque testimonien su otorgamiento, los documentos privados.

b) En un grado más elevado, desde el punto de vista *testimonial*, ubicamos a los documentos del punto precedente, con la particularidad de que las firmas estén certificadas por un testigo en ejercicio de una función pública. Mientras que, en cuanto a su grafía dinámica -en este segundo rango-, podemos diferenciarlos según hayan sido redactados por un profesional reconocido para ejercer la configuración negocial pero sin ejercer la función pública autenticadora⁷.

c) Si a ese documento redactado por un profesional reconocido para la función redactora se le agrega la certificación de la firma de los sujetos del negocio por parte de otro profesional en ejercicio de la función pública autenticadora, ese documento será poseedor de una mayor certeza, tanto en su grafía como en su autoría.

6 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Ob. cit., pág. 452.

7 Aquí no hay un tercero imparcial -como es el notario de tipo latino- que asegure la legalidad sustantiva del negocio y su adecuación al derecho positivo. Quien certifica las firmas (aun cuando sea un notario) no asume esa responsabilidad, ni la de la autoría del instrumento.

d) Mientras que en el rango máximo que se puede lograr para reflejar o representar la intención de los sujetos negociales y la concreción, se encuentran los documentos configurados por un notario que controlará el otorgamiento de los requirentes, la inserción de sus firmas y autorizará el acto.

Los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) se refieren a instrumentos privados, mientras que el caso de que se presente en el último inciso, aluda a los instrumentos públicos, específicamente a la escritura pública, que es la obra de arte por excelencia que puede producir un notario del originariamente denominado *tipo latino*.

1.3. La seguridad jurídica y el notariado latino

Como principio básico, la seguridad sólo puede nacer del Estado, como realizador del derecho para sus ciudadanos, pues es éste quien delega, en determinados funcionarios u oficiales públicos, la dación de fe pública, colocando su firma y sello, y brindando la autenticidad y verdad oficiales.

La doctrina notarialista ha demostrado que la actividad notarial es desprendimiento de lo que antes fue actividad jurisdiccional y argumenta que el mismo continúa y ha de continuar hasta que todo lo que hoy se estima como actividad de la denominada *jurisdicción voluntaria* se incorpore al quehacer notarial; tal como se evidencia en el estudio comparativo de las legislaciones de los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado⁸.

El escribano debe abstenerse de intervenir cuando las circunstancias denoten una situación contenciosa en la relación entre los interesados y su conciliación o reconciliación, una utopía negocial; o bien, cuando pese a haberse iniciado la actuación notarial en un marco de uniformidad de voluntades, con posterioridad, surgiera algún conflicto o cuestiones controvertidas que alteren sustancialmente el marco fáctico originario, debiendo entonces desistir de la prosecución de su actuación para dar inicio a la intervención del órgano judicial.

La competencia del notario en los actos o procesos no contenciosos no sustituye ni desplaza al magistrado, sino que lo libera de quehaceres que, por no ser cuestiones jurisdiccionales, deben pasar a otro órgano comprobador, calificador y legitimador como lo es el escribano de registro. Oportuno es el paralelismo expuesto por JORGE ALTERINI en la mesa redonda de apertura de la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, desarrollada el 14 y 15 de septiembre de 2006 -jurista que ejerció la judi-

8 Conf. PONDÉ, Eduardo Bautista. "Labor coordinativa sobre el notariado y la jurisdicción voluntaria". Ponencia al Tercer Punto del Temario del Congreso Internacional del Notariado, México, 1965.

catura en el fuero civil durante casi cuatro décadas-, quien concluyó su disertación con una contundente frase que sintetiza el sentido de sus argumentos y apreciaciones, "si hay escribano, el juez está en vano"⁹.

Expone HIGHTON, magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son propios de la fe pública notarial, los actos que producen relaciones jurídicas entre los particulares en la órbita de la normalidad. La fijación de los derechos de los particulares, su fuerza probatoria y su autenticidad, la seguridad que de ellos emerge, su invulnerabilidad, su ministerio de paz, de limpieza jurídica, constituyen, sin duda, el mejor fundamento de la fe notarial. Mas el notario no sólo es depositario de la fe pública, también es receptor de disposiciones, al trasladar al papel que las encierra, y al poner a los intervinientes al corriente de las obligaciones que contraen, en un asesoramiento jurídico preventivo; como consultor y consejero jurídico debe prever contingencias y prevenir conflictos que puedan presentarse¹⁰.

El documento notarial goza de mayor jerarquía y se diferencia, no sólo de los documentos privados, sino también de otros documentos públicos, por el rigor y la formalización que se exige para su configuración¹¹. En lo sustancial, esto se basa en el análisis e interpretación de la voluntad del otorgante, la deliberación del acto o negocio más conveniente, el empleo de expresiones adecuadas, técnica y gramaticalmente correctas, con contenido y terminología asequible para el otorgante y comprensible para el común denominador de la sociedad, controlando e impidiendo que se documenten exteriorizaciones de voluntades ilícitas, apresuradas o defectuosas. En lo formal, la mayor jerarquía pregonada es otorgada por la determinación del formato del instrumento, su soporte en papel sellado, su inclusión foliada en el protocolo, su matricidad, así como las demás formalidades y operaciones de ejercicio que acompañan al otorgamiento y a su autorización, lectura, testigos -en su caso-, firma o modo de suplir la imposibilidad de estamparla -por no saber o no poder-.

El notario de tipo latino ejerce un rol protagónico e indelegable durante las audiencias preliminares a la celebración del negocio y a la configuración del

9 Recuérdese el adagio español atribuido a Joaquín Costa Martínez: "a notaría abierta, juzgado cerrado".

10 HIGHTON, Elena I. "El escribano como tercero neutral", Revista del Notariado 850. Buenos Aires, 1997, pág. 95.

11 Conf. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *El documento notarial y la seguridad jurídica. Escritos Jurídicos*. Vol. III. Edit. Colegios Notariales de España, 1996, pág. 111. El documento privado es, en principio, la nada documental; un documento privado produce desde luego los efectos negociales correspondientes, pero documentalmente no producirá efectos probatorios, ni entre los que lo hubieran suscripto y sus causahabientes, hasta que no haya sido reconocido legalmente.

documento, las que configuran las bases del acto. Allí, el notario indaga e interpreta la voluntad de las partes y la califica dentro del marco legal adecuado; analiza la capacidad necesaria o suficiente para el otorgamiento del negocio pretendido¹², y lo adecua a las formas jurídicas apropiadas; brinda un asesoramiento integral acerca de las conveniencias e inconveniencias que podrían devengarse frente a la contratación anhelada; todo a partir de la verificación de que el consentimiento *-co-sentir-* del otorgante, sea libremente exteriorizado en su presencia.

El notario desarrolla su actuación en la esfera de la normalidad del derecho, en forma simultánea o posterior al acuerdo de voluntades de los requirentes del servicio fedatario, ante la solicitud que pretende una instrumentación adecuada.

GARCÍA GOYENA, al referirse a la función notarial y considerarla verdadera justicia reguladora, llegó a manifestar que, a pesar de ser el ordenador por excelencia de las relaciones privadas, por su trascendencia e importancia social "es casi más bien derecho público".

El notario es un profesional o licenciado del derecho, independiente e imparcial, con conocimientos teóricos y prácticos probados a cargo de una función pública y con una específica responsabilidad administrativa, civil y penal a partir de su labor. En la República Argentina cada notario se encuentra nucleado por un ente o corporación, denominado Colegio Notarial o de Escribanos, instituciones mayoritariamente creadas por ley, quienes inspeccionan la tarea de sus miembros además de brindarles las herramientas adecuadas para su capacitación y actualización periódica; además del contralor que ejerce el Estado provincial (poder público), titular de los Registros Notariales en los que se desarrolla la función pública fedante.

Los colegios de notarios o escribanos junto con el poder judicial, cuidan la disciplina y el correcto, fiel y honesto ejercicio de la delicadísima función que brinda un servicio público ejercido en forma privada. Ese adecuado funcionamiento requiere de ciertas condiciones que se deben promover y estimular:

- Lograr una adecuada selección de los notarios, considerando su moralidad y su capacitación técnico profesional.

- Una precisa determinación del número de notarios en cada localidad o demarcación para la eficaz prestación del servicio, teniendo en cuenta el tráfico jurídico y el crecimiento poblacional.

- Un ejercicio adecuadamente delimitado por una legislación y reglamentación apropiada, que fije responsabilidades y estructure los órganos competen-

12 En múltiples ocasiones, el negocio, que en definitiva se celebra, es distinto del que originariamente pensaban realizar los requirentes, por adecuarse a la esencia de sus intenciones o finalidades.

tes para velar por la disciplina y calificación profesional y un Tribunal colegiado integrado por pares que evalúe las faltas de ética.

La actuación del notario es sustantiva, crea una realidad, el documento y colabora a la creación de su contenido, el acto o el negocio. Tiene, pues, una tarea constructora, directiva de la vida jurídica y, si su labor produce seguridad es como consecuencia de los rigurosos presupuestos de su actuación -seguridad documental- y de la obra bien hecha, que no es otra cosa que la seguridad sustancial¹³. La escritura pública, que es su género más destacado, empieza por un acta, por una narración efectuada por el notario, de los hechos que él mismo realiza o que tienen lugar en su presencia y percibe por sus sentidos: la autoría del documento y su fecha, la autoría y el texto de las declaraciones, el otorgamiento y la autorización del documento, etc. Es ese esqueleto de "autenticidad" donde se insertan las declaraciones de ciencia o de voluntad, los actos y los contratos, arropados por una serie de calificaciones y de juicios del notario que producen una presunción *iuris tantum* de validez y de legalidad.

RODRÍGUEZ ADRADOS agrega que no puede olvidarse la contribución del notariado a los valores superiores del ordenamiento jurídico y, en especial, a la libertad y a la justicia. El notariado se desarrolla en un clima de libertad y la fomenta. La libre elección del notario es presupuesto del libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos civiles, que el instrumento potencia e incluso prolonga en el espacio y en el tiempo. También colabora a la implantación de la justicia, porque con los medios no coactivos de que dispone, el notario procura que quede perfilado en el documento que autoriza un negocio equitativo, en la medida de lo posible, y no sólo por razones de seguridad -derivada-, sino de justicia¹⁴.

Los efectos del documento notarial, base de la seguridad jurídica que proporciona, no son una concesión graciosa del legislador, sino una mera consecuencia del constante cumplimiento de las exigencias de su actuación: intermediación del notario a los hechos que narra en el documento, asesoramiento imparcial, control de legalidad, de legitimación, etc. La ley no hace otra cosa que reconocer una eficacia que la sociedad le ha concedido.

13 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "El documento notarial y la seguridad jurídica", conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 29 de marzo de 1984. Publicada en *Escritos Jurídicos*, T. III. Ed. Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1996, pág. 132.

14 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "La función notarial y los principios y valores constitucionales". Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del "Simposio Notarial 83", en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona, 15 de octubre de 1983. Publicado en *Escritos Jurídicos*, T. II. Ed. Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1996, pág. 163.

1.4. La seguridad jurídica como elemento indispensable para el desarrollo del mercado inmobiliario y la competitividad de un país

El derecho patrimonial comprende la atribución de bienes económicos a una persona, es decir, la atribución jurídica de la propiedad y demás derechos sobre las cosas; las transacciones que para ello tienen que realizarse, se vinculan con la idea del tráfico jurídico (intercambio de bienes y de servicios).

De esta manera, el derecho se fracciona. De un lado se agrupan las normas y principios que sistematizan todo lo relacionado con las obligaciones y los contratos (derecho de las obligaciones) y por separado, se regulan los derechos reales o de las cosas: en primer lugar, la propiedad; luego los derechos reales limitativos o sobre cosa ajena.

A esto se agrega la necesidad de que estos derechos reales sean conocidos por la generalidad, para lo cual se organiza un sistema de publicidad que da origen al derecho inmobiliario registral.

Pero si bien es cierto que esta división normativa responde a importantes concepciones doctrinales y tiene señalado valor didáctico, no es menos cierto que, en la realidad jurídica, los derechos reales se adquieren o se constituyen como consecuencia natural de procesos que tienen su origen en relaciones obligacionales, por lo general, de naturaleza contractual. Esa secuencia temporal sucesiva que va de la relación obligacional a la configuración del derecho real se cumple, en la gran mayoría de los casos, sin que los sujetos negociales lleguen a advertir las diferencias conceptuales antes anotadas. Ello pone de manifiesto la indisoluble unidad que tienen las relaciones jurídicas patrimoniales¹⁵.

El mercado inmobiliario de la República Argentina, de manera similar a lo que acontece en el mercado de bienes raíces de cualquier país que cuente con una economía dinámica y liberal -acepción amplia del concepto-, es pasible de una serie de vicisitudes y factores que exceden al análisis y las predicciones exhaustivas de una determinada disciplina o ciencia.

Observamos, por ejemplo, cómo el acceso al dominio de un bien inmueble se encuentra usualmente limitado a un sector de la población, poseedor de un determinado poder adquisitivo; y existe una franja importante y mayoritaria de la sociedad, que para acceder no sólo al dominio de una finca sino básicamente a la compra de su vivienda, debe necesariamente acudir al crédito, a la financiación y eso, consecuentemente, agrega factores de riesgo al mercado inmobiliario desde sus distintas aristas¹⁶.

15 FALBO, Miguel Norberto. "La seguridad jurídica en la constitución de los derechos reales", *Revista del Notariado* 777, pág. 767.

16 Conf. FONTBONA, Francisco, I. J. y García Coni, Raúl R. "La seguridad del Mercado de hipotecas frente a los sistemas registrales de América Latina. ¿Dinero contra inscripción

La circulación de los bienes, el derecho de propiedad en su expresión de la adquisición dominial y demás derechos reales, la protección de la seguridad del tráfico inmobiliario y de la persona en su integridad patrimonial, cuentan, en nuestro país, con la intervención notarial, en cada una de las etapas que se produce en una operatoria de bienes raíces (Conf. art. 1184 inc. 1 del Código Civil, art. 27 inc. 3 Ley G 4193 de la Provincia de Río Negro).

El legislador ha acentuado la prevalencia de la tutela de los derechos subjetivos, del patrimonio de cada individuo integrante de la sociedad en su conjunto, como la seguridad del tráfico, al imponer la intervención necesaria de uno de sus delegados, de un profesional del derecho -de carácter privado- pero a cargo de una función pública, como lo es el notario, asignándole diversas atribuciones que se plasman y concretan en distintos estadios que van desde la interpretación de la voluntad del interesado, hasta su configuración y adecuación a una figura contractual, la certeza del acto representada por la concreta instrumentación del negocio en la forma legal determinada, para concluir con el reflejo registral, en todas sus variantes, desde su publicidad noticia o meramente informativa hasta la eficacia ofensiva de los asientos y los medios publicitarios previstos.

La máxima expresión de la intervención notarial está dada por su reflejo documental, esto es la escritura pública¹⁷, por la seguridad que da al documento el oficial público autorizante, su conformación, por la cultura jurídica de su autor, su investidura y responsabilidad, la autenticación y autenticidad de lo que ha sucedido en el acto y ante él o que ha cumplido personalmente, la declaración de conocer a las partes, la justificación mediante documento de identidad, su juicio de capacidad, etc., lo convierten en un partícipe, no sólo necesario, sino principalmente conveniente.

Tal es la importancia de esta función fedante, que la redacción originaria dada al actual art. 1184 del Código Civil, estableció que "Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen cele-

o dinero contra negocio?", Revista del Notariado 718, 1 de enero de 1971, pág. 1425. Recuérdese que, al derecho registral, originariamente se lo denominó derecho hipotecario -y así continúa llamándose en distintos países- porque tenía por objeto el registro de las hipotecas, cuyo clandestinismo afectaba el crédito proveniente de terceros.

17 El documento privado, por regla general, es extraño al control profesional. El manto protector -o salvador- que pretendió asignársele a través del seguro de títulos no representó el remedio anhelado, el cual no intentó en ningún momento proteger el acto o asignar seguridad al negocio, sino que, meramente su anhelo se reducía a un resarcimiento económico. Como decía Alterini, "si alguien se muere, lo indemnizamos. No tratamos de que no se muera; preparamos todo para darle un entierro de lujo..., con los pésames más formales". El seguro de títulos sólo intentó reemplazar la seguridad jurídica por una seguridad de tipo económico.

brados en subasta pública: 1º Los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro (...) 7º- Los poderes(...) para administrar bienes y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8º- Las transacciones sobre bienes inmuebles...". Este precepto fue atemperado por el legislador de 1968, al eliminar la dura sanción de la invalidez sacramental del acto, ante la omisión de la formal instrumental¹⁸.

Así, el notario recoge las declaraciones negociales de los otorgantes, conformándolas a derecho y dándoles autenticidad. Es el momento de conexión del asesoramiento previo con la redacción del documento. Califica la legalidad del negocio documentado, le da presunción de legitimidad y validez. Verifica la identidad de los sujetos, la realidad física de la presencia de personas, cosas y valores que se le exhiben.

El notario de tipo latino examina los títulos que invoca el sujeto que realiza el negocio dispositivo. Verifica su capacidad jurídica y natural, así como se encuentra legitimado para intervenir en el acto y ejercer el poder de disposición. Diligenciará las certificaciones registrales respectivas y concluirá en la lectura del texto escrito en el protocolo, grafía que será consentida por los requirentes del servicio notarial, con el otorgamiento y firma del documento en su presencia, audiencia pública que concluirá formalmente con la autorización del acto.

Corresponde complementar esta actuación protocolar y dispositiva, con el tenor dado por la Ley 17.711 al art. 2505 del Código Civil y a los arts. 2º y 3º de la ley 17.801 -ambas del año 1968-, en los que se recepta la inscripción en el registro inmobiliario de los respectivos títulos con efectos declarativos, y se aclara que las adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas¹⁹.

18 En nuestro derecho positivo, la escritura tiene que escribirse en los libros de protocolo como requisito de validez (arts. 979 inc. 1, 998 y 1005). El protocolo no se forma con las escrituras matrices que a él se incorporan, sino que hay protocolo (hojas de papel especial de actuación notarial, numeradas y foliadas) antes de que haya escrituras. Esta sola circunstancia ofrece una seguridad jurídica inicial que no puede tener ningún instrumento privado en orden a su adulteración, destrucción, pérdida y posibilidades de reproducción.

19 Conf. FALBO, Miguel Norberto. Ob. cit. En nuestro país, mientras no hubo necesidad de inscribir los títulos de dominio en el Registro de la Propiedad, porque no lo requería la legislación vigente, ni el Código Civil en su texto original, la adquisición de la propiedad inmueble y los derechos reales limitativos que podían constituirse (excepto la hipoteca) eran oponibles a terceros, desde que se exteriorizaban mediante el ejercicio de la posesión (recibida por el acto jurídico de la tradición) y la exhibición del título adquisitivo (generalmente escritura pública), como consecuencia de la fe pública (o plena fe) del instrumento auténtico (y sus notas de exactitud e integridad) que, precisamente, lo hacen oponible a tercero (doctrina de los arts. 993 a 996 y 1194 Código Civil).

Especifica el art. 2º de la ley 17.801 que se inscribirán o anotarán, los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales, siempre que estén constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda. Igualmente, prevé que para casos de excepción establecidos por ley, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

A partir de este tamiz documental, las leyes orgánicas sancionadas por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, complementan este resultado documental, al notario una serie de conductas o actividades a las que debe sujetarse para desarrollar una función diligente.

Esta prieta síntesis evidencia un elemento fundamental para el usuario del servicio que habitualmente desconoce el derecho, que encuentra nucleado, en un profesional imparcial, un asesoramiento y una actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia (intención de compra o inversión) hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real²⁰.

Aquellos países que asignan al notariado un rol protagónico en la intermediación inmobiliaria tienen garantizada una serie de beneficios, no sólo para su población, sino también para el erario público, ya que facilita el acceso a la información y al asesoramiento, evita la producción de perjuicios no sólo entre las partes sino hacia terceros, contribuye a la recaudación de impuestos para distintos estamentos del Estado (local, provincial y nacional), contribuye a la circulación de los bienes, aporta datos relevantes para las estadísticas del mercado y economía de una región y del país, a la publicidad y la circulación de los bienes; todo bajo el manto de su reserva profesional, la celeridad en su actuación y la seguridad del negocio.

ALTERINI recuerda otra lúcida expresión de CARNELUTTI, quien decía que la mejor versión del escribano es la de intérprete, la de traductor de los hechos al derecho. El *transducere* sería perfectamente aplicable al notario: ligar el hecho con el derecho y, de esa manera, el notario se constituye en custodio del derecho. Según CARNELUTTI, el notario es el guardián y si es guardián del derecho,

20 Corresponde también tener presente que en el acto transmisivo de la legislación argentina, existen dos etapas complementarias entre las cuales media un intervalo azaroso para el derecho real que se pretende constituir, ni el título notarial ni la inscripción por sí solos, tienen fuerza constitutiva bastante para determinar su perfección.

es máximo guardián de la seguridad jurídica, en lo que coadyuva, colabora, el registrador²¹.

En este sentido, el sistema registral inmobiliario argentino y la técnica de registración adoptada, aporta otro elemento fundamental a la esfera perimetral de la seguridad jurídica. La publicidad formal, dada por la certificación registral, producirá los efectos de anotación preventiva en favor de quien requiera, en plazo legal, la inscripción registral del documento, para cuyo otorgamiento se haya solicitado (art. 25, segunda parte de la ley 17.801). Aquí la certificación no es sólo un medio de publicidad formal. A ello se añade una suerte de publicidad material o sustantiva desde que, aun antes de que se otorgue el negocio dispositivo, se lo documente en forma auténtica y se presente el título para su inscripción en el Registro, el adquirente del derecho cuenta con una reserva de prioridad indirecta basada en la certificación, que da seguridad jurídica al tráfico inmobiliario en el momento dinámico de la formalización del negocio por el que se transmite, constituye, modifica un derecho real, pues le acuerda oponibilidad frente a terceros, con efecto retroactivo, siempre que el proceso inscriptorio se realice dentro de los plazos legales que se cuentan a partir del momento de presentación de la escritura (arts. 5º, 17 y 24 de la ley).

Por último, si bien la inscripción del título en el Registro no subsana los defectos que pudiera tener, ni lo convalida en caso de nulidad (art. 4º ley 17.801), le confiere, en cambio, publicidad y oponibilidad frente a terceros (art. 2505 Código Civil y art. 2º ley 17.801), con lo que quedan aseguradas, en gran medida -suficiente para la preservación de los derechos del titular-, la pacífica realización del derecho y la paz social, como lo demuestran los datos que recogen la experiencia y la confianza que los particulares conceden a la actuación del notario y a la protección registral²².

Como lo destacan FONTBONA y GARCÍA CONI, "la seguridad jurídica es única. No existe seguridad cara o barata. Entre papel documento privado e instrumento público, existe una distancia abismal. Los principios de exactitud, integridad y sobre todo de legitimación, entre otros, no juegan en manera alguna en el simple papel o el documento privado. La diferencia es a todas luces evidente"²³.

Como corolario, corresponde sintetizar que la circulación de los bienes en el mercado inmobiliario será más segura y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial y esto, ineludiblemente, requiere la inter-

21 ALTERINI, Jorge Horacio. "La seguridad jurídica. Notariado y registros", *Temas doctrinarios* 2, 2007, 01/01/2007, 53. L.L.O.

22 FALBO, Miguel N. Op. cit.

23 FONTBONA, Francisco I. J. y García Coni, Raúl R. Op. cit.

vención activa de un notario que aporta el asesoramiento necesario y ajusta la voluntad negocial a la instrumentación del documento idóneo y certero que garantice la adquisición dominial, la documentación de las obligaciones, el crédito y el reflejo registral en aras de la protección de la sociedad en su conjunto.

Vemos así, un doble aporte de la función notarial al mercado inmobiliario, uno subjetivo y otro objetivo. El primero es brindado por el profesional del derecho, que cumple un rol protagónico en cumplimiento de los deberes estipulados en las leyes orgánicas de cada Estado local, mientras que el aporte restante, está dado por el documento notarial, fuente en la actualidad de fe pública.

CAPÍTULO II: EL NOTARIO

II.1. Su función como profesional de la seguridad jurídica

La función notarial tiene, por objeto, brindar seguridad jurídica a la sociedad.

“El fenómeno notarial encuentra su razón de ser en la naturaleza social del hombre y nace como respuesta a la ancestral necesidad de certeza, previsión y estabilidad, es decir de seguridad jurídica que la comunidad requiere”²⁴.

El notario es sinónimo de confianza, de prevención de conflictos, de confidencialidad, de objetividad, es la figura de equilibrio en las negociaciones por su imparcialidad. Denominado por los economistas como *gate keeper* de las relaciones jurídicas, es un vasto conocedor del derecho positivo aplicable, obtenido mediante una exigente y continua formación desde que es aspirante a notario.

Su actuación otorga un valor agregado a la instrumentación negocial, porque el notario no sólo redacta un instrumento que refleja la voluntad de las partes, enmarcada dentro del orden jurídico, sino que ese documento pasa a ser eficaz, cubierto de autenticidad fedante, con valor probatorio *erga omnes*, que se guardará y se conservará para siempre.

El *iter* que el notario efectúa para ejercer su función desde el momento en que es requerido su servicio hasta instrumentar la voluntad de cada otorgante puede sintetizarse de la siguiente forma:

1- *Legalidad*: el notario tiene la obligación de instrumentar todos los actos y contratos dentro del marco de la Constitución y el ordenamiento jurídico del país. Les confiere validez a todos los instrumentos públicos que de él emanen en ejercicio de su función.

24 FONTBONA, Francisco I. J. y García Coni, Raúl R. Op. cit.

Doctrina

2- *Rogación*: el notario no actúa de oficio, debe ser requerido por las partes, en forma inequívoca, sin formalismos pero de manera tal que si se pusiera esa rogación en tela de juicio debería ser posible su prueba.

3- *Calificación*: para poder ser el intérprete de las voluntades de las partes, el notario debe conocer cuál es el fin teleológico que persiguen, qué es lo que quieren, cómo y cuándo, y debe traducirlo, volcándolo en la esfera de lo jurídico y asegurando su eficacia.

4- *Legitimación*: a fin de brindarle eficacia a su documento público, el notario debe tener en cuenta elementos subjetivos (capacidad de los intervinientes, representación) y objetivos (títulos, estudio de antecedentes, certificaciones registrales, informes administrativos y reportes tributarios).

5- *Instrumentación*: para documentar los actos jurídicos, el notario los encuadra dentro del marco legal y decide qué tipo de instrumento redactará, configurando su *opus*, esencia de su función, que por génesis es auténtico *erga omnes*.

6- *Autenticación*: el notario es el autor cierto y calificado del que emanan documentos públicos imbuidos de presunción de legalidad y exactitud de contenido, que sólo pueden ser redargüidos de falsedad en sede judicial en cuanto a los hechos percibidos directamente por él de *visu et de auditu suis sensibus* (hacen a la inmediatez de las percepciones) y a aquellos que no presencia pero le constan de ciencia propia o por declaraciones de otorgantes u otras pruebas.

7- *Autorización*: una vez redactado, leído el documento y suscripto por otorgantes y testigos, si los hubiere, el notario firma y nace en ese momento el documento público notarial, que conlleva fuerza probatoria y ejecutiva.

8- *Conservación*: es deber del escribano conservar y custodiar en perfecto estado la documentación que compone el protocolo, mientras se encuentre en su poder. Esta obligación es consecuencia del principio de matricidad, los instrumentos originales deben ser guardados hasta que pasen a manos de los archivos respectivos.

II.2. Su aporte al mercado inmobiliario

El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica. Para ello, tiene que dictar normas claras que regulen las conductas de los habitantes del país. Pero si las leyes se multiplican, serán taxativas y no establecerán pautas generales, es probable que no exista seguridad jurídica y sin seguridad jurídica tampoco habrá inversiones ni un mercado con libre oferta y demanda.

En nuestro país, con algunos marcos confusos, con panoramas futuros poco prometedores y aun con la economía frenada, sigue siendo el notariado argentino una de las instituciones más confiables para la población.

“El Estado debe ofrecer medios aptos para que las personas puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos, ya que de lo contrario, no se tratará de un Estado moderno y democrático. Y la exigencia de la seguridad en las transacciones manda que en la sociedad de hoy sea imprescindible la existencia de un notariado debidamente integrado.

El notario tiene el cometido de la autenticación, base de la confianza. El derecho exige certeza en cuanto a comportamientos de trascendencia jurídica y el sistema recurre a la fe pública, que es la fe impuesta por el legislador en la veracidad del comportamiento que se pretende tutelar. La ley reviste al documento notarial de la eficacia probatoria del instrumento público, y esta circunstancia incide sobre el ánimo colectivo para que la aseveración del escribano sea calificada. Culmina con una función de conservación. El documento público notarial constituye la corporización de una asistencia jurídica, adaptada al objetivo de materializar la justicia, incontestabilidad y pacificación en las relaciones entre las personas, en *una real expresión de la administración de justicia preventiva*²⁵.

En Argentina, según encuestas realizadas, la población comprendió que cuando interviene el notario se reduce la posibilidad de conflicto, y acude en forma creciente a las notarías para buscar asesoramiento. Es importante el rol notarial en el marco de un mercado de cambios complejo, que dificulta acordar la moneda de pago, para la búsqueda de alternativas que faciliten la contratación inmobiliaria.

Como las crisis económicas son cíclicas, tenemos que ser proactivos y profundizar nuestro conocimiento a fin de asesorar a la población y aguzar nuestro sentido para ampliar nuestro marco de incumbencias, sin minimizar la contribución que el notariado efectúa en la prevención de litigios cuando interviene en la confección de documentos.

Sabemos que la seguridad jurídica va de la mano del sistema del notariado latino, cuyo documento tiene un valor agregado dada su autenticidad, certeza y permanencia.

Además, “El sistema del notariado latino desde un punto de vista estrictamente económico ofrece las siguientes ventajas: a) La reunión de diferentes actividades en una sola y misma figura (lo que algunos economistas han llamado el ‘multiproducto notarial’) supone necesariamente una reducción de costes. Pero además sus beneficios trascienden a las partes del negocio para

25 HIGHTON, Elena I. “El Escribano como tercero neutral”, en Revista del Notariado 896, año CXII. Abril /junio 2009, pág. 89).

favorecer a los terceros en general, son las llamadas 'externalidades positivas'. b) El asesoramiento por parte de juristas calificados, y sobre todo, independientes e imparciales reduce la litigiosidad, y además los efectos atribuidos al documento facilitan la prueba en juicio lo cual es indudablemente un factor de reducción de costes. c) La estructura en la que se apoya la función notarial es especialmente eficiente, aún siendo pública se ejerce encuadrada dentro del marco de una profesión liberal. La función notarial requiere el ejercicio de actividades anteriores a la de la propia autenticación, entre las cuales se destacan la adecuación de voluntades y la mediación entre las partes, la redacción del documento, todas actividades privadas, no solamente por su propia naturaleza, sino también por el carácter privado de los intereses a los que sirven. Esta estructura reduce costos del Estado cuando organiza el servicio de seguridad jurídica preventiva puesto que todo el peso del costo de organización de estos servicios recae sobre la propia estructura notarial y no sobre el Estado directamente, sobre quien sí recae exclusivamente el control, la selección y la determinación del régimen general del notariado. d) Conectado a un sistema de registro de publicidad, el sistema de seguridad jurídica preventiva basado en la existencia de un documento público notarial, proporciona una seguridad aún mayor puesto que la autenticidad del documento que accede al registro permite que sea auténtica y cierta la información que el registro publica"²⁶.

Derecho comparado

Algunos países como *Francia*, han logrado dimensionar la importancia del notariado en el mercado inmobiliario y se le reconoce una participación activa en la negociación. Es un accesorio de su actividad principal.

La participación notarial está estrechamente ligada a la instrumentación de manifestaciones de la voluntad, esta instrumentación está destinada a producir efectos contractuales. La negociación inmobiliaria, por su parte, está indisolublemente asociada al dominio consensual del mundo de los contratos, competencia directa de los notarios. No nos referimos al ejercicio del comercio, actividad prohibida para los notarios. En el caso francés se reglamentó el ejercicio de la actividad notarial inmobiliaria, reconociéndole las siguientes características:

- Es una actividad tradicionalmente notarial.
- Es una actividad accesorio a la principal.
- Se debe priorizar el respeto a la ética y a la deontología inherente a la calidad de oficial público.

26 Esc. Rosana A. GIMENO. "El Notariado Latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones". Revista del Notariado 896, abril/junio 2009, pág. 207 y sgts.

- Es necesario utilizar un mandato escrito (o autorización de venta) de los vendedores con duración razonable.

- Se prohíbe hacer publicidad en general y dedicarse personalmente a la comercialización.

- El ejercicio de esta actividad debe ser dentro de la notaría.

- Todos los notarios que ejercen la actividad inmobiliaria -dentro de las condiciones descriptas- pueden ser agrupados y supervisados por los Colegios de Escribanos.

La razón esencial planteada en Francia fue el interés social y se diferenció del ejercicio de la actividad inmobiliaria ejercida por sectores interesados sólo en el aspecto económico de la misma.

En *Italia*, se consideró la obligatoriedad de la recepción de la voluntad de los contratantes en la actividad inmobiliaria, ante notario, en exclusiva defensa de las partes intervinientes en el acto.

El notariado francés creó la VNI (Venta Notarial Interactiva), que funciona eficazmente y permite encontrar en internet publicaciones sobre venta de inmuebles, realizada por los mismos interesados. Esto permite al vendedor evaluar las distintas ofertas que recaen sobre su propiedad. Ofrece un medio fiable, moderno, simple, que sólo permite la recepción de ofertas de manera transparente. Una vez aceptada la oferta, las partes se contactan con el notario designado al efecto, para instrumentar el negocio.

En estos casos existe una participación activa de los colegios notariales en la actividad inmobiliaria. Este valor agregado a la actividad inmobiliaria redundará en beneficios para la comunidad.

II.3. La función notarial generadora de confianza social, su contribución al desarrollo jurídico y al desarrollo económico sustentable

La función notarial, generadora de confianza social es protagonista del desarrollo jurídico de la comunidad. La intervención notarial reduce la litigiosidad y, en pos de un desarrollo jurídico sustentable, como modo de mejorar la calidad de vida y de preservar el medio ambiente, mediante el documento notarial y su publicidad cartular, brinda datos relativos a determinadas condiciones de los inmuebles.

El notario contempla no sólo los aspectos económicos y los jurídicos, sino también los sociales y los ambientales. En el marco de la seguridad jurídica que emana de la intervención notarial, es innegable la importancia de la información que éste brinda en base a datos relativos a determinadas restricciones, beneficios o limitaciones y que perdurarán en el documento notarial, tales como la pertenencia del inmueble a zonas de patrimonio histórico, a ejecuciones urbanísticas, a restricciones en la propiedad horizontal.

Los nuevos desafíos, como el futuro de la provisión de agua potable, los glaciares, el destino de las reservas de agua, la explotación minera indiscriminada, son temas que requieren profundización.

La participación notarial en cuestiones de derecho ambiental y de urbanismo, como en la intervención en contratos de explotación agrícola o mineros es indispensable. El asesoramiento cabal y la información a las partes firmantes de los contratos en cuestión, sobre las consecuencias inmediatas y mediatas de los mismos, deben contener datos sobre el desarrollo sustentable de las mismas. Es un compromiso social asumido por la institución notarial que ha comenzado en los países más desarrollados y se está extendiendo al resto del mundo. Es el desafío de este siglo.

“El notario, en el ejercicio de una función pública, y por su relación con organismos públicos y privados, tiene la posibilidad de relacionarse con cada uno de los recursos que integran el medio ambiente. Conoce de las restricciones y límites al dominio; tiene posibilidad de realizar constataciones; complementa su trabajo con peritos para verificar la degradación, agotamiento y erosión del suelo, la contaminación del aire y el agua. Se encuentra capacitado para intervenir complementariamente en los procesos de zonificación, urbanización, en la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para la apertura, clausura o cierre de una planta de tratamiento de residuos o la radicación o funcionamiento de una industria”²⁷.

La ley 25.675 de noviembre de 2002, declara al ambiente un bien jurídicamente protegido y establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Establece los objetivos a seguir a fin de preservar, conservar, mejorar y recuperar los recursos ambientales para tener una mejor calidad de vida, para nosotros y para las generaciones futuras.

La Ley General del Ambiente (ley 25.675) en su art. 8° refiere al ordenamiento ambiental del territorio, que tiene como fin organizar el uso del mismo de acuerdo con el interés general y el destino del suelo. Los llamados clubes de campo o *countries* y barrios cerrados, son un ejemplo de urbanización y han tenido un amplio desarrollo, especialmente en la provincia de Buenos Aires y, a falta de legislación específica en el derecho de fondo, fueron regulados por la ley 8912, de ordenamiento territorial y uso del suelo, dictada en el año 1977. Esta ley permite autorizar los planos de división de la tierra por el régimen de la ley 13.512 de Propiedad Horizontal, o la utilización de la servidumbre predial

27 Ponencia Argentina. XV Jornada Notarial Americana. Tema I.

respecto de las áreas comunes con dominio revocable o condominio indiviso. Por su parte, el decreto reglamentario 9404 de 1987, y la resolución 74 del 26 de marzo de 1997, de la Secretaría de Tierras y Urbanismo, rige lo relacionado a barrios cerrados.

La ley nacional 25.509 crea el *derecho real de superficie forestal*, que se constituye a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad con el régimen previsto en la ley 25.080, de inversiones para bosques cultivados, y con lo establecido en la referida ley. De esta manera, se crea un derecho real autónomo sobre cosa propia con carácter temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno, con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado, o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, y poder gravarlo con derecho real de garantía. Esto es novedoso dentro del derecho civil argentino, ya que introduce una variación que no sólo limita derechos del propietario, sino que permite que la propiedad del suelo quede escindida de la propiedad de las plantaciones. El notario interviene en la instrumentación del contrato en el que se constituye el derecho real de superficie forestal, que se hace por escritura pública y debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, a los efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados.

En la provincia de Buenos Aires, y con carácter previo, a efectos de la expedición del certificado de catastro correspondiente, la constitución del estado parcelario, cuya registración se hace vía web debe realizarse por intermedio del profesional habilitado al efecto (agrimensor). Una vez registrada la cédula catastral, el escribano solicitará el certificado catastral por la misma vía.

Con el objetivo de preservar el recurso y controlar su uso en nuestro país, en el año 2002, se sanciona la ley nacional 25.688, sobre Gestión Ambiental de Aguas, que establece los presupuestos mínimos ambientales.

La provincia de Buenos Aires cuenta, desde el año 1998, con un *Código de aguas*, ley 12.257, por el cual se tiende a establecer un régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la Provincia. Crea la Autoridad del Agua como ente autárquico de derecho público y el registro de derechos. El art. 12 dice: "La Autoridad del Agua inscribirá de oficio o a pedido de parte, en un registro real y público, los derechos al aprovechamiento de las obras y recursos públicos". En su art. 15, impone para los escribanos la obligación de solicitar la certificación de que no se adeude suma alguna en concepto del uso del agua. En igual sentido lo establece el art. 26 del Código de Aguas de la provincia de Córdoba, ley 5589.

Asimismo establece que el Registro de la Propiedad comunicará a la Autoridad del Agua *todo acto que modifique el dominio de los inmuebles* afectados por un derecho de uso del agua pública dentro del término improrrogable de

diez días hábiles en que el acto haya sido registrado; prevé, como una forma de extinción de las concesiones, la renuncia, y establece: "salvo disposición en contrario del acto de concesión u oposición del acreedor hipotecario, usufructuario o arrendatario..."; en cuyo caso, para que los sujetos mencionados se informen de la renuncia que se realizará, debe efectuarse por acto inscribible en el Registro de la Propiedad; además establece la forma en que deberá presentarse la renuncia: "... conformidad expresa de quienes tengan derechos reales sobre el bien para cuyo beneficio fue otorgada y de los arrendatarios y aparceros del inmueble, cuyos contratos se inscriban en el registro que crea el artículo 12° del Título II del presente Código".

El Decreto 3511/07 reglamentó el Código de Aguas de la provincia de Buenos Aires y, específicamente, estableció el Registro de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, creado en el ámbito de la Autoridad del Agua, en el cual deberán registrarse. En su art. 15 estableció las obligaciones de los escribanos, *en las escrituras públicas de transferencia de derechos reales sobre inmuebles, de asentar, conforme a la información que les suministre el Registro de la Propiedad Inmueble, la existencia y plazo de vigencia de derechos de aprovechamiento de agua registrados y las perforaciones registradas en el fundo.*

El rol del notario es fundamental en la protección del medio ambiente, por brindar seguridad jurídica a través de su intervención en la constitución y modificación de derechos reales que recaigan sobre recursos naturales y su inscripción en los registros que correspondieran en cada caso. La Ley General de Ambiente de la República Argentina (ley 25.675, del año 2002), en sus arts. 1° y 2° establece los presupuestos mínimos que aseguren una gestión sustentable, y fija los objetivos a alcanzar por la política ambiental en el marco del desarrollo sustentable.

El XX Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado (UINL) instó a que el notariado se integre en los procesos de decisiones en temas de medio ambiente, y que los notarios a través de su intervención en contratos notariales, puedan contribuir en la protección del medio ambiente.

En la reforma constitucional de 1994, la República Argentina consagró expresamente la protección del medio ambiente, en los arts. 41 y 43. Además, se suscribieron diversos tratados internacionales en materia ambiental, pero, en ellos, no se hizo referencia en forma directa a la intervención notarial.

En la Ciudad de Buenos Aires, para la habilitación de locales comerciales, se requiere la intervención de profesionales y, una vez aprobada la primera etapa, con la verificación edilicia y conforme a la zonificación en cada caso, debe ser presentada la documentación pertinente ante un notario, a efectos de formalizar la respectiva escritura pública. Para ello, el notario verifica previamente datos y cumplimiento de requisitos de la reglamentación de habilitación (decreto 93/06); y así se convierte, en esta instancia, en un colaborador directo

de la administración pública. Con la primera (o ulterior) copia que expida el escribano y el resto de la documentación técnica, el interesado se encontrará en condiciones de formalizar la presentación del trámite ante el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En la Ciudad de Buenos Aires existe también un régimen de protección para evitar la demolición de edificios con valor patrimonial. Para ello, los edificios deben ser incluidos en un catálogo del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad, que establece limitaciones para ser modificados. Si se encuentran incluidos dentro de la denominada "Área de Protección Histórica" (APH), la catalogación impone "límites y restricciones al dominio", que el particular debe soportar en razón del interés público y como el ejercicio normal de su derecho. Estas limitaciones se ven compensadas, de alguna manera, con ciertos beneficios impositivos y créditos a tasa preferencial para intervenciones que mejoren el inmueble. El escribano, previo al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio de un inmueble, debe solicitar, al organismo correspondiente, un certificado catastral, dado que ésta es la vía a través de la cual el Estado comunica y previene de estas circunstancias especiales, que pueden restringir y limitar el destino que el titular de dominio quiera darle al inmueble de su propiedad, si éste se encuentra en un lugar de interés histórico o posee en sí mismo interés histórico o cultural.

II.4. La influencia de la globalización y la nueva economía global

A partir de la década del 90, "la globalización" ha sido uno de los fenómenos más importantes de la época. Se trata de un proceso dinámico, heterogéneo, multidisciplinario, complejo, controvertido, producto de la civilización occidental -donde impera el capitalismo liberal-, y que, en las últimas décadas, se ha expandido alrededor del mundo. Si bien podemos decir que es un fenómeno eminentemente económico -aumento de la actividad comercial y financiera a nivel planetario-, no se limita únicamente a esto último; ya que también presenta aristas políticas, tecnológicas, sociales, culturales y jurídicas. La globalización es un proceso que refiere a la multiplicidad de vínculos e interconexiones entre los países del orbe y cuyo objetivo primordial es la construcción de un mercado global, donde la circulación de activos financieros, la importación y exportación de bienes materiales y el flujo de las comunicaciones se desterritorialicen y, en consecuencia, las fronteras nacionales progresivamente se neutralicen.

El fenómeno de la globalización ha tenido un significativo impacto en el derecho, al transformar muchas de sus instituciones y dar lugar a nuevas formas de juricidad. Sin embargo, debemos tener presente que éste no sólo ha padecido sus efectos, sino que también ha desempeñado un rol causal en el

proceso, ya que todos los negocios jurídicos e intercambios que se realizan a nivel supranacional y definen el nuevo orden económico mundial, no serían posibles si no se hubiese contado con instrumentos jurídicos para ello. Sin derecho no tendríamos globalización, en consecuencia, los ordenamientos jurídicos nacionales -que siempre suelen ir detrás de los vertiginosos cambios sociales y económicos- no podrían permanecer al margen de este fenómeno mundial y se verían en la necesidad de crear nuevas herramientas jurídicas -útiles en este nuevo contexto-, como así también, de unificar y simplificar procedimientos y normas legales a fin de construir un sistema jurídico mundial que optimice la competitividad y la seguridad jurídica en las transacciones internacionales.

Las nuevas formas de contratación, introducidas en el país luego de la denominada influencia de la “globalización de las formas de contratación”, provocaron cierto desorden contractual. A fines del siglo XX y a comienzos del XXI, el gobierno argentino adoptó la teoría del *Economic Analysis of the Law* como algo revelador, y se siguieron sus argumentos sin detenerse a analizar sus efectos. Esta teoría intenta unificar las formas de contratación, sin tener en cuenta las instituciones jurídicas, las modalidades y las tradiciones de cada país.

Ante este panorama se observa cómo los “inversores globales”, que cuentan con gran participación de inversores provenientes de países con sistemas jurídicos del *common law*, procuran instaurar sus modalidades negociales, financieras y hasta inmobiliarias en los países de destino. El notariado afrontó intenciones de cambios permanentes; De hecho, en nuestro país se desreguló, por decreto, la función notarial; se trató de imponer sistemas de securitización y las empresas de seguros internacionales cuestionaron nuestro sistema inmobiliario registral, sin dejar de “recomendarnos sus ventajas”.

La difusión de la función del Notariado de tipo latino, a través de la UINL, comienza a tener reconocimiento expreso en el seno de los formadores de juristas y economistas que se rigen por las leyes del *common law*.

¿Cuál es entonces el papel del notario que un sistema globalizado requiere? Somos depositarios de la fe pública, garantizamos la seguridad jurídica. Los ciudadanos esperan que nosotros seamos protectores de la dignidad y del valor que tiene cada persona humana. Hay, entonces, varios aspectos a considerar. Pero sí, además, estamos convencidos de que nuestro sistema de notariado latino garantiza la justa aplicación de las leyes, entonces, en nuestro trabajo cotidiano deberemos resaltar la importancia del *asesoramiento* a ambas partes, con equidad y en forma imparcial; prestar especial atención ante los contratos *predispuestos* y los de *adhesión*.

Estemos atentos, hay avance e intromisión en las nuevas técnicas de contratación que vulneran derechos; se intenta modificar institutos jurídicos y los sistemas de registración inmobiliaria, para adecuarlos a las costumbres ne-

gociales de empresas o corporaciones y adaptarlos a las legislaciones de sus países de origen.

Seguridad en el tráfico significa certeza en la interrelación e integración de los derechos y de los deberes de todas las partes. La función notarial no es incompatible con la economía de mercado, como opinan del sistema anglosajón y lo enaltecen. Todo lo contrario. En la economía de mercado, el notario es necesario como garante de la seguridad jurídica y como regulador de los distintos intereses en juego. Esta misión es reconocida en los distintos países europeos, que constantemente le transfieren funciones nuevas al notario, como en Alemania, donde lo consideran "motor del desarrollo económico".

"Nuestra profesión, que se consagra por entero a la solución armoniosa directa y humana de intercambios y relaciones a la prevención de litigios ulteriores por prueba inatacable de convenciones, y a la protección de las partes a quienes se les brinda información jurídica, imparcial y adecuada, previene conflictos".

Ante este nuevo escenario que presenta el mercado inmobiliario en crisis en numerosos países del mundo, aquellos Estados que tienen un sistema notarial de tipo latino cuentan con un profesional del derecho, que tiene a su cargo una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad.

En virtud de la certeza jurídica que brinda la intervención del notario en las transacciones inmobiliarias, la mayoría de los países del mundo han adoptado el sistema notarial de tipo latino²⁸, estableciéndose, en consecuencia, el documento notarial, como elemento de forma de los contratos. Así y a través de esta forma instrumental, la partes obtienen: a) orientación y asesoramiento imparcial sobre el encuadre jurídico más viable para el negocio jurídico que desean celebrar; b) mayor claridad en cuanto al contenido o a las cláusulas del contrato, evitando nulidades, pues son redactados por verdaderos juristas; c) vigilancia por parte del notario del cumplimiento de la ley y observancia de todas aquellas implicancias de índole administrativa y fiscal que conlleva el contrato; d) garantía de la existencia de lo acontecido ante el notario -en virtud de la fe pública de la que es depositario por delegación del Estado-, lo que logra, en consecuencia, una prueba de pleno valor y fuerza ejecutiva; y e) publicidad, cuando el documento es registrable.

28 Actualmente el sistema notarial de tipo latino se halla instituido en aproximadamente 120 países del mundo, lo que representa alrededor de 2/3 de la población mundial. El Notario Latino es un profesional del derecho con colegiación obligatoria, que cuenta con ciertos impedimentos que aseguran su imparcialidad y redacta -con ciertas solemnidades impuestas por la ley- el documento; lo que lo hace cierto, auténtico y veraz.

II.5. El notario ejerce el control de la legalidad, propicia la seguridad y la certeza jurídicas

El notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública y debe cumplir las obligaciones derivadas del orden jurídico de su país.

En la Argentina, el notario tiene que ser rogado por los otorgantes y luego de la audiencia, a fin de expresar sus voluntades, confeccionará planillas de datos personales, recibirá la documentación necesaria para el acto, solicitará las certificaciones pertinentes y calificará el acto a fin de instrumentarlo.

Tiene que conocer a los otorgantes o identificarlos a través de su documento de identidad o por testigos de conocimiento, de su actuación por derecho propio o representación (legitimación subjetiva), del contenido del acto extendido en legal forma y conforme a la voluntad de las partes. Si alguno de los elementos indispensables para el acto faltase (ej.: no se acreditara la representación legal de una persona jurídica), fuese insuficiente (no se le entregara toda la documentación solicitada) o contrario a la ley, deberá negar su intervención.

El notario, que conoce los requisitos de fondo y forma de cada acto que autoriza, es el garante de la seguridad jurídica a través del control de legalidad. Están a su cargo ciertas actividades previas o posteriores, tales como solicitar certificaciones registrales o administrativas y confeccionar minutas para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, que, en ocasión de su intervención aseguran la eficacia del negocio jurídico.

Es, además, el protector de las personas con capacidades diferentes, porque si uno de los otorgantes está en esas condiciones, solicitará los elementos necesarios a fin de que esté debidamente acompañado o asistido. ¿Quién mejor que el notario, que es, en muchos casos, el confidente de las familias?

El control de legalidad confiere certeza jurídica, da seguridad al negocio y evita conflictos.

El desarrollador conoce el mercado, las reglas del juego, el perfil de la demanda, conoce los costos y la rentabilidad, pero necesita el documento adecuado para captar inversores u ofrecer en venta el producto resultante.

En esta primera instancia, el notario se convierte en un asesor clave para el armado legal del negocio y, en una instancia ulterior, en el profesional idóneo para redactar el contrato con cláusulas adecuadas y a la medida del negocio subyacente, que garantice no sólo su viabilidad jurídica, sino también la observancia de las normas impositivas que correspondan.

Este asesoramiento previo deberá contemplar a ambas partes de la negociación, tanto al desarrollador que asume riesgos para llevar adelante un determinado emprendimiento inmobiliario o al vendedor de un inmueble en particular, como al futuro comprador, que, a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240 y sus modificatorias, será el consumidor

o usuario, es decir: “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines” (ley 24.240, modificada por la Ley 26.361).

En este sentido, una de las conclusiones de la declaración de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, en Santiago de Chile, el 15 de noviembre del año 2003, señala: “Que la actual legislación de las relaciones de consumo intenta asegurar la justicia y el equilibrio entre las partes, exigiendo además una adecuada y veraz información y asesoramiento, garantizadas por la intervención imparcial activa y sustancial del notario”.

Esta actuación del notario, coadyuva a la comercialización en el mercado inmobiliario e, incluso, a su reactivación, por cuanto, en algunas ocasiones la figura jurídica elegida optimiza la concreción de un negocio, y permite superar ciertos escollos basados en la desconfianza de alguna de las partes. Ejemplo de ello, en nuestro país, fue el fideicomiso, por cuanto, antes de la sanción de la ley 24.441, encontró en el notario un fiel intérprete de la figura y un experto en su redacción, quien logró aunar distintos intereses.

El mercado inmobiliario se maneja con reglas netamente económicas y el notario aporta la regulación jurídica. Más allá de la instrumentación de los Derechos Reales que consecuentemente deban otorgarse, se impone el conocimiento de los contratos asociados al mercado inmobiliario, considerando los distintos tipos de transacción.

En el documento el notario deberá conciliar los intereses de las partes, según la etapa de negociación en la que se encuentran. La redacción de las cláusulas deberán ser claras, “completas, fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente”, de conformidad a lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 10²⁹.

29 Ley 24.240 y sus modificatorias: “Artículo 10 - Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar:

- a) La descripción y especificación del bien.
 - b) Nombre y domicilio del vendedor.
 - c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere.
 - d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley.
 - e) Plazos y condiciones de entrega.
 - f) El precio y condiciones de pago.
 - g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente.
- La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente.

Así se generará la confianza de los actores y se garantizará que el contrato que estos celebren, sea autosuficiente para resolver los conflictos que surjan durante la ejecución del negocio elegido.

Deberán receptar las normas de defensa del consumidor, como se ha dicho, las que exigen los pagos bancarizados (ley 25.345), y las que prohíben ajustar precios, aportes, etc., como así también otras normas necesarias para estructurar, especialmente, contratos con estructura de adhesión (Dres. Celia Weingarten-Carlos A. Ghersi) y de ejecución diferida o de larga duración, respetando el orden público imperante en nuestro orden jurídico.

“No puede desconocer que la concepción clásica de la autonomía, fundada en la igualdad y la libertad de contratación se ve decididamente afectada por los principios emergentes del derecho del consumidor, que parten de una concepción realista del mercado”³⁰.

Otro aspecto a considerar son los distintos tipos de contratos, por ejemplo, los de larga duración, en los que el tiempo es esencial para el cumplimiento y a los que no puede aplicárseles “... condiciones generales de contratación”³¹(...)Ni definir de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes”. Estos requieren un mayor análisis por parte de los operadores del derecho, por cuanto, y según comenta el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, quien cita a Augusto Morello, “... el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua”.

El notario, con su visión integradora de los derechos reales, personales y registrales tiene el desafío de prever las normas particulares para este tipo de contratos, que se verán sometidos a permanentes mutaciones.

Otro desafío para el notario es la intervención en la redacción de acuerdos preliminares, -la oferta de compra, la reserva, el boleto de compraventa-, que en algunos supuestos deben ajustarse a situaciones particulares, como, por ejemplo, que el precio sea en moneda extranjera, a la luz de la actual política de cambio impuesta en nuestro país, o bien en algún supuesto en el que el precio

Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto.

Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley. (Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)”.

30 Conclusión de la Comisión N° 14, del tema “Principios del Derecho Privado en el Siglo XXI”, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

31 *Tratado de los Contratos. “Parte General”*. Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

o el aporte del inversor no pueda ser definitivo porque dependerá del costo final de la construcción.

II.6. El notariado, promotor de nuevas instituciones jurídicas

Dentro de las múltiples actividades que realiza el notario, como aconsejar y asistir en la formación y exteriorización de la voluntad negocial, tiene, además, un papel preponderante en el desarrollo de las distintas facetas de la vida social. Con el apoyo innegable de las nuevas tecnologías, se ha incrementado su rol de agente de información en todo lo relevante para el interés general representado por el Estado. Es parte significativa y creador de nuevas instituciones jurídicas, necesarias según los nuevos requerimientos sociales imperantes. Recientemente, en nuestro país, se plasmó la necesidad social de intervenir en las disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital en sede notarial. Antes de la recepción legislativa, en algunas provincias, una vez más, el notariado reaccionó frente al vacío legal imperante.

El notariado es, además, el que debería intervenir en el ámbito de la competencia alitigiosa, es decir, en todos aquellos casos en los que los otorgantes fueren capaces y estuvieran de acuerdo, por ejemplo, en las sucesiones intestadas -lo que descomprimiría así la sede judicial y conferiría seguridad a la población-, o en las declaraciones de matrimonio, con las ventajas ya consabidas, que aliviarían las tareas del Registro Civil.

II.7. Colaboración del notariado en trámites administrativos

El notariado siempre ha colaborado con el Estado, a fin de satisfacer los deberes y cargas impuestos. Es evidente la vinculación entre la función notarial y el servicio permanente que brinda al Estado. Dada su investidura y responsabilidad, ¿quién mejor que el notario cumplirá el rol de agente de información, retención y contralor?

Dado el óptimo servicio realizado por el notariado con eficacia y sin remuneración o compensación económica, las cargas administrativas, tributarias e informativas son cada vez mayores. Cada día hay más planillas para completar, más informes que solicitar, los que obligan al notario, quien brinda un servicio público personal, a trabajar integrado a terceros, empleados y profesionales, tal como contadores, para poder llevar a cabo el ejercicio de su función en forma responsable.

El notario debe solicitar certificados administrativos y, si surgiera deuda líquida, tendrá que pagar y liberar en el tiempo determinado en cada caso. Si no paga en tiempo y forma será pasible de sanción penal y administrativa.

Doctrina

En la mayoría de las jurisdicciones provinciales y en la Ciudad de Buenos Aires se solicitan los siguientes certificados:

- 1) Certificado de impuesto inmobiliario.
- 2) Certificado de aguas.
- 3) Certificado de catastro (previa verificación de relevo del estado parcelario, que alertará ante la existencia de construcciones no declaradas, cambios en el estado constructivo y advertencias acerca de la previsión de la apertura de calles, por ejemplo).
- 4) Certificado de VIR (valor del inmueble de referencia). Exhibe la valuación actualizada que el inmueble tiene asignada para la administración pública.
- 5) Constancias de claves de identificación tributaria de las partes.
- 6) Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles (COTI) que publicita el valor en el que el bien fue ofertado en el mercado.
- 7) Residentes en el exterior. Deben tramitar el certificado de retención por ante la Administración Federal de Ingresos Públicos.
- 8) Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas. Retendrá su importe o verificará que el vendedor haga uso de la opción del reemplazo de su vivienda.
- 9) Impuesto a las Ganancias. Corresponde su retención en el caso de tratarse de una actividad habitual o de personas jurídicas.
- 10) Impuesto de Sellos. Deberá verificar su procedencia, retener e ingresar el importe correspondiente en su caso.
- 11) Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes. Deberá, en las jurisdicciones en que corresponda, verificar si es menester su aplicación en el acto a otorgar o si se dio cumplimiento en su antecedente.
- 12) CITI. Cruzamiento informático de operaciones importantes. El notario debe informar a la agencia impositiva toda operación de compraventa, hipoteca, dación en pago, donación, permuta, adjudicación onerosa por disolución de sociedades y la constitución, cesión y cancelación de derechos reales sobre inmuebles y cualquiera que refleje flujo de riqueza o transacción monetaria.
- 13) Sistema de Control de Retenciones (SICORE).
- 14) Unidad de Información Financiera (UIF). Los notarios deben brindar información al indicado organismo, encargado del control del lavado de dinero, del origen del dinero utilizado, y si los intervinientes resultan personas políticamente expuestas.
- 15) Terceros intervinientes. Deben ser informadas todas las escrituras celebradas entre residentes del país y representantes de sujetos del exterior, siempre que éstos no exhibieren la clave fiscal al tiempo de la escrituración. Podemos ver la gran cantidad de información generada por el notariado para el Estado. Sería conveniente centralizar toda esa información en un aplicativo que

manejara cada Colegio de Escribanos o el Consejo Federal, para proporcionarla a cada repartición pública y, de esa manera, aliviar a los colegiados.

16) Además deben solicitarse los siguientes certificados al Registro de la Propiedad: a) Dominio: del que surge la legitimación registral, la ausencia de gravámenes, restricciones al dominio, medidas cautelares y b) Anotaciones personales o Inhibiciones: el notario deberá calificar la libertad dispositiva del transmitente o constituyente del gravamen.

17) Una vez otorgado el acto que constituye, adquiere, modifica o extingue derechos reales sobre inmuebles, deberá ingresar una primera copia dentro de los 45 días contados a partir de la fecha de la escritura, juntamente con una *Minuta de inscripción*. Autorizada la escritura, su primera copia ingresará dentro de los 45 días posteriores a la fecha de escritura, con una minuta de la que surjan todos los datos que contiene el instrumento que acompaña en forma sintética al Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción que corresponda a la ubicación del inmueble, a efectos de su inscripción.

El notariado brinda un servicio de utilidad pública y es accesible a todos los ciudadanos, todas las tareas notariales y no notariales -como las recién mencionadas- son un aporte concreto por una sociedad más igualitaria e inclusiva.

II.8. La mediación como proceso participativo de la resolución pacífica de conflictos en el mercado inmobiliario

El mercado inmobiliario es un importante sector que forma parte de la economía de una Nación donde se proyectan, desarrollan, construyen y comercializan bienes raíces y servicios, que tienen trascendencia para el país, porque condicionan el bienestar de la sociedad y colaboran con el desarrollo general, siendo la base del patrimonio familiar.

La promoción de inversiones contribuye con el Producto Bruto Interno, que aporta bienes de capital, producción y consumo; es generador de mano de obra, contribuye con impuestos y amplía los programas de renovación urbanística.

Tiene la característica de ser un mercado cíclico, muy sensible a los cambios económicos, políticos, monetarios y se afecta con las variables comunes que son mayor o menor desarrollo de la actividad, lo que trae aparejado un aumento en el nivel de conflictos.

En el marco de ese ámbito, el notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial, a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del notario, quien debe estar presente en toda su actuación, desde el

asesoramiento en la audiencia previa, en la estructura del acto y en la redacción del documento que se va a otorgar, en el acto de autorizar o autenticar, así como en los actos post escriturarios con consecuencias jurídicas para los terceros.

Requiere de una sólida formación jurídica, de una mirada integradora respecto de otras disciplinas, ya que el notario forma parte de un engranaje que mueve el mundo moderno.

En otro lugar y cuando se ha producido el conflicto, las peculiares características de la actividad notarial colocan al notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio, potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de los mismos.

Mediación: es un proceso pacífico e informal de resolución de conflictos a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con el objeto de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus propias necesidades.

La mediación alienta la comunicación directa de los involucrados y desarrolla las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas, promueve la autonomía de la voluntad y la autogestión, es una negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial, facilitador de la comunicación.

El mediador notario ejerce naturalmente su función mediadora y puede intervenir como tercero imparcial en conflictos derivados de la actividad inmobiliaria como los originados por incumplimiento de boletos, contratos, depósitos, señas y reservas, rendición de cuentas de administradores y apoderados; mediación en conflictos por préstamos de dinero con garantía hipotecaria, mediación en conflictos con empresas de servicios domiciliarios de luz, gas, teléfono, derivados de la propiedad horizontal, disputas en consorcios, incumplimiento en el pago de expensas comunes, conflictos para fijar el valor locativo, conflictos de locaciones urbanas y rurales, conflictos por alquileres impagos, por responsabilidad de garantes y fiadores de contratos, mediación en conflictos procedentes de divisiones de condominio forzoso y de partición hereditaria.

Para ser mediador hay que capacitarse específicamente, aunque los notarios ya son mediadores natos, dado que "En el ejercicio del derecho estamos acostumbrados a orientar la mirada a un futuro libre de conflictos, y que satisfaga a todos los intervinientes del asunto. Incluso, más de una vez nuestra intervención alivia problemas emocionales, preocupaciones y deseos que cubren otros aspectos del individuo, y no el encuadre puramente jurídico. Estamos acostumbrados a recibir, escuchar e interpretar la voluntad de las partes, en las

que indagamos sanamente, con la intermediación de la audiencia notarial”³². “...la mentalidad notarial se adecua más fácilmente que la del abogado a la mediación, porque salvo en sus estudios universitarios en que también le enseñaron que el único proscenio es el litigio, eligió un oficio que sólo opera en el acuerdo y busca integrar los intereses...”³³.

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a la justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables de tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos. Quienes elegimos este proceso como variable de construcción de paz social, promovemos que se potencien las fortalezas de las partes, para que puedan resolver sus diferencias por sí mismas, inspiradas en los valores democráticos de la participación y sustentadas en los principios de elegir, con libertad, el acuerdo posible para cada una.

Los mediadores somos activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia, gestión y resolución pacífica de conflictos. Aun cuando entendamos que el conflicto sea una oportunidad, cuando nos atraviesa, nos desestabiliza, debemos generar, con nuestra actividad, un espacio de respeto y escucha.

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época y construir resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

Tanto la gestión pacífica de conflictos como las técnicas de comunicación potencian el protagonismo en la búsqueda de consensos, y alivian la tensión propia que trae aparejado el conflicto.

Tomado el conflicto como una oportunidad de cambio, la posibilidad de mediar se convierte en un camino pacífico y vital.

- La finalidad perseguida es establecer la mediación como proceso de cambio, canalizar los conflictos por un sistema o método de prevención de la controversia judicial y así frenar el acceso precipitado a la justicia, que desde hace mucho tiempo se encuentra desbordada, que la torna ineficaz por su lentitud, hecho que compromete los valores y los fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

32 ORMAECHEA, Carolina. “La intervención del notario en los conflictos”, REVISTA NOTARIAL 945, Buenos Aires, 2003, citada por La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela. “Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar”.

33 GATTARI, Carlos N. *Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, citado por La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela, “Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar”.

La visión compartida del notario y mediador nace del profundo respeto por los valores que implican el compromiso con la justicia, la equidad y el mantenimiento de la paz.

CAPÍTULO III: EL DOCUMENTO NOTARIAL

III.1. Naturaleza, forma, alcances y efectos

El documento notarial es una de las especies de documento público realizado por el agente de la función, el notario, dentro de los límites de sus competencias, al cumplir los requisitos que la ley impone para estos instrumentos.

La ley dota a estos documentos de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad.

Dentro de los documentos notariales, la escritura pública es el principal y más importante exponente de la labor del notario; es en ella donde desarrolla todo su potencial fedante y profesional. La escritura pública es continente de diversos hechos y actos jurídicos, principalmente -pero no en forma excluyente- de contratos.

La fe pública, con la que la ley ampara a los hechos ocurridos en presencia del notario o realizados por él, es uno de los beneficios de la escritura pública, si bien ésta es compartida con otros documentos públicos, como el judicial y el administrativo.

Sin embargo, en la escritura pública, el desarrollo de la labor del notario, para llegar a la dación de fe, es más complejo que en los demás instrumentos públicos. El notario no es un mero observador de la realidad, tampoco un testigo privilegiado. El notario recepta la voluntad de los requirentes, califica el acto jurídico que quieren realizar, lo encuadra dentro del marco de la normativa vigente, evalúa las distintas opciones y consecuencias del mismo y, luego de todo este proceso funcional-profesional, confecciona el proyecto de escritura pública, siendo este otorgado y firmado por los comparecientes en la audiencia notarial -o por firmantes a ruego en su caso- para que, por fin, con la autorización del notario, la escritura pública reciba todas las virtudes que la ley prevé para este tipo de instrumentos.

RUBÉN AUGUSTO LAMBER considera que el instrumento público notarial "... tiene una impronta personal, que es la del autorizante del documento, cuya misión no se limita a la 'fedación', sino que llega a ella por medio de actividades de indagación e interpretación de la voluntad de los otorgantes o requirentes, que le permiten la configuración del documento, luego de verificar la legitimación de la forma que al efecto elige para el acto..."

El documento notarial, cualquiera sea su clase, no puede separarse en secciones autónomas porque constituye un todo homogéneo y orgánico, y nunca una mera suma de partes sin conexión alguna entre sí. Por tal motivo,

es indivisible en su composición; no obstante, las partes que lo conforman son susceptibles de ser analizadas de forma individual.

En principio es posible clasificar a los documentos notariales en dos grandes géneros:

Con valor de instrumento público

a) Documentos notariales protocolares: son aquellos que constan en el protocolo y son expedidos por el notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y bajo las formalidades establecidas por la ley; dotados, en consecuencia, de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad. Son tales: las escrituras públicas, las actas notariales y las protocolizaciones.

b) Documentos notariales extra-protocolares: son aquellos que no constan en el protocolo del notario. Son tales: los testimonios, las certificaciones de firma o impresiones digitales, las certificaciones de copia de documentos, las legalizaciones, las traducciones, etc.

Sin valor de instrumento público: son tales: el índice, el libro indicador, la solicitud de certificaciones de libre deuda, las comunicaciones a oficinas públicas, etc.

A su vez, es posible clasificar a la especie “documentos notariales protocolares” en:

a.1) Principales: son las escrituras públicas que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas, o bien, consignan hechos y circunstancias que presencia o le constan al notario y que, por su naturaleza, no constituyen un contrato o negocio jurídico.

a.2) Accesorios o complementarios: son las escrituras públicas que aclaran, rectifican, modifican e, incluso, revocan lo indicado en la escritura pública principal. Tienen por objeto corregir la voluntad de los comparecientes y, adicionadas a la escritura pública principal, conforman una sola manifestación de voluntad. Tales son:

a) *las Escrituras de Confirmación:* tienen por objeto depurar vicios que contiene la escritura principal y que pueden hacer, al acto jurídico instrumentado en ella, anulable;

b) *las Escrituras de Ratificación:* tienen por objeto aceptar actos o negocios jurídicos que fueron realizados por personas sin suficiente representación;

c) *las Escrituras de Ampliación:* tienen por objeto extender o incrementar el objeto del acto o negocio jurídico que se convino en la escritura principal;

d) *las Escrituras de Adhesión:* son aquellas en las cuales las partes celebran un acto jurídico y acuerdan regirlo por cláusulas de un contrato previamente elaborado y

e) *las Escrituras de Prórroga*: tienen por objeto la prolongación de un plazo pactado en la escritura principal.

III.2. Distinción del documento público y el privado

LLAMBÍAS sostiene que la forma más utilizada para la celebración de actos o negocios jurídicos es la escrita o instrumental, a la que puede recurrirse mediante dos clases de instrumentos: los públicos y los privados. Nuestro Codificador, DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, no conceptualizó el instrumento público, sólo se limitó a hacer³⁴ una enumeración de los mismos, que, si bien es limitada, no es taxativa. Opinamos, al igual que gran parte de la doctrina (LLAMBÍAS, LLERENA, SPOTA y BORDA), que dicha enunciación es meramente ejemplificativa, porque cualquier documento que responda a la noción de instrumento público debe ser considerado como tal, aunque no esté expresamente mencionado en la aludida enumeración.

Siguiendo a LLAMBÍAS, podemos conceptualizar al instrumento público como aquél otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público, a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo.

La doctrina señala que para que un instrumento público sea plenamente válido, debe reunir los siguientes requisitos: a) que el funcionario público tenga potestad para autorizar el instrumento, b) que el funcionario público tenga competencia material y territorial, y c) que el instrumento cumpla con todas las formalidades establecidas en la ley.

De la enumeración dada por el Codificador en el art. 979, advertimos, a grandes rasgos, la existencia de tres clases o especies de instrumentos públicos: a) los notariales, b) los judiciales y c) los administrativos.

Asimismo, y en lo que al instrumento público concierne, tanto el art. 976, como el art. 977 y concordantes de nuestro Código Civil, señalan que para determinados actos será necesaria la celebración mediante instrumento público y, en caso de no cumplirse con tal requisito, el acto será nulo. Incluso puede ocurrir que la exigencia de la ley, respecto a determinados actos, sea aún más estricta, sin que sea suficiente la celebración por medio de cualquier clase de instrumento público, sino que se requerirá una especie determinada. Así el art.

34 Art. 979 del Código Civil argentino: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:

- 1) Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley;
- 2) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado..."

1184 del aludido cuerpo normativo, enumera qué actos jurídicos deben celebrarse por escritura pública³⁵.

También siguiendo a LLAMBIAS, podemos conceptualizar al instrumento privado como el documento firmado por las partes sin intervención de oficial público alguno. Según lo normado por nuestro Código Civil, son caracteres sobresalientes de esta clase de instrumentos: a) la firma de las partes, como condición esencial para su existencia, sin que pueda ser reemplazada por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos; b) la ausencia de una forma especial, que las partes pueden redactar en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes; y c) el número de ejemplares, que deben ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto.

Principales distinciones entre ambas clases de instrumentos

El instrumento público es aquel que se otorga ante un funcionario público mientras que el instrumento privado se otorga únicamente entre las partes.

El instrumento público es siempre solemne, mientras que el privado, a más de ser escrito y requerir la firma de las partes intervinientes, no tiene mayores solemnidades.

El instrumento público prueba *erga omnes* la fecha de su otorgamiento, mientras que el instrumento privado carece de fecha cierta frente a terceros. Sólo la adquiere en virtud de algún hecho incuestionable e inequívoco ajeno al documento mismo, como puede ser su protocolización, su presentación en juicio, el deceso de alguno de los sujetos contratantes y cualquier otra situación

35 Art. 1184 del Código Civil argentino. "Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:

- 1) Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;
- 2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión;
- 3) Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones;
- 4) Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote;
- 5) Toda constitución de renta vitalicia;
- 6) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios;
- 7) Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública;
- 8) Las transacciones sobre bienes inmuebles;
- 9) La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública;
- 10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública;
- 11) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres".

que haga indubitable que el documento haya sido suscripto en determinada fecha y no en otra.

El instrumento público conlleva autenticidad, porque tiene un autor cierto, el funcionario público facultado por la ley y revestido de fe pública; mientras, el instrumento privado carece de autenticidad, porque no existe certeza acerca de la persona del autor.

III.3. La escritura pública como elemento de forma de los contratos. Su eficacia. Fe pública

La fe pública es aquella presunción de veracidad, aquella certeza o creencia impuesta por la ley, que se expande a una parte del contenido de los instrumentos públicos, cuando son realizados por un oficial público en ejercicio de sus funciones y que reúne las formalidades que la ley exige para surtir todos los efectos previstos.

No toda afirmación que haga el notario tiene el amparo de la fe pública. Los dichos del notario deben ser insertos en un documento notarial que respete los requisitos de validez exigidos. Pero no todo el contenido de la escritura pública está al amparo de la fe pública, sino aquellas afirmaciones que haga el notario de aquellos hechos ocurridos en su presencia o que sean realizados personalmente por él.

Si bien el autor de la escritura pública es el notario, los comparecientes, al otorgar el acto del notario, asumen el texto escriturario como propio.

Dentro de la escritura pública, existen cuestiones que no tienen el amparo de la fe pública, porque no son dichos propios del notario, sino de los comparecientes. No se trata, en estos casos, de hechos auténticos, sino autenticados. El notario da fe de la manifestación, pero no de su sinceridad.

Los hechos auténticos, que tienen el amparo de la fe pública, deben ser atacados mediante acción de falsedad, sea civil o criminal, mientras que los hechos autenticados admiten simple prueba en contrario. La aseveración falaz en el primer caso hace caer la validez del instrumento y compromete la responsabilidad de su autor.

Si lo falso es la manifestación de las partes, en cuanto a la sinceridad de la misma y no el hecho de haber sido efectuada, la acción adecuada será la de simulación, que hará caer la validez del acto jurídico contenido en la escritura, pero no el instrumento.

La fe pública con que la ley ampara a la escritura pública es uno de los principales elementos característicos y que la distinguen de otros documentos, haciéndola preferible entre sus pares; no porque otros documentos públicos no contengan esta virtud, sino porque en el documento notarial, ella se manifiesta

plenamente, ya que, como dijimos, la escritura pública es un *opus* complejo al que se llega luego de un proceso de conocimiento que efectúa el notario.

Este valor hace que el instrumento público notarial sea creíble y dado por cierto por el conjunto social, sin dudas, ni cuestionamientos. Como consecuencia, también el contenido cobra verosimilitud y certeza. Esta presunción de veracidad y exactitud cubre una necesidad social, al brindar seguridad jurídica a los actos y hechos contenidos en ella y, por lo tanto, es una herramienta invaluable que el Estado utiliza en pos de la paz social.

Las transacciones inmobiliarias reciben un inmejorable servicio del notariado y su obra, portante de la creencia impuesta por el Estado, ya que, gracias a la seguridad aportada por ella, puede desenvolverse plenamente el mercado de inmuebles sobre una base sólida, la seguridad que brinda saber sin dudas que quien vende es quien está legitimado para hacerlo y que se respetarán en el negocio todos los parámetros que la ley establece para que un acto jurídico tenga plena validez y eficacia.

Matricidad

Otro valor de la escritura pública es la matricidad. Por ella sabemos que los actos documentados ante notario por escritura pública quedan resguardados e incólumes y podrán recurrir a los originales muchos años después de la realización del acto jurídico, independientemente de la suerte corrida por las partes y por el autor del mismo.

El mecanismo de resguardo y la responsabilidad que genera su incumplimiento, hace de la escritura pública, el documento público más seguro respecto a la reproducción posterior. El deber de custodia que tienen los notarios en relación a los protocolos, se prolonga en la responsabilidad del Estado, delegada habitualmente en los Colegios Notariales. Estos organizan los archivos de protocolos y resguardan las matrices con un alto grado de eficacia, altamente superior a los resultados obtenidos por otros archivos de documentos públicos. Inclusive, ordenan periódicas destrucciones por cuestiones de espacio, lo que no ocurre en los archivos de protocolos notariales.

Esta posibilidad de recurrir a los originales, aun después de muchos años, permite la realización de estudios de títulos y un verdadero análisis de los antecedentes del dominio, y contribuye a la seguridad jurídica pregonada.

Requisitos de validez

Firmas: la falta de la firma de algunos de los interesados solidarios o mancomunados hace que el instrumento y el acto carezcan de valor para todos, así reza el art. 988 del Código Civil argentino. Cuando hablamos de validez de los instrumentos públicos debemos diferenciar la validez de este y la validez del

acto contenido en él. No es igual acto que instrumento. El instrumento es la forma que tiene un acto jurídico, la que puede ser impuesta legalmente como forma de valer o para su prueba o libremente elegida por las partes. El art. 1004 del Código Civil argentino impone la nulidad de la escritura pública, cuando no estuviere firmada por las partes, o la firma a ruego cuando estas no supieren o no pudieren hacerlo.

Competencia territorial: el oficial público debe actuar dentro de los límites del territorio asignado para el cumplimiento de sus funciones. En la República Argentina, las provincias no delegaron las potestades reglamentarias de la función notarial, por lo que estas cuestiones están legisladas localmente y varía el ámbito de la competencia territorial del notario según la jurisdicción de la que se trate. En algunas provincias, se permite una prórroga de la competencia territorial para comprobaciones de hecho y testamentos. Esta falta de delegación legislativa hace que debamos combinar las disposiciones del Código Civil con las de las leyes provinciales para dilucidar, en cada caso, si el escribano público actuó dentro de los límites de su competencia territorial. El incumplimiento de este requisito hace que el instrumento público sea nulo y pueda aplicarse la conversión formal del art. 987 del Código Civil argentino, según lo comentado, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos a tal fin. Esta competencia está vinculada con la exigencia de los arts. 1001 y 1004 del Código Civil argentino de consignar el lugar de otorgamiento en el texto de la escritura pública, sancionando este último, su omisión con la nulidad del instrumento.

Competencia material: el art. 980 del Código Civil argentino establece para la validez del instrumento público, que el oficial público actúe dentro de los límites de sus atribuciones, respecto de la naturaleza del acto que se instrumenta. Para conocer cuáles son esos límites, debemos recurrir al plexo normativo de fondo, de donde surgirán los actos jurídicos a los que la legislación le indica la forma notarial, sea como requisito de ser o como requisito de valer; pero, además, podemos agregar que el escribano público actuará correctamente dentro de los límites de sus atribuciones siempre que determinado acto o hecho jurídico no se haya encomendado en exclusiva a otro oficial público. Es decir, siempre que la ley no indique en forma imperativa determinada forma para un acto o hecho jurídico en particular, delegando a un oficial público en particular la formalización de los mismos, el escribano podrá actuar mediante la autorización de la escritura respectiva, sea por imperio de la ley o por elección de los particulares.

Competencia en razón de las personas: es una consecuencia de la imparcialidad que debe garantizar el notario y que la ley presume que se vería nublada por la actuación del oficial público en los casos en los que él o un pariente

suyo dentro del cuarto grado, estuviera personalmente interesado, y se deja a salvo cuando estos lo hicieran en representación de una sociedad anónima en carácter de gerentes o directores de las mismas. En este sentido, el art. 985 del Código Civil argentino sanciona con nulidad a los actos que contraríen la premisa expresada en el párrafo precedente. Esta nulidad es absoluta, por lo que no es factible la confirmación del acto autorizado en desmedro de la disposición. Sin embargo, la nulidad podrá ser manifiesta o no, dependiendo de que surja o no del mismo instrumento, el interés del escribano o de sus parientes en el acto instrumentado, conforme lo preceptuado.

Otros requisitos de validez: el mencionado art. 1004 del Código Civil establece otros requisitos de validez de la escritura pública, exige que la misma contenga la designación de la fecha y el lugar en el que fueron hechas, y asegure además del respeto de la competencia territorial -como ya dijimos-, la cronología de las escrituras impidiendo la alteración de la ubicación temporal de los distintos actos y hechos instrumentados. Agrega el art. 1005 del Código Civil que son nulas las escrituras que no se hallen en la página del protocolo que corresponda según el orden cronológico. Vemos aquí una gran seguridad para los negocios jurídicos ya que se impide la alteración de las fechas y no se permite que un acto jurídico hecho con posterioridad pueda aparecer como si fuera primero en el tiempo que otro que le antecedió.

El citado art. 1004 también fulmina con nulidad a las escrituras que no tengan el nombre de los otorgantes. La norma quiere que se determine claramente al sujeto que comparece para brindar también seguridad al tráfico jurídico. Completa la norma la exigencia ya comentada de la firma de las partes o la firma a ruego cuando ellas no saben o no pueden escribir. El art. 309 del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina agrega, a los requisitos antes mencionados, la firma del escribano, que la doctrina había incluido en las exigencias, pero que no está expresada en la legislación vigente.

III.4. La escritura pública como medio de prueba nacional

La teoría general de la prueba no hace distinción alguna entre la prueba civil, penal, administrativa u otra, dado que los principios básicos son aplicables a todas. "El vocablo probar significa acreditar ante alguien la verdad de un hecho, lo cual no debe hacerse exclusivamente ante el juez o autoridad jurisdiccional sino que también se lo hace ante los particulares o ante otras autoridades"³⁶.

36 CURSACK, Eduardo Víctor. "La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal". Academia Nacional del Notariado, Sesión Pública del 07/08/2000, Buenos Aires, Argentina.

En consecuencia, la prueba adquiere categoría judicial cuando es considerada dentro de un proceso, sea éste civil, penal u otro.

Desde el derecho romano existe una elaborada doctrina acerca de los medios de prueba, receptada por numerosos ordenamientos jurídicos, que ciñe su clasificación en cuatro grandes grupos: la prueba confesional, la prueba testimonial, la prueba conjetural o por presunciones y la prueba documental. Esta última es la que nos interesa tratar ahora. Al respecto cabe decir que nuestro Código Civil refiere a ella no sólo en su aspecto procesal, sino también en su carácter de documento, estableciendo sus requisitos y alcances sustantivos. Así, el aludido cuerpo normativo refiere expresamente al valor probatorio de los instrumentos públicos en los arts. 993, 994 y 995.

Dentro de los instrumentos públicos, cabe destacar la especial importancia probatoria de la escritura pública, forma documental que sirve para asegurar la eficacia de los efectos jurídicos del hecho, acto o negocio jurídico que contiene.

La escritura pública ostenta un valor probatorio pleno, es decir que constituye uno de los medios de prueba más eficaces según la totalidad de las leyes procesales. En consecuencia, son numerosos los actos y contratos celebrados entre particulares que deben formalizarse mediante escritura pública, para estar revestidos de valor probatorio. Entre estos podemos mencionar todos aquellos que implican la disposición y/o constitución de gravámenes sobre bienes inmuebles, la constitución de sociedades por acciones, entre otros.

La escritura pública, como documento de fecha cierta, constituye un medio de prueba válido y seguro. No obstante, ese valor probatorio, esa plena fe de la que está dotada puede ser impugnada por redargución de falsedad (art. 993 del Código Civil) o bien, impugnada por prueba en contrario (arts. 994 y 995 del Código Civil). “Del texto (...) del art. 993 del Código Civil se desprende que la falsedad debe ser interpuesta únicamente por acción. Consecuentemente, queda descartado el planteamiento de la falsedad por vía de excepción, admitida expresamente por el Código Civil en materia de nulidades (art. 1058 bis reformado por la Ley 17.711). Tiende a demostrar la falsedad del instrumento público, que es la contracara de su autenticidad: la falsedad es toda alteración de la verdad. La acción podría ser planteada en el ámbito jurisdiccional civil o penal, de acuerdo con lo prescripto por el mencionado art. del Código Civil”³⁷.

III.5. Su libre circulación

El proceso de globalización en el que estamos inmersos conlleva necesariamente a la circulación internacional de instrumentos públicos, tráfico que

37 CURSACK, Eduardo Víctor. Op. cit.

demanda imperiosamente una simplificación de formas en aras de una mayor celeridad y bajos costos, sin vulnerar, por ello, la seguridad jurídica.

La importancia que han tenido en los últimos tiempos los movimientos migratorios, el comercio internacional y las transacciones transfronterizas sobre bienes raíces han provocado que los distintos países del orbe exijan, conforme a sus respectivos ordenamientos jurídicos, procedimientos de legalización, tanto para los instrumentos públicos procedentes de países extranjeros que deban producir efectos jurídicos en su territorio, como para aquellos instrumentos públicos emitidos en su territorio que deban producir efectos jurídicos en países extranjeros.

Según las normas del derecho internacional privado, para que un instrumento público tenga validez en un país extranjero, es necesario que esté legalizado³⁸ por la autoridad del país que lo emite. Así, la circulación internacional de documentos notariales “ha requerido tradicionalmente la legalización diplomática o consular que asegura su eficacia *urbi et orbi* y *erga omnes*. Se trata del trámite por el que la firma del autorizante del instrumento o la última autoridad habilitante extranjera o argentina; v.gr: la firma de un miembro de la Corte Suprema de Justicia o el Ministerio de Relaciones Exteriores; es autenticada o visada por cotejo por el cónsul del país de ejercicio actuante en el país del otorgamiento y la de este funcionario, a su vez, es habilitada por Cancillería del país extranjero o, en nuestro país, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto. La simple enunciación del trámite, más aún su seguimiento, basta para calificarlo como caro y engorroso”³⁹.

A partir del año 1961, la Convención Internacional de la Haya brindó a los países signatarios, adherentes y vinculados a ella⁴⁰, un auxilio jurídico, al sustituir o reemplazar entre estos, el trámite de legalización consular de los instrumentos públicos por la *apostille*⁴¹, “sello o certificación uniforme estampado por la autoridad competente del Estado originante del documento, sin que sea menester otras diligencias”.

La *apostille* va colocada en el instrumento, unida a él. Debe observar un tamaño, una forma y un texto convenidos, según modelo anexo a la Convención.

38 La legalización es el procedimiento que da autenticidad a la firma del funcionario que autoriza un instrumento público y brinda certeza sobre su investidura o calidad jurídica.

39 TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y Brandi Taiana, Maritel M. “La seguridad jurídica y la circulación internacional de los documentos públicos”, Revista del Notariado 863, Doctrina, Buenos Aires, Argentina.

40 La República Argentina es un país adherente a la Convención de la Haya, desde 1987, por Ley 23.458.

41 Es importante aclarar que hoy sigue siendo aplicable la legalización consular a los instrumentos públicos procedentes o destinados a producir efectos jurídicos en países que no forman parte de la Convención de la Haya.

Salvo el título, que debe consignarse en idioma francés *apostille*, el país que la expide puede optar por escribir el texto en su idioma oficial o en el idioma del país de ejercicio.

La *apostille* acredita la existencia material del documento y la certificación abarca la autenticidad de la firma por cotejo con la registrada, el carácter que inviste el firmante y la identidad del sello o timbre.

En la República Argentina, están facultados para aplicar la *apostille* en los instrumentos públicos (sean de origen notarial, judicial o administrativo) destinados a producir efectos jurídicos -en países extranjeros signatarios, ratificantes o vinculados a la Convención de la Haya-, desde el año 1988, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto; y desde el año 1997, por una delegación de funciones, los Colegios Notariales de todas y cada una de las veinticuatro provincias que conforman nuestro país, lo que sin duda alguna acercó geográficamente la prestación del servicio a los ciudadanos, con las consiguientes ventajas que ello implica para los usuarios: rapidez y abaratamiento de los costos del trámite.

Asimismo, cabe decir que la delegación de dicha competencia en los Colegios Notariales de todo el país aglutina en estos, el ejercicio de dos potestades que pueden ser complementarias -cuando de documentos notariales se trata-: a) *la legalización interna* -necesaria para el tráfico de dichos documentos dentro de las fronteras nacionales-, y b) *la legalización externa* -necesaria para la circulación extraterritorial de dichos documentos, es decir cuando deben producir efectos jurídicos en terceros países firmantes, adherentes o signatarios de la Convención de la Haya-.

Por último, consideramos importante señalar que continúa vigente la legalización consular para la circulación internacional de documentos notariales en países que no forman parte de la aludida Convención, la que, a partir del año 2002, ingresa a nuestro país con un folio de seguridad consular que es de uso directo, sin necesidad de su legalización por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

También Brasil y Argentina han celebrado un convenio binacional que suprime las legalizaciones consulares entre ambos países.

III.6. El documento informático notarial y la seguridad jurídica

No hay duda de que el aporte que la informática nos ha brindado en las últimas décadas ha facilitado mucho estos circuitos, principalmente, en lo que a la velocidad de las transacciones se refiere y también respecto a la creación de bases de datos electrónicas, que nos permiten mejorar aspectos tales como la auditoría, la estadística y, principalmente servicio al usuario final de las mismas, o sea al ciudadano.

Es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos y la seguridad en términos jurídicos. Son dos cosas absolutamente diferentes y la primera puede colaborar, en parte, para el logro de la segunda.

En este sentido, si bien las tecnologías de la información aportan -como se dijo- velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que, a veces, la automatización, sumada a la seguridad informática, pueden hacernos caer en el error de pensar que con ello se logra la seguridad jurídica.

No tenemos dudas de que hay determinados controles que, por lo menos hasta ahora, no pueden ser suplidos por ningún sistema informático y claramente éste es el caso de la función que ejercen los notarios en lo que respecta a la intervención de los mismos para con la seguridad jurídica que merece cada ciudadano y a su vez el propio Estado. No debemos desprendernos del concepto que muy claramente reza que la informática no es más que una herramienta al servicio de las personas, en este caso, de la función notarial. Con esto queremos decir que debemos aprovechar las bondades que la tecnología nos ofrece, pero dentro del límite de tener claro que son para mejorar los servicios que cada uno brinda actualmente, haciéndolos más ágiles y tecnológicamente seguros, y que el elemento de seguridad jurídica que la tecnología no puede suplir, justamente está dado por la intervención del notario ejerciendo el rol que le compete.

Si llevamos la cuestión a un ejemplo vulgar, podemos afirmar que la seguridad tecnológica se basa en elementos matemáticos u objetivos: la validación de una firma digital, es casi como decir que dos más dos son cuatro y, si da tres, será inválido. Aquellos dispositivos que se basan en las huellas dactilares también generan un algoritmo matemático que causa el mismo control; aun aquellos que son más avanzados y toman en cuenta las pulsaciones cardíacas al momento de la firma o la presión arterial, no implican la certeza de que el consentimiento esté viciado al momento de la firma.

Es justamente aquí donde debe plantear la cuestión de fondo; el rol que cada notario cumple en el ejercicio de su función, no es meramente objetivo, sino subjetivo, pues aporta su conocimiento y razonamiento humano al caso que se le plantea.

En este sentido, la Unión Internacional del Notariado ha realizado varias manifestaciones. A través de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica expuso: "El notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario ejerce su función en el marco de

una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas. Su intervención, tanto por el consejo, que da de forma imparcial pero activa a las partes, como por la redacción del documento auténtico que es su resultado, confiere al usuario del derecho la seguridad jurídica que éste busca y que está tanto mejor asegurada por cuanto el notario es un jurista de alta cualificación universitaria que accede a su profesión después de diversas pruebas, exámenes y prácticas, y que ejerce conforme a las reglas disciplinarias estrictas, bajo el control permanente de la autoridad pública y gracias a una implantación geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio de cada Nación. En fin, la intervención del notario, que preserva de posibles litigios, es un mecanismo indispensable para la administración de una buena justicia”⁴².

También manifestó la necesidad de “definir y difundir las funciones notariales en el marco de las transacciones jurídicas por vía electrónica; elaborar recomendaciones en procura de prácticas notariales uniformes en las transacciones jurídicas por vía electrónica a nivel mundial; elaborar propuestas para una formación notarial básica en materia de transacciones jurídicas por vía electrónica; proveer de información a todos los notariados que lo soliciten; desarrollar el concepto de una infraestructura notarial de seguridad a nivel mundial”⁴³. Y además, “Desde el punto de vista notarial se deben distinguir tres niveles de confianza: la identificación, la verificación de datos relativos a los interesados y la declaración de voluntad. Teniendo en cuenta su calificación de jurista el notario puede jugar un rol importante en los dos últimos niveles precitados. En efecto, se piensa en los casos en los que el notario interviene exclusivamente en virtud de la función pública que el Estado le ha delegado o en los casos en que las atribuciones han sido conferidas exclusivamente a los poderes públicos. En consecuencia, para transacciones electrónicas en el ámbito de la administración pública, o con la administración pública, especialmente autoridades de registro, fiscales o municipales, se desarrollarán modelos que no tendrán base comercial. El notario, que ejerce su función pública en el marco de una profesión liberal, se vincula con los dos ámbitos precitados y deberá responder con el nivel jurídico esperado tanto en las transacciones jurídicas en soporte papel como en las que se realicen por vía electrónica. La actividad del notario en calidad de redactor de actos y consejero y asistente de las partes aumenta la seguridad jurídica en la circulación de los documentos. Sin embargo, mientras las autoridades certificantes se ocupan, en principio, y según lo expresado por

42 “El Notario y su función”, Conferencia de notariados de la Unión Europea, Madrid, 23 de marzo de 1990.

43 “El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas”, Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Informática y Seguridad Jurídica.

la teoría matemática y organizacional, sólo de las funciones técnicas de preparado y verificación de documentos electrónicos producidos individualmente (emisión de certificados, producción de claves, desarrollo y administración de los registros necesarios, etc.), el notario ha sido siempre responsable tanto de la preparación técnica de los documentos como de los servicios jurídicos ofrecidos. Así como el notario necesita hacer uso de los productos disponibles en el mercado que se relacionan con su equipamiento técnico (material informático, sellos, productos para escribir), en el ámbito de las transacciones electrónicas la utilización de los componentes necesarios y/o cooperación de prestadores de servicios técnicos le permitirá ofrecer diversos servicios notariales que implicarán meramente el transporte de sus funciones tradicionales al mundo electrónico, sin que se vea afectada su imagen. En este marco, el notario, en su carácter de prestatario de servicios jurídicos, ofrece además de una alta cualificación jurídica un valor agregado jurídico, al tiempo que utiliza las facilidades técnicas disponibles que tendrá que manejar básicamente⁴⁴.

Dentro de todo este esquema, es importante la revisión y la aclaración sobre los roles de las llamadas "Autoridades Certificadoras", protagonistas necesarias para el funcionamiento de la infraestructura de clave pública (PKI), sin la cual se hace imposible el funcionamiento de sistemas informáticos basados en tecnología de firma digital.

En ese sentido, es importante dejar perfectamente aclarado el rol de las autoridades certificadoras y de las autoridades de registro, como agentes que administran claves públicas, y certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física, sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial. Asimismo, el uso que cada persona puede dar a su dispositivo de firma no implica que el mismo, por estar dentro de una estructura de PKI legalmente reconocida, no tenga vicio de la voluntad alguno. Es justamente por esto que recalcamos, como se dijo anteriormente, que el elemento de seguridad faltante, es aportado por la función del notario.

Cuando hablamos de tecnología y su vertiginoso avance, no sólo hacemos referencia a lo que sucede en el presente, sino que debemos tener en cuenta su impacto a futuro; claro está que el futuro se construye sobre los parámetros y las bases que determinamos en el presente.

Estos planteos deben llevarnos al análisis de cuál es el mejor camino para lograr una fusión seria entre los elementos que ofrece la tecnología y los roles y funciones que cada uno tiene en el espacio jurídico. Desde la óptica notarial -como se dijo anteriormente- no hay dudas de que la adaptación del notariado

44 Comisión de Informática y Seguridad Jurídica UINL.

a la aplicación de las nuevas tecnologías es absolutamente viable. La otra cuestión que está absolutamente clara es que la misma debe ser ejercida dentro de los principios fundamentales del notariado de tipo latino.

Así, la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado expresó: "Consideramos además como perfectamente posible, lo que denominamos FUNCIÓN NOTARIAL ELECTRÓNICA. En este sentido, es necesario que el notariado se adecue a las tecnologías, pero su aplicación siempre debe ser realizada dentro de los principios del notariado de tipo latino. El ejemplo más clásico es que la mayoría, interpreta o imagina inicialmente, cuando se habla de este tema de la contratación a distancia, y algunos llegan a imaginar las 'certificaciones de firmas electrónicas' como un acto sin presencia del firmante. Lo que la comisión recomienda es todo lo contrario. ¿Se puede certificar notarialmente una firma digital? Obviamente que sí, dentro de los principios del notariado latino, o sea, siguiendo el ejemplo, con la presencia ante el notario del firmante y realizando el acto de firma frente a éste, quien previamente verificó la identidad de la persona y la validez del certificado de firma del mismo. Aclaremos que el ejemplo que se ofrece, refiere a los aspectos principales y no en detalle el escenario de la infraestructura necesaria en la notaría, porque excede este informe⁴⁵", y que "Por otra parte, es unánime en la comisión, que lo fundamental es la 'función' del notario, más allá del elemento en el que se plasme la misma, hoy 'papel de protocolo' mañana quizás un archivo electrónico. No nos hace notarios el otorgar nuestros actos sobre un papel que, si bien tiene diferentes características en los distintos países, es un 'papel con medidas de seguridad', sino que somos nosotros los que al ejercer nuestra propia función, dotamos a ese instrumento de las características propias del instrumento público notarial"⁴⁶.

En el mismo sentido, expresó: "los notariados deben comprometerse para que se implementen las nuevas tecnologías en la función notarial. En este sentido, se deja expresamente aclarado que la misma deberá realizarse en consonancia con los principios fundamentales del notariado de tipo latino. La intermediación del notario y las partes es fundamental e irremplazable para proporcionar aquellos elementos que la seguridad informática no ofrece. Estamos convencidos que la función notarial aporta el elemento de seguridad jurídica del que carece la herramienta tecnológica. Hoy, si bien la tecnología se presenta como un mecanismo 'seguro', es claro que los elementos vinculados a la inexistencia de vicios de la voluntad, y la capacidad al momento del

45 Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. Guanajuato, México, septiembre 2010.

46 Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. Guanajuato, México, septiembre 2010.

otorgamiento del acto, no son resueltos tecnológicamente. Por esto la función del notario, que perfectamente puede adecuarse a la utilización de las nuevas tecnologías, dotaría de seguridad jurídica a los documentos electrónicos. Es importante que los notariados tengan claro que deben tomar la iniciativa en cuestiones de implementación de circuitos electrónicos. En este sentido es fundamental que realicen capacitación de su notariado base y generen estrategias para vincular al notariado con la estructura estatal, y promover las reformas legislativas que fueren pertinentes a tal fin⁴⁷.

Todos estos conceptos dejan en claro el rol del notariado y su función como guardián de la seguridad jurídica y creador de los documentos que pasan bajo su ministerio. El acto contenido en el documento público notarial posee no sólo los elementos jurídicos necesarios para el mismo, sino la seguridad que brinda el asesoramiento previo, la verificación de la capacidad de sus otorgantes y la ausencia de vicios de la voluntad en los mismos, al momento de su otorgamiento.

Cabe aclarar que en el caso puntual de la República Argentina, la Ley de Firma Digital 25.506, en su art. 4º, deja fuera del ámbito de aplicación de la misma, a las escrituras públicas.

III.7. Seguridad documental y registral

Notarios y registradores -en sus respectivos ámbitos- están encargados de bregar por la seguridad jurídica privada⁴⁸: el notario, en la esfera de los actos y negocios jurídicos que autoriza, y el registrador, en el ejercicio de sus funciones de calificación e inscripción de documentos (sean notariales o de otra índole), que acceden al registro⁴⁹.

En el sistema notarial de tipo latino, la institución notarial y la registral emergen como las más idóneas para obtener, a priori, la fijación del derecho privado y, en consecuencia, brindar, a los particulares, seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias.

47 Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. La Habana, Cuba, marzo 2011.

48 Es admitida la desmembración de la seguridad jurídica en pública y privada. La primera, refiere a las relaciones entre el Estado y el individuo; la segunda refiere a las relaciones de los individuos entre sí; avala relaciones jurídicas de naturaleza privada, así como sus actos jurídicos constitutivos, modificativos y extintivos. El derecho registral inmobiliario está esencialmente ligado a la seguridad jurídica privada.

49 Nuestro sistema registral inmobiliario es declarativo, no constitutivo y los que se inscriben son títulos, documentos o instrumentos, no derechos. Los derechos reales sobre inmuebles nacen, se modifican, transfieren y extinguen extrarregistralmente, siendo requisitos esenciales el título suficiente y el modo suficiente (art. 2505 del Código Civil). En nuestro ordenamiento jurídico, la publicidad cartular se completa o perfecciona con la publicidad registral.

La función notarial es básicamente preventiva, evita el litigio, al dejar los actos y negocios jurídicos sometidos a su órbita, absolutamente claros, firmes y seguros.

“El ciudadano común -porque el mundo creció, porque los negocios son complejos y porque ya no puede simplemente dar la palabra para el cumplimiento de un contrato- comenzó a requerir un documento, y un documento elaborado en grado de perfección, por un jurista conocedor del tema y de la problemática actual, de la anterior y de las figuras modernas y de la adecuación a los tiempos. Pero a su vez no cualquier instrumento, sino un instrumento que a través de la función fedante, a través de la intervención del escribano, genere certeza y seguridad”. El notario “crea un documento auténtico que ingresa al registro con una estructura y un peso de verdad, que surgen de la propia norma y de su función fedataria; y que sólo puede ser atacado con una querrela de falsedad”⁵⁰.

Para lograr una óptima seguridad jurídica privada, es necesario que las escrituras públicas accedan a los registros públicos⁵¹ y obtengan de esta forma efectos *erga omnes*.

En nuestro sistema legal, una y otra función (notarial y registral), están estrechamente vinculadas entre sí, de modo que la publicidad cartular se completa con la publicidad registral, en aras de una mayor seguridad jurídica.

Los registros públicos inmobiliarios son instituciones organizadas por el Estado, puestas a su servicio y al de los particulares para consolidar la seguridad jurídica; principio éste, universalmente reconocido en los estados de derecho, que garantiza la aplicación objetiva de la ley. A fin de salvaguardar el riesgo que implica la lentitud en el tráfico del documento notarial al registro público para su inscripción, es que se ha establecido el principio de reserva de prioridad, pilar fundamental del sistema registral inmobiliario argentino, establecido por el legislador a fin de brindar seguridad jurídica en la contratación y protección a las personas (físicas o jurídicas) que intervienen en la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, quienes deben quedar al margen de los distintos sucesos que puedan involucrar al transmitente o a sus acreedores. Nuestros registros inmobiliarios inscriben documentos y no derechos, así la inscripción de los títulos perfecciona su oponibilidad frente a terceros”.

50 DODDA, Zulma A. “La seguridad jurídica y el notariado”. Conferencia pronunciada durante la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos, Mar del Plata, Argentina, abril de 2005.

51 Los Registros Públicos Inmobiliarios constituyen un medio para la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles; debiendo ser la registración de los documentos que contienen los actos jurídicos que sirven de causa a dichos derechos, de carácter obligatorio.

En un sistema registral como el nuestro (declarativo), que requiere documentos auténticos, para su registro, la labor de calificación del registrador es más rápida, sencilla y, por ende, conlleva menor responsabilidad, pues su estudio se centra en la forma extrínseca y en aspectos sustanciales que surgen de la escritura pública (si el notario no se hubiese manifestado respecto de éstos de manera expresa y fundada) y en aquellas situaciones jurídicas que hacen al tracto (encadenamiento con el asiento registral antecedente).

CAPÍTULO IV: DERECHO DE PROPIEDAD⁵²

IV.1. Concepto y características del derecho de propiedad desde la visión constitucional⁵³

La Corte Suprema de Justicia acuñó un concepto de propiedad y abarcó en él a todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, y que estén definitivamente incorporados a su patrimonio⁵⁴.

De esta manera, la protección que brinda, a la propiedad, el art. 17 de la Constitución Nacional alcanza a todos los bienes que pueda tener una persona, cualquiera sea su naturaleza (materiales o inmateriales) y que se los pueda apreciar económicamente. En un orden general, en tanto el de propiedad es un derecho subjetivo civil e individual, ello trae aparejado que su titular tiene un poder directo sobre el bien de que se trate, de manera que podrá disponer de él sin más restricciones que las que la ley le imponga.

52 Encaramos el tratamiento de los rubros que integran este tema IV, con cita de las normas vinculadas contenidas en el "Proyecto de Código Civil y Comercial" (Texto publicado por Zavalía, provincia de Buenos Aires, julio 2012), elaborado por la Comisión de juristas designada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 191/2011 e integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Inés Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Este enfoque obedece a la particular incidencia que tiene esta proyectada reforma sobre la normativa civil regulatoria de los derechos reales, y por estar claramente involucrada en la temática particular que nos ocupa, propuesta para este Congreso Internacional del Notariado Latino.

53 EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de Derecho Constitucional y su Addenda*. Tomo II (arts. 14 bis a 27), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994.

54 Sobre el desarrollo del concepto "propiedad" desde la óptica del más alto tribunal, consultar la doctrina de los fallos dictados en autos: "Horta, José c/Harguindeguy, Ernesto", (21/8/1922) Fallos 136-59; "Mango, Leonardo c/Traba, Ernesto", (20/8/1925) Fallos 144-220 y "Bourdieu, Pedro c/Municipalidad de la Capital", 16/12/1925) Fallos T. 145, pág. 325. Fuente: Papaño, Ricardo J., Kiper, Claudio M., Dillon, Gregorio A., Causse, Jorge R. *Derecho Civil. Derechos reales*, Tomo I. Astrea, 2012.

El contenido concreto del derecho de propiedad, que también surge de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, se integra con los "*derechos reales*" (Fallos. T.145-325); los "*derechos personales*" (Fallos T.145-325); los "*derechos patrimoniales*" regulados por el derecho administrativo (Fallos T.304-586); el "*derecho de transmitir y recibir por causa de muerte*" (Fallos. T.190-159); los "*derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial*".

La doctrina prefiere sustituir el término propiedad por el de derechos patrimoniales y, en cuanto a la condición de que estén efectivamente incorporados al patrimonio de la persona, su importancia radica en que, cuando esto ha ocurrido, ninguna ley posterior puede alterarlo. Consecuencia de lo anterior es que la no retroactividad de la ley se engarza con la inviolabilidad que predica el art. 17, actuando ambas como garantías constitucionales.

Siguiendo con esta visión constitucional, el mencionado art. 17 establece los parámetros bajo los cuales será factible expropiar la propiedad cuando se la promueva por una causa de utilidad pública. Las condicionantes son dos: afectación legal e indemnización previa. Las normas específicas sobre expropiación⁵⁵ admiten que ella pueda recaer sobre todos los bienes convenientes o necesarios para satisfacer la utilidad pública, sean del dominio público o privado, sean cosas o no.

La amplitud normativa fue criticada y se obtuvo resultados conflictivos en el caso de concurrir afectaciones dispuestas por leyes nacionales y provinciales sobre bienes del dominio público y/o privado de cualquiera de estas jurisdicciones.

Si el Estado, no obstante haber dado cumplimiento a todos los actos necesarios para perfeccionar la expropiación, no le hubiere dado la utilidad prevista o, directamente, no le hubiere dado ninguna utilidad, quien haya sufrido la expropiación goza de un plazo de dos años para reclamar el recupero de lo expropiado, mediante el recurso de la retrocesión, devolviendo la indemnización recibida.

La propiedad intelectual también es motivo de protección en este mismo art. 17 y por el término legal, de manera que los derechos del autor sobre su obra o, mejor dicho, los derechos intelectuales, algo menos próximos a la idea de derecho patrimonial y más cercano a lo ético, quedaron incorporados al plexo constitucional.

La limitación temporal se explica porque luego del período en el que los derechos fueron percibidos por el autor, la sociedad tiene a su favor la prerrogativa de gozar de los beneficios de la obra intelectual. Ello es así porque silenciosamente le aportó, al creador, elementos que le permitieron elaborarla.

55 Ley de facto 21.499/77.

A propósito de la propiedad industrial, es frecuente advertir que los bienes intangibles de las empresas (marcas, patentes, secretos empresariales) revisten una importancia económica igual o mucho más significativa que todos sus activos físicos. No nos ocupamos de la confiscación ni de la requisa, herramientas que el art. 17 se ocupa de desterrar, por ser tópicos ajenos a los temas que nos ocupan.

Finalmente, hacemos hincapié en una de las manifestaciones que pusieron en evidencia la pérdida de intensidad del liberalismo a ultranza del siglo XIX. Nos referimos a la "*función social de la propiedad*" motorizada por la doctrina social de la Iglesia (v. encíclicas papales: *Rerum Novarum* (León XIII-1891); *Quadragesimo Anno* (Pío XI-1931); *Mater et Magistra* (Juan XXIII); *Populorum Progressio* (Pablo VI-1967), *Centesimus Annus* (Juan Pablo II-1991)) la que, juntamente con la regulación del trabajo dependiente y la amplitud conceptual conferida al derecho de propiedad, fueron adquiriendo jerarquía constitucional a partir de su primera expresión en la Constitución de México de 1917.

La primera manifestación constitucional ocurrida en nuestro país se produjo con la reforma de 1949 a nuestra Carta Magna, aunque sólo se ocupó de convertir, en normas de la más alta jerarquía, decisiones que había adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta Constitución Nacional fue dejada sin efecto por el entonces gobierno de facto, lo que fue confirmado por la Convención Constituyente de 1957 que repuso la Constitución de 1953 y le incorporó el art. 14 bis. Si bien en este artículo no se fijaron conceptos precisos sobre la función social de la propiedad, sirvió para que, por otra vía, se consolidara esa función, ora a través de leyes especiales (locaciones urbanas, represión del agio y de la especulación, arrendamientos rurales, contratos laborales, etc.), ora mediante la reforma de artículos del Código Civil (arts. 2513 y 2514) que relativizan el concepto romanista del derecho de propiedad para acuñar otro que le reconoce una orientación directamente vinculada con lo social.

La reforma de 1994, que mantuvo la protección de la propiedad en sus arts. 14 y 17, introdujo con jerarquía constitucional, a los instrumentos internacionales que concernían a los derechos humanos y potencia el reconocimiento de sus tierras a los pueblos originarios (v. art. 75 incisos 17 y 22). Esta reforma generó un doble centro de imputación normativa y admitió, por un lado, la existencia de derechos en los que el interés que se protegía estaba vinculado con las necesidades comunitarias y, por otro, que no hubiera un titular predefinido de estos derechos. De alguna manera, con esta reforma el perjuicio se diluyó por las dificultades que trajo aparejado determinarlo en supuestos tales como: la tala indiscriminada, el aprisionamiento de las aguas y la atención debida a los consumidores (v. arts. 41 y 42).

Dentro de la órbita constitucional que examinamos, corresponde referirnos a la protección de la vivienda familiar única y de ocupación permanente, la

que alcanzó su expresión más contundente con la sanción de la Ley nacional 14.394, entre cuyas disposiciones contempló la posibilidad de afectar un bien inmueble, urbano o rural, como *bien de familia*, a través de un trámite administrativo o mediante el otorgamiento de una escritura pública.

Se destacan, entre sus características más sobresalientes, que la afectación debe ser solicitada por el propietario, para quien tiene la consecuencia de limitarlo en el ejercicio de su gestión patrimonial, porque ese inmueble no será susceptible de ejecución por los acreedores, cuyos créditos sean de fecha posterior a la inscripción registral. Esta inscripción es constitutiva, de manera que recién cuando ésta se alcance, la afectación será oponible a terceros.

La relevancia de esta institución, dictada al amparo de las facultades no delegadas a las provincias, concierne a su carácter de ley nacional, puesta a disposición de todos los habitantes de nuestro país, por lo que la inejecutabilidad del inmueble afectado sólo puede invocarla quien se haya sometido a la totalidad de sus disposiciones.

No obstante, en diversas constituciones provinciales o por algunas normas locales, se admiten mecanismos de protección de la vivienda decretando su inembargabilidad e inejecutabilidad. En su momento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la inconstitucionalidad de estas previsiones. Entendía que invadía lo que establece el art. 505 del Código Civil sobre los efectos de las obligaciones respecto del acreedor, habida cuenta de que la regulación de las relaciones entre acreedor y deudor eran materia de exclusiva incumbencia del Congreso Nacional, lo que alcanza también a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor (Fallos: 271:140; 103:373; 252:26; etc.).

Recientemente en la provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 14.432, normativa alcanzada por los mismos reparos que hizo notar nuestro más alto Tribunal de Justicia, exigida por una reglamentación que, de no dictarse, la dejaría sin operatividad alguna.

La conflictividad que puede generarse por la sanción de estas normativas será zanjada teniendo en cuenta los fines y las materias que se regulan de modo tal que, establecido que son de incumbencia de la legislación de fondo, las normas locales no podrán ser aplicadas por la supremacía jerárquica de las leyes sustanciales de la Nación.

IV.2. Bienes propiedad de los particulares y del dominio del Estado

IV.2.a. Los bienes propiedad de los particulares

El art. 2347 del Código Civil contiene una fórmula de exclusión de la que resulta que todas las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los estados, de las municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin

distinción de las personas que, sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas. De manera que resulta necesario apelar a las normas que deciden cuáles son esos bienes para establecer cuáles son los que les pueden pertenecer a las personas físicas y/o jurídicas.

IV.2.b. Los bienes del dominio público y privado del Estado

El art. 2339 del Código Civil distingue entre los bienes públicos del Estado general que forma la Nación o de los estados particulares de los que ella se compone, que son bienes privados del Estado general o de los estados particulares.

Entre los bienes públicos quedan comprendidos todos aquellos inalienables, destinados al uso y goce de toda la población, cuyo uso es habitualmente gratuito salvo cuando se perciben cantidades mínimas destinadas a su reparación y/o mantenimiento.

El art. 2340 incluye, entre otros, los siguientes:

“1. Los mares territoriales hasta la distancia que la legislación especial establezca, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua.

2. Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros.

3. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas (...).

4. Las playas marinas y las riberas internas de los ríos.

5. Los lagos navegables y sus lechos.

6. Las islas que no pertenezcan a particulares que se formen en lagos navegables, ríos o mar territorial.

7. Las obras públicas, como plazas o caminos.

8. Los documentos oficiales de los poderes del Estado; y

9. Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico”.

Mediante decisión que se deberá adoptar por los poderes competentes (legislativo o administrador), los bienes públicos del Estado pueden ser desafectados e ingresar a su dominio privado.

El dominio privado del Estado se rige por las normas del Código Civil como cualquier particular, salvo para su enajenación exigida por los requisitos que imponga el derecho administrativo.

Estos bienes están designados en la nómina del art. 2342 del Código Civil:

Las tierras sin dueño que se encuentren en la República (tierras fiscales).

Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles.

Los bienes vacantes (inmuebles sin dueño) o mostrencos (cosas muebles sin dueño).

Doctrina

Las construcciones efectuadas por el Estado, y los bienes adquiridos por éste.

Las embarcaciones que naufraguen en las costas argentinas, sus fragmentos y cargamentos, si pertenecen a corsarios o enemigos.

Los bienes privados del Estado que se destinan a la prestación de un servicio público no pueden embargarse.

En el art. 2344 del Código Civil se establece que son bienes municipales los que el Estado o los estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Los que son enajenables en el modo y la forma en que las leyes especiales lo autoricen.

La propiedad de los templos y de las cosas sagradas y religiosas está regulada en los arts. 2345 y 2346 del Código Civil.

IV.2.c. Los bienes con relación a las personas en el proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento en el Congreso de la Nación

Las normas son de factura muy próxima a las del Código Civil. En este proyecto se menciona a los "bienes pertenecientes al dominio del Estado" y, por otro lado se alude a los "bienes del dominio privado del Estado" (arts. 235 y 236). Se eliminan las "construcciones" y las cosas de "corsarios o enemigos". Se percibe un tratamiento mucho más amplio de los bienes, distante del patrimonialista que le imprimió el Codificador. En este orden, se contemplan los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios y los derechos de incidencia colectiva con regulaciones particulares.

IV.3. ¿Cuáles son las principales leyes que regulan la propiedad inmueble?

En el orden nacional y respecto de la propiedad inmobiliaria, corresponde mencionar las siguientes leyes actualmente vigentes:

Ley de venta de inmuebles fraccionados en lotes pagaderos a plazos 14.005/50, modificada por la ley 23.266/85.

Ley 14.394/54 en lo concerniente a la afectación de inmuebles como bien de familia.

Ley de Propiedad Horizontal 13.512/48.

Ley de Reformas al Código Civil 17.711/68.

Ley Registral Inmobiliaria 17.801/68.

Ley de Prehorizontalidad 19.724/72.

Ley de Locaciones Urbanas 23.091/84.

Ley 22.232/94 de *Inembargabilidad e Inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con préstamo del Banco Hipotecario Nacional*.

Ley de Regularización dominial 24.374/94.

Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción 24.441/95.

Ley de superficie forestal 25.509/01.

Ley Nacional de Catastro 26.209/05.

Localmente, cada jurisdicción territorial ha dictado sus propias disposiciones regulatorias de la propiedad inmueble. Se destacan, entre otras, las siguientes normas sancionadas en la provincia de Buenos Aires: a) Decreto 2489/63, con directivas registrales inmobiliarias y reglamentación de la Ley nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48; b) Decreto Ley 8912/77 sobre Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo; c) Decreto 9404/86 para el emplazamiento de los Clubes de Campo; d) Decreto 27/98 para el emplazamiento de los Barrios Cerrados; e) Ley 1727/02 que crea el Registro de Urbanizaciones Cerradas; f) Decreto 947/04 que permite actualizar el estado constructivo de unidades afectadas al régimen horizontal.

Ponemos énfasis en destacar estas regulaciones porque ha sido en jurisdicción de la mencionada provincia donde se emplazaron, en cantidad más que significativa, las nuevas manifestaciones de la propiedad inmueble: parques industriales, clubes de campo y barrios cerrados. En el resto de las jurisdicciones provinciales, sus respectivas legislaturas apelaron a la normativa dictada y vigente en la provincia de Buenos Aires. De última generación es la ley 24.432/2012, dictada en la provincia de Buenos Aires, regulatoria de la protección de la vivienda única y de ocupación permanente, pendiente de reglamentación a la fecha.

IV.4. ¿Cuáles son los tipos de bienes inmuebles que regulan las leyes en el proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento en el Congreso de la Nación?

IV.4.1. Inmuebles por su naturaleza

Dice el art. 2314 del Código Civil que "... las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre".

En el proyecto de Código Civil y Comercial tales inmuebles son: "... el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y los que se encuentren bajo el suelo sin el hecho del hombre" (art. 225).

IV.4.2. Inmuebles por accesión

Para el Código Civil son consideradas inmuebles, las cosas muebles que realmente se encuentren inmovilizadas en sí mismas que se convierten en inmuebles por estar realmente inmovilizadas por su adhesión física y perpetua al suelo (art. 2315: accesión física) o por estar puestas intencionalmente por su

propietario, como accesorias de un inmueble, sin estarlo físicamente, o cuando sean puestas por los propietarios o los arrendatarios de los predios o por el usufructuario, mientras dura su derecho (arts. 2316, 2320 y 2321).

En el mencionado proyecto, “Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario” (art. 226).

IV.4.3. Inmuebles por su carácter representativo

Dice el art. 2317 del Código Civil: “... los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis”.

El proyecto de Código Civil y Comercial, dentro del título referido a los bienes, no trae una disposición que contemple a los inmuebles por su carácter representativo.

IV.5. Limitaciones o restricciones al derecho de propiedad de carácter público y privado

El Código Civil trata la materia de las restricciones y límites del dominio a partir del art. 2611, en el Título VI del Libro III.

El Codificador, en la nota al art. 2506 expresa que “...según dijeron los sabios antiguos, aunque el hombre tenga poder de hacer en lo suyo lo que quisiere débelo hacer de manera que no haga daño ni atropello a otro”. A ello, debe agregarse que el derecho de dominio está sometido a numerosas restricciones, no sólo respecto de los vecinos y fundos contiguos, sino también en el interés público.

El art. 2611 establece que las restricciones impuestas al dominio privado, sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo. Esto implica reconocer al Estado un extraordinario poder de limitación del dominio al instituirse el *numerus apertus* para las restricciones impuestas en el interés público por el derecho administrativo.

Sin embargo, en el Código, existen restricciones al dominio (dispuestas, según el Código, en el interés privado) tales como el camino de sirga (art. 2639), las cláusulas de inenajenabilidad (arts. 2612 y 2613), aun cuando en ellas prevalezcan connotaciones de interés público. Encontramos la única restricción al dominio de carácter convencional en las disposiciones de la Ley nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial, los límites al dominio están dispuestos en el Capítulo 4 del Título 3 del Libro Cuarto (art. 1970 y siguientes) y se contempla entre sus disposiciones algunas de las siguientes: a) que los límites impuestos en materia de vecindad rigen en subsidio de las normas administrativas dictadas en cada jurisdicción; b) que los deberes impuestos por las limitaciones no generan indemnización de daños, salvo que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio; c) las cláusulas de inenajenabilidad; d) el camino de sirga que se reduce a 15 metros; e) luces y vistas, etc.

IV.6. Formas de adquirir la propiedad

IV.6.a. Formas de adquirir el derecho real de dominio

Los medios de adquirir el dominio son los hechos y actos (humanos y jurídicos) previstos por la ley para adjudicar en propiedad una cosa determinada, mueble o inmueble, a una persona que, así, incorpora ese derecho real a su patrimonio.

El art. 2524 del Código Civil enumera los siguientes modos de adquisición del dominio: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de los frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción.

La doctrina civil calificó de incompleta esta nómina y señaló que no se mencionan las siguientes formas de adquirir: a) la que hace el poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida (art. 2412 del Código Civil); b) la que concreta el propietario del fundo del tesoro hallado por un tercero (art. 2556 Código Civil); c) el supuesto de expropiación por causa de utilidad pública (no obstante que la menciona el art. 17 de la Constitución Nacional y el art. 2511 del Código Civil)⁵⁶; d) la que verifica el subadquirente de buena fe y a título oneroso, no obstante que el acto por el cual su antecesor llegó a ser propietario haya sido anulado (art. 1051 del Código Civil)⁵⁷; e) la que hace el Estado a través de decomiso, dejando al margen de esta forma de adquirir a los particulares, regida por leyes aduaneras, de precios máximos, sanitarias, de pesca, de policía municipal, etc.

IV.6.b. Clasificación de las formas de adquirir

Por actos entre vivos o *mortis causa*. En el primer caso cuando ocurre el acto traditivo de la posesión de la cosa de que se trate (arts. 577 y 2524 inc. 4º, Código Civil). Ejemplo del segundo caso: el legado de cosa cierta (arts. 2524 inc. 6 y 3766, Código Civil).

56 LAFAILLE, Héctor. *Tratado de los derechos reales*. Vol. I, pág. 568 y 599.

57 ALTERINI, Jorge H. en Llambías y Alterini. *Código Civil anotado*, T. IV A. Pág. 321.

A título universal y a título singular, según si lo adquirido fuera la totalidad o una parte de los bienes que constituyen un patrimonio (ver art. 2313 y su nota Código Civil), o si fuese una cosa determinada. El primer caso se verifica en la sucesión por causa de muerte (arts. 3279, 3263, etc.) y, el segundo, cuando la cosa es adquirida por medio de un acto jurídico idóneo para transmitir la propiedad seguido de la tradición (art. 3265).

Originarios y derivados: se tiene por adquisición derivada a la que ocurre independientemente y pese al derecho que tenía el propietario anterior, o cuando la cosa no tenía dueño (*res nullius*), como sucede con la apropiación, la especificación, la accesión, la percepción de frutos y la prescripción adquisitiva. En estos casos, el derecho de dominio se adquiere con total amplitud y sin más limitación que la que pueda imponer la ley. En cambio, cuando se adquiere de un titular anterior (art. 3265 y *mortis causa*) se dice que el modo de adquirir es "derivado" y esto trae como consecuencia que el adquirente tendrá la cosa con todas las cargas, gravámenes y limitaciones (arts. 3266, 3278, etc.). Modos de adquirir derivados son la tradición y la sucesión en los derechos del propietario, es decir, los previstos en los incs. 4 y 6 del art. 2524.

IV.6.c. La adquisición de los derechos reales en el proyecto de Código Civil y Comercial

Mantiene los requisitos del título y del modo para adquirir derechos reales en forma derivada y por actos entre vivos (los que deberán ocurrir entre personas capaces y legitimadas al efecto art. 1892), y remite al Libro Quinto en lo relativo a la adquisición por causa de muerte.

No modificó el carácter declarativo de la publicidad registral, y mantuvo el régimen imperante en el Código Civil, reformado por la Ley nacional 17.711/68 a través del art. 2505 en forma concordante con la Ley nacional de Registro 17.801/68. La oponibilidad de la adquisición o transmisión de los derechos reales constituidos conforme las disposiciones de este proyecto, son oponibles a terceros interesados y de buena fe cuando tengan publicidad suficiente, la que se considerará alcanzada por la inscripción registral o por la posesión, según el caso (art. 1893).

Prevé que ocurra la adquisición por el mero efecto de la ley en los casos que se indican en el art. 1894; limita absolutamente que por vía judicial se pueda constituir derecho real alguno o imponer su constitución, salvo que una disposición legal disponga lo contrario, y admite la adquisición por prescripción tanto larga como breve bajo idénticos parámetros con los que estos institutos legales son tratados en el Código Civil en el Libro Cuarto, relativo a los derechos reales y personales. En cuanto a la sentencia de prescripción adquisitiva larga, y con un sentido contrario al efecto retroactivo que se le reconoce a la

sentencia, establece que ésta debe indicar la fecha en la que se cumple el plazo legal para producir la adquisición del respectivo derecho real (art. 1905).

IV.7. Copropiedad, condominio, tiempo compartido y otras modalidades de la propiedad

IV.7.a. En nuestro país irrumpen, sucesivamente, nuevas formas de ser de la propiedad inmueble; se cuentan entre ellas: los clubes de campo, los parques industriales, el tiempo compartido, los cementerios privados, los centros de compras y los barrios cerrados. Su emplazamiento en la órbita inmobiliaria fue motorizado por la iniciativa creadora de la autonomía privada. El poder administrador se ocupa de ellas más tarde, dictando las regulaciones pertinentes a nivel local, en función de las jurisdicciones políticas en las que tuvieron desarrollo.

En algunos casos (v. gr. tiempo compartido, cementerios privados y centros de compras) se advirtió que era preferible comercializar los productos derivados a través del otorgamiento de derechos personales. El condominio vigente, vaciado en el molde romanista, constituía un estado transitorio de la propiedad y sus reglas sobre actos de disposición, administración y partición están enderezadas a su conclusión, lo que lo convierte en un derecho real esencialmente inestable. Por su parte, los supuestos de indivisión forzosa de fuente legal, convencional, testamentaria o judicial, deben ser estrictamente considerados, sin posibilidad de extenderlos a otros casos que no sean los autorizados legislativamente, ni de exceder sus condiciones y plazos. Las circunstancias que anotamos contribuyeron decisivamente para que la comercialización se orientara como lo expresamos.

Como consecuencia de lo anterior, los clubes de campo, los parques industriales y los barrios cerrados hacen pie y se consolidan en la órbita de los derechos reales, lo que confiere a sus adquirentes título suficiente con la consecuente inscripción registral. Mayoritariamente se los identifica como afectados al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, cualquiera fuera su lugar de emplazamiento. En los casos en que así no ha ocurrido, las diferencias son operativas en cuanto a la utilización de todo aquello que sea de aprovechamiento común en estos complejos inmobiliarios, y los títulos que se otorgan no se encuentran afectados a las restricciones voluntarias al dominio, emergentes de la aplicación del régimen horizontal.

Conceptualmente el tiempo compartido se configura a través del otorgamiento de la facultad de usar y gozar con exclusividad, de determinados bienes (generalmente inmuebles) sucesiva y alternadamente, por períodos previamente establecidos de duración perpetua o temporaria, transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte.

El cementerio privado implica la titularidad de un inmueble que debe obtener una habilitación municipal (porque es la comuna local la que ejerce el poder de policía mortuoria) para emplazarse como tal y que, en función de esta particular situación, queda autorizado para transferir el uso y goce de unidades destinadas a la inhumación y exhumación de cadáveres.

El emplazamiento de los clubes de campo y de los barrios cerrados suele estar regulado por normas de idéntica factura por tratarse de emplazamientos inmobiliarios que, esencialmente, difieren, en su magnitud, mucho más de la de los primeros.

IV.7.b. El proyecto de Código Civil y Comercial, bajo el título común de conjuntos inmobiliarios, incluye a estos juntamente con los cementerios privados y el tiempo compartido, implementando una regulación individual que tiene en cuenta, fundamentalmente, lo que es el objeto inmobiliario de estos emprendimientos. Esto no fue óbice para que a cada una de estas situaciones jurídicas se las categorizara como derechos reales autónomos, cuestión muy opinable, cuya resolución final está pendiente.

IV.8. La hipoteca. Su constitución. Inscripción y ejecución

IV.8.a. En el Código Civil, el derecho real de hipoteca se sostiene sobre estos pilares, que constituyen sus requisitos esenciales, manteniéndose como característica especial que la cosa inmueble continúa en poder del deudor: a) la especialidad que tiene dos vertientes: a.1) la crediticia o grado de agresión patrimonial que está dispuesto a tolerar el deudor que responde con la cosa que afecta al gravamen, y a.2) la objetiva, que remite a la cosa inmueble que el deudor hipoteca; b) la accesoriedad, vínculo necesario entre la causa fuente y el gravamen, originando una relación de apoyo en una obligación (cuyo cumplimiento garantiza) la que puede tener como fuente al contrato, al cuasicontrato, al delito, al cuasidelito o a la ley; c) la registración inmobiliaria a los efectos de publicitar la constitución de la hipoteca.

Desde el concepto legal que nos provee el Código Civil (art. 3108) la hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación dineraria: cuando la obligación no tiene esta naturaleza, se debe establecer un monto estimativo.

La constitución de una hipoteca se debe instrumentar en escritura pública dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 3131: a) individualización de deudor y acreedor; b) fecha y naturaleza del contrato al que accede y archivo en el que se encuentra; c) datos relativos al inmueble que se hipoteca y d) suma cierta de la deuda.

La inscripción registral debe producirse en el plazo legal (45 días) contado a partir de la fecha de otorgamiento del acto, para conservar y ejercer la

prioridad que confiere el certificado con bloqueo solicitado por el escribano que autorizará el acto notarial durante su vigencia, procedimiento que retrotrae los efectos del acto a la fecha del otorgamiento. De no contarse con este certificado la inscripción será directa, de manera que todo acto jurídico o medida cautelar cuyo ingreso sea anterior al del testimonio o copia de la escritura constitutiva de la hipoteca, será oponible al deudor, al acreedor hipotecario y al autorizante del acto.

Frente al incumplimiento del deudor de la obligación que se hubiera garantizado, el acreedor procederá ejecutivamente por dos vías posibles, tramitando ambas en sede judicial. Una, netamente procesal, se inicia con la demanda por cumplimiento hasta concluir en la subasta del inmueble y otra, con muy poca intervención jurisdiccional, motorizada por la parte acreedora y con un relevante protagonismo notarial. Este procedimiento especial de ejecución hipotecaria fue habilitado por la ley 24.441/95 de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, y la doctrina lo calificó como juicio hipotecario propiamente dicho, pues persigue la ejecución del inmueble hipotecado para obtener la liquidación de la deuda.

Restaría aludir, para completar este subtema, que en el Código Civil se admite la emisión de pagarés hipotecarios (intervenidos por el registrador de la hipoteca -art. 3202-), a fin de que el deudor, una vez cancelada la deuda y recuperada la totalidad de los pagarés que firmó, obtenga la cancelación del gravamen sin necesidad de la presencia del acreedor.

Siguiendo relativamente el régimen de los pagarés hipotecarios, la ley 24.441/95 dio origen a las letras hipotecarias cartulares y escriturales, de las que sólo tuvieron operatividad las últimas nombradas. Una norma clave para el funcionamiento de estas letras, es el art. 37 de la ley, en el que se previó que la emisión de la letra hipotecaria trae aparejada una novación legal, por lo que el deudor ya no deberá por la causa que originó su deuda, sino por el importe que figure en la letra. La emisión de las letras fue pensada para su colocación en un mercado secundario de capitales.

IV.8.b. En el proyecto de Código Civil y Comercial (Título 13, Cap. 2) al deudor se lo identifica como constituyente, admitiéndose que la hipoteca sea constituida por los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie. Esta atribución legal no disimula que sea necesario examinarla para precisar su procedencia y alcance, al menos, en algunos de los derechos reales que se citan.

En general este proyecto mantiene los lineamientos del Código Civil, permitiendo que el acreedor hipotecario, cuyo gravamen pesa sobre una parte indivisa del inmueble del deudor, se oponga a la partición extrajudicial que pre-

Doctrina

tendan llevar a cabo los condóminos. Por otra parte, admite que se convenga la aplicación del proceso ejecutivo que las partes acuerden.

Una reforma relevante de este proyecto respecto del derecho real de hipoteca, es la introducción de la hipoteca de máximo y la admisión de las hipotecas abiertas tema, este último, de los más controvertidos en la doctrina civil especializada.

En el primer caso mediante la intervención de varios artículos (2187, 2189 y 2193), cuyos textos reclaman una interpretación armónica, si lo que se propone es admitir este tipo de garantía tanto para créditos determinados como indeterminados.

En segundo caso, se abre el juego a las hipotecas abiertas (aseguramiento de créditos indeterminados en su causa fuente, caracterizados por estar pendiente la individualización del crédito en sus elementos necesario), lo que puede ocurrir posteriormente pero antes de procederse ejecutivamente contra el deudor que no cumplió con las obligaciones a su cargo.

CAPÍTULO V: EL SISTEMA REGISTRAL EN LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

V.1. Principales sistemas registrales. Principios y características

Como lo requiere el coordinador internacional, desarrollamos una breve síntesis de los principales sistemas registrales inmobiliarios, para establecer la comparación con el sistema registral argentino.

Sistema alemán

El dominio de los inmuebles se adquiere por un *negocio dispositivo* en el que hay acuerdo, no hay actos materiales sobre el inmueble sino actos oficiales sobre el papel.

Se trata de un *negocio abstracto*. La posesión no tiene ninguna relación con la adquisición del inmueble. *El negocio vale aunque sea nulo el título*, pero en estos casos de nulidades se abre una instancia de acción personal por enriquecimiento, para corregir el desplazamiento patrimonial.

El dominio se adquiere por la inscripción y el titular inscripto transmite la propiedad aunque no esté en posesión.

Se aplica el principio de presunción de exactitud de la registración y el que alegue una inexactitud tiene la carga de la prueba.

Tiene plena vigencia el principio de *fe pública registral*, la adquisición de la posición registral conduce directamente a la propiedad, aun adquirida a quien no es dueño.

El registro inexacto vale como exacto para el tercero que celebra un negocio dispositivo con el titular inscripto, obrando de buena fe y, en consecuencia, adquiere la posición registral inatacable por acciones reales.

El derecho alemán no admite la usucapión contra tábulas, es decir la usucapión contra el titular registral. En cambio admite la adquisición *secundum tabulas*, es decir el que tiene la posición registral sin ser dueño y además tiene la posesión (coincide registro y posesión) durante 30 años adquiere el dominio.

Por otro lado, si una persona tiene la posesión durante 30 años y citado el titular registral, no comparece, se declara caduca la posición registral y se inscribe al poseedor.

Sistema francés

El sistema del Código de Napoleón buscaba resolver el problema que generaban las donaciones a terceros, con relación a las cuales los herederos no tenían ninguna acción.

Las donaciones tenían que insinuarse, es decir registrarse ante el juez. Las no "insinuadas" eran inoponibles a terceros, entre los que se incluía a los herederos.

Al estallar la Revolución Francesa, la preocupación tuvo su centro en los acreedores y cómo protegerlos, asegurando que contrataran con el dueño. Para ello se estableció que "Los actos traslativos de bienes y derechos susceptibles de hipotecas, deben ser transcriptos en los registros de hipotecas". Hasta entonces no podrían oponerse a terceros.

La venta es perfecta entre las partes y se adquiere el dominio desde que vendedor y comprador convienen sobre la cosa y el precio.

La jurisprudencia resolvió que *el consentimiento era suficiente para transmitir la propiedad, no sólo entre partes, sino frente a terceros, y no es necesario en consecuencia ningún acto material ni registral*.

El sistema del Código Napoleón es *consensualista*, el consentimiento basta para obligarse y para transmitir y es *aformalista*, no se exige forma alguna con excepción de las donaciones y las hipotecas. Se trata de un sistema sin publicidad.

A partir del año 1855 se organizaron los registros y para ser oponible a terceros era necesaria la *transcripción* en los mismos y, en el año 1955, la legislación exige que todo documento que debía publicitarse en el registro debe estar *redactado en forma auténtica*.

El sistema francés es declarativo, el derecho nace antes de la inscripción.

Sistema anglosajón y sistema Torrens

El sistema Torrens nació en 1858 en Australia. El que entra al sistema debe presentar los títulos, un plano y la solicitud de registración con las firmas autenticadas.

Los funcionarios del registro califican, en sus aspectos técnicos y jurídicos, la documentación que ingresa y si se resuelve inmatricular, se publica y se inicia un período de oposiciones que, si se presentan, se resolverán en Tribunales.

El registro emitirá entonces el certificado de título por duplicado. El original queda en el registro y la copia se entrega al interesado.

Para vender, se presenta, al registro, el contrato de venta y el certificado, y el registro procederá a emitir un nuevo certificado que cancele el anterior, o se utiliza el mismo certificado con nota de la transmisión. Este sistema está acompañado generalmente del seguro de títulos.

Sistema español

La Ley Hipotecaria española de 1861 enuncia las reglas fundamentales del sistema. El registro tiene un sistema de *folio real* por inmueble. Los derechos reales nacen cumplidos los requisitos de *título y modo*, y la inscripción es voluntaria, aunque se procura estimularla.

La excepción al carácter declarativo del registro se da con relación a la hipoteca ya que la falta de inscripción genera la inexistencia de la hipoteca. Esta excepción aparece en el Código Civil en 1889.

Presunción de exactitud del registro: la persona que figura inscrita como titular de un derecho inscripto tiene la presunción a su favor de que la anotación es correcta. Se trata de una presunción *iuris tantum*, y, en consecuencia, quien quiera atacar esa titularidad debe cargar con la prueba.

Un aspecto importante para, luego, comparar con el sistema argentino, es que la presunción de exactitud deriva en una *presunción posesoria* en virtud de la cual el titular inscripto es considerado poseedor del inmueble.

Basándose en estas presunciones del derecho español, quien adquiere del titular registral está protegido y su adquisición no podrá ser atacada.

Sin perjuicio de lo expresado, debemos tener en cuenta el principio de "buena fe", por lo tanto, el adquirente sólo será protegido si desconocía la verdadera situación y actuó inducido a engaño por la publicidad registral.

El principio de legitimación posibilita que el titular registral, aunque no sea dueño del bien, transmita un derecho real que no le pertenece, siempre que el adquirente sea de buena fe.

La Ley Hipotecaria consagra los principios de prioridad, tracto sucesivo, rogación, legalidad y especialidad.

No se trata de registros de transcripción, sino de inscripción, con un extracto referido a los aspectos esenciales: inmueble, titular del derecho y derecho que se inscribe.

Si bien está vigente la fe pública registral, no se trata de un registro convalidante. La registración no sana los vicios.

V.2. Sistema registral argentino

La fuente normativa del sistema registral inmobiliario argentino es el Decreto-Ley 17.801/68, y el art. 2505 del Código Civil. La reglamentación de la ley y la organización administrativa de los registros están reservadas a las jurisdicciones locales llamadas Provincias.

Características

El Sistema registral argentino es *declarativo y no convalidante*. El primero de estos caracteres surge de los arts. 2° y 20 de la Ley Registral y 2505 del Código Civil, y el segundo del art. 4° de la citada Ley.

El carácter declarativo implica que el derecho real nace antes de la registración. En nuestro país, *el título y el modo* configuran los elementos que dan nacimiento al derecho real.

El carácter declarativo es reconocido en numerosos precedentes jurisprudenciales y por mayoría abrumadora de la doctrina.

En la Argentina, a diferencia del derecho español, la inscripción registral no implica que quien figura como titular del derecho sea poseedor.

Reiteradamente, la jurisprudencia sostuvo que el adquirente por boleto de compraventa con posesión se oponía al titular inscripto sin posesión y, a los terceros acreedores embargantes posteriores, a la posesión. Claramente, en nuestro país, la publicidad posesoria supera a la registral, ya que el derecho real requiere título y modo: si el titular inscripto no está en posesión no adquirió el derecho real pese a que el registro publicite su titularidad.

El art. 20 de la Ley Registral, justamente por el carácter declarativo del registro, establece que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y, respecto de ellos, el derecho documentado se considerará registrado.

Es no convalidante porque la registración no subsana los vicios de los que adolezca el acto jurídico que ingresa al Registro y el interesado podrá pedir la declaración judicial de nulidad.

El nuestro es un *registro de títulos*, una variante del registro de actos o contratos. El registro de títulos recepta un documento elaborado por otro funcionario y el registrador tiene una actividad de control de legalidad. Para el derecho argentino, esta calificación es limitada y no puede incursionar en la capacidad de los otorgantes ni en la validez del acto dispositivo.

No se trata de un registro de derechos, en el que el acto al ingresar al Registro, se convierte en derecho, se trata de un registro abstracto, en el que no interesa la causa ni otros requisitos como la posesión.

Efectos de la registración

La registración, conforme lo establecen el art. 2505 del Código Civil y el art. 2º de la ley 17.801, tiene por objeto la *publicidad y la oponibilidad a terceros*, que tendrán que ser de buena fe.

El principio de *fe pública registral* no está consagrado en la legislación argentina, así lo estableció la jurisprudencia: “el principio de fe pública registral, fundado en la presunción de exactitud del registro a favor de los adquirentes de buena fe, no ha sido incorporado técnicamente a nuestro derecho”.

Quien adquiere de un titular registral que no era dueño, quedará a merced de una acción reivindicatoria en tanto no logre consolidar la usucapión.

Respecto a la *obligatoriedad de la inscripción*, si bien la misma no surge de la norma registral, conforme lo establecen las legislaciones locales, la inscripción es uno de los deberes funcionales del notario.

Por otro lado, la ley 17.801 en su art. 23 exige que el funcionario público que intervenga en la transmisión, modificación o constitución de derechos reales deba tener a la vista título de propiedad inscripto, es decir, que el titular del derecho no inscripto no podrá disponer de él salvo los supuestos de excepción de tracto abreviado, previstos en la norma registral, que sólo pueden aplicarse en los registros declarativos como el argentino, ya que el derecho nace fuera del Registro.

No debemos olvidar que la inscripción registral es un soporte más para la seguridad jurídica preventiva y el notariado es uno de los pilares esenciales para velar por esta seguridad.

La técnica de registración es de *folio real* ya que se basa en el inmueble, en el objeto del derecho, no en la persona ni en la causa y es de *inscripción*, ya que de los documentos que ingresa se extraen breves notas.

Conforme lo dispone la Ley Registral en su art. 12, el folio real contendrá datos del inmueble, de las personas físicas o jurídicas que sean titulares del dominio, de la proporción en el derecho real, la identificación del título de adquisición, su clase, lugar y fecha de otorgamiento y funcionario autorizante y el número y fecha de presentación del documento en el registro.

Principios registrales en el derecho argentino

En el I Congreso Internacional de Derecho Registral, realizado en Buenos Aires en 1972, se dijo que “...los principios del derecho registral son las orientaciones fundamentales que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo”.

Nuestra Ley Registral consagra los siguientes principios:

Rogación. La situación registral sólo variará a petición del autorizante del documento o de quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretende registrar (art. 6º de la ley).

Este principio admite algunas excepciones en los casos de inexactitudes registrales generadas por errores materiales del registrador.

El desistimiento de la rogación es la petición que se efectúa ante el registrador para que interrumpa el examen del documento cuya inscripción o anotación se rogó y no implica la renuncia del derecho que instrumenta el documento que ingresó al registro, dado que la inscripción es meramente declarativa.

Legalidad y calificación. El registrador tiene no sólo el derecho sino la obligación de efectuar el control de legalidad del documento que ingresa, a través de la función calificadora.

No hay duda del derecho que compete al registrador, sin embargo, lo que la doctrina y la jurisprudencia analizan y discuten son los límites de esta facultad calificadora.

Una objeción a la organización de los registros argentinos se basa en que conforme a las legislaciones locales, la mayoría de los registradores son designados por los funcionarios del gobierno de cada provincia, sin participar de concursos de antecedentes ni capacitación para el cargo y, en algunos casos, como la provincia de Buenos Aires, no se requiere título universitario de derecho. Esto implica que quien finalmente califica por el registro en caso de que ante la observación se abra la vía recursiva, puede ser alguien no capacitado para la tarea.

El art. 8° de la ley 17.801 expresa que el registrador debe efectuar el control de legalidad de las formas extrínsecas y omite referirse a otros aspectos que sí figuran en la normativa española. Sin perjuicio de ello, la mayoría de la doctrina se enrola en una posición intermedia y considera que el registrador debe calificar cuando se trata de nulidades absolutas y manifiestas, y verificar que se cumpla con los principios de tracto, especialidad en cuanto al inmueble, prioridad y rogación. En todos los casos debe calificar ateniéndose a lo que resulta del instrumento que accede al registro y de los asientos respectivos. El proyecto de códigos unificados del año 1998 agregó que el registrador puede calificar otros aspectos que surjan del instrumento si el escribano o funcionario público no se hubiera expedido sobre ellos de manera expresa y fundada.

Especialidad o determinación. Este principio implica que todos los elementos de la publicidad inmobiliaria, el inmueble, el derecho y su titular, deban estar claramente especificados.

El art. 12 de la ley precisa los datos que se reflejarán en la matrícula para cumplir con este principio.

Si el inmueble se modifica por planos de división, de unificación o anexión, se confeccionarán nuevas matrículas que quedarán relacionadas con la anterior, a fin de evitar el doble dominio.

Tracto. En el ámbito registral, el tracto es el encadenamiento sucesivo de titularidades registrales.

El art. 15 de la Ley establece que “no se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones”.

Tracto abreviado. El art. 16 de la ley consagra el tracto abreviado o comprimido, que es una modalidad del tracto sucesivo por la que se permite registrar un derecho, sin que previamente el disponente inscriba el suyo, concentrando el registro en un único asiento, dos o más actos a partir del que figura inscripto. No afecta la secuencia ni el tracto, no es una excepción al requisito de sucesividad.

Los supuestos previstos en el citado art. cuya enumeración no es taxativa sino meramente ejemplificativa son: a) documentos otorgados por los jueces, o los herederos declarados cumpliendo obligaciones asumidas por el causante o que se encuentran registrados a nombre de éstos; b) actos relacionados con particiones de bienes hereditarios y c) instrumentaciones simultáneas referidas a un mismo inmueble aunque intervengan en la autorización distintos funcionarios. En todos los casos, el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro.

Prioridad. El art. 17 de la Ley Registral consagra el principio de prioridad, que está regulado además en los arts. 5º, 19, 40, 22 y 23.

El sistema registral argentino consagra lo que la doctrina entiende como una de las formulaciones más perfectas de este principio, articulando sobre la base de reservas de prioridad progresivas que van conformando las posiciones registrales.

Comienza con la “reserva de prioridad” que se obtiene con la certificación solicitada por el funcionario público para autorizar un acto de adquisición, transmisión o constitución de un derecho real (art. 25), pasando luego por el plazo para presentar el documento al registro, contado a partir del otorgamiento del mismo (art. 5º) y terminando con el plazo de inscripción provisional en caso de observaciones y sus prórrogas (art. 9º).

Este encadenado perfecto concluye con lo normado en el art. 17, que establece que inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiera instrumentado durante el plazo de

vigencia del certificado a que se refieren los arts. 22 y concs., y se lo presente dentro del plazo establecido en el art. 5°.

Por supuesto que rige también para los restantes documentos que ingresan al registro sin “reserva de prioridad”, la denominada prioridad directa, que implica primero en el tiempo, primero en el derecho (art. 19): la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento.

Si bien en el derecho argentino el rango es móvil, las partes pueden concretar pactos sobre el rango (reserva-posposición-coparticipación) conforme a lo dispuesto en el Código Civil, art. 3135, y en el art. 19 de la Ley Registral. Las partes podrán, mediante declaración de su voluntad, sustraerse a los efectos del principio de prioridad descripto y establecer otro orden de prelación para sus derechos.

V.3. Documentos inscribibles

La Ley 17.801, en su art. 2°, establece cuáles son los documentos inscribibles, es decir, los que tienen vocación registral: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares y *c) los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.*

Los dos primeros incisos de la norma citada no merecen objeción ni generan interpretaciones controvertidas y pueden resumirse como: derechos reales y medidas cautelares.

El conflicto y las dudas son generadas por el inciso c), ya que las leyes nacionales o provinciales pueden establecer la inscripción de otro tipo de documentos, que no se relacionan con el derecho real ni las medidas cautelares y que, si no se reglamentan los efectos, ponen en serio riesgo la seguridad jurídica preventiva que se pretende sostener con la publicidad registral. Uno de los documentos que más conflictos genera es la inscripción de los boletos de compraventa legislados por normas provinciales. En la provincia de Mendoza, se estableció por disposición técnico registral, que no se registrarían boletos, salvo los que surjan de leyes nacionales.

El principal argumento radica en que la anotación de los boletos en los registros inmobiliarios no produce efectos de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales (Conclusiones de la XIV Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble).

La doctrina sostuvo que las registraciones que establezcan las leyes provinciales, contemplando supuestos no previstos en las leyes nacionales, podrán admitirse para cualquier finalidad de interés público o privado, siempre

que no se vinculen con el régimen de los derechos reales ni asignen efectos de oponibilidad a terceros en directa o indirecta relación con aquellos derechos.

En la registración inmobiliaria argentina no se reflejan cláusulas ni datos que no sean los indicados precedentemente al referirnos a la matriculación; se toman breves notas simplemente porque la restante información podrá ser obtenida por los terceros de los documentos públicos que se consignen en el cierre registral de los asientos.

La publicidad cartular complementa la publicidad registral y posesoria.

Requisitos de los documentos con vocación registral

El art. 3° de la Ley Registral exige que, para que un documento pueda ser inscripto o anotado, deberá tener los siguientes requisitos: a) Estar constituido por escritura notarial o resolución judicial o administrativa según legalmente corresponda; b) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales por quien esté facultado para hacerlo y c) revestir el carácter de auténtico y hacer fe por sí mismo, sirviendo de título al dominio, derecho real o al asiento practicable.

La excepción consagrada en el mismo artículo se limita a los casos en que una ley autorice la inscripción de determinados instrumentos privados siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

V.4. Inscripciones y anotaciones

Inscripción. Conforme a la definición dada en la Sexta Reunión de Directores de Registros de la Propiedad, es toda toma de razón o asiento principal de carácter definitivo, provisional o condicional, que se practica en la matrícula como consecuencia de la presentación de un documento público, dispositivo, transmisivo o constitutivo, declarativo, aclarativo o extintivo de un derecho real con la finalidad y efectos que resulten de la ley.

Anotación es todo asiento que no se refiere a mutaciones reales (por ejemplo, las medidas cautelares se anotan, no se registran).

Las anotaciones y las inscripciones pueden ser definitivas o provisionales. Estas últimas se generan cuando el documento presentado para la inscripción es observado por tener defectos subsanables. La registración provisional tiene un plazo de duración de 180 días prorrogables y que, en caso de llegar el interesado a la vía recursiva, la prioridad y la inscripción o anotación provisional se mantiene mientras dure el recurso.

La inscripción definitiva tiene efecto retroactivo a la fecha de la inscripción provisional o la fecha de la reserva de prioridad, conforme al documento de que se trate.

Las anotaciones o inscripciones pueden ser condicionadas, cuando al solicitarse la misma, existan otras de carácter provisional o certificaciones con reserva de prioridad vigentes.

En nuestro país, se presentan periódicamente algunos intentos de modificar el sistema registral inmobiliario que, complementando el documento auténtico y la posesión, sin dudas apoya la seguridad jurídica preventiva en lo relativo a la publicidad frente a terceros interesados.

El proyecto de reformas de códigos unificados, en sus bocetos originales, incluía la conversión del sistema registral argentino a un sistema constitutivo.

La firme convicción puesta de manifiesto por los juristas reunidos en el evento más importante del derecho privado argentino, las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la ciudad de Tucumán en septiembre del año 2012, fue el pilar que impulsó retroceder en este sentido y mantener el actual sistema declarativo respecto a los registros de la propiedad inmueble.

En dicha Jornada se concluyó que: "La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática".

En un intento final de introducir de alguna manera la preeminencia de la registración frente a la posesión, el art. 1170 del proyecto establece, al tratar el tema de los boletos de compraventa de inmuebles, que el "comprador de buena fe tiene prioridad sobre terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si (...) d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral o posesoria", es decir, que equipara la publicidad posesoria del adquirente por boleto con la inscripción de estos documentos.

Fundados en esta línea que aún es sólo proyecto y normas similares en algunas provincias argentinas, la provincia de Buenos Aires, con el Registro inmobiliario más grande de Latinoamérica, dictó recientemente una norma (Disposición Técnico Registral 2/2013) por la que se admite la inscripción de los boletos de compraventa en instrumento privado con firma certificada por escribano y la posibilidad de inscribir cautelares contra el adquirente por boleto.

Pretender que la inscripción pueda oponerse al poseedor tendrá consecuencias perjudiciales para distintos actores sociales: el avasallamiento a la tradición jurídica de nuestro país y graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que sólo ostentan la posesión de las tierras en

que se asientan sus viviendas o donde generan el sustento económico familiar (XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil).

En tanto el Código Civil no sea modificado, cuando leyes locales dispongan el anoticiamiento de documentos en los registros inmobiliarios, esas anotaciones no producen efectos de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales (XV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad). Es decir que estas registraciones de boletos, autorizadas por leyes provinciales, no pueden afectar las registraciones inmobiliarias, no limitarán ni afectarán las titularidades registrales o el tráfico jurídico inmobiliario de los respectivos inmuebles (AHUMADA, *Ley registral comentada*, N° 5771, pág. 46).

Si resulta claramente inconstitucional que la registración de los boletos produzca efectos de oponibilidad a terceros, no se ve cuál puede ser el beneficio que esta inscripción genere y, por el contrario, pone en duda la buena fe del adquirente del derecho real que encuentra publicado este boleto, o del adquirente por boleto no inscripto con posesión, con relación a quien el acreedor embargante, en las provincias donde se autorice inscribir los boletos, podrá alegar que no le es oponible, porque, pudiendo el comprador haberlo inscripto, no lo hizo.

En todos los casos se producirán complejas situaciones de inseguridad jurídica para todas las partes, sin beneficio alguno, ya que en la Argentina, el comprador por boleto con fecha cierta y posesión se opone a los acreedores embargantes y a los compradores por escritura inscripta sin posesión. Sin dudas, en nuestro país, la posesión efectiva es un dato importante que da prioridad en los derechos y es un dato importante para establecer o no la buena fe.

Puede concluirse que no deben inscribirse, en el registro inmobiliario, documentos que no sean auténticos, y un documento privado con firma certificada no lo es.

V.5. Avances tecnológicos en los sistemas registrales

Cabe aclarar aquí dos cuestiones previas: por una parte, la República Argentina cuenta con la Ley de Firma Digital 25.506 que regula el documento electrónico y la firma digital. Si bien la misma excluye de su ámbito de aplicación a las escrituras públicas, esto no quiere decir que no se aplique a los trámites pre y post escriturarios, vinculados al ejercicio de la función notarial⁵⁸. En la actualidad, si bien existen varios trámites vinculados a nuestra actividad que se formalizan por vía electrónica, a ninguno de ellos se le aplica la firma digital.

⁵⁸ Más información en <http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/legislacion/notarial/ley25506.pdf>, y [www.jgm.gov.ar/paginas.dhtml? pagina=261](http://www.jgm.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=261).

Por otra parte, siendo la Argentina un país federal, posee 24 jurisdicciones que reservan para sí los poderes no delegados a la Nación. Esto implica que si bien existen las normas de fondo, como el Código Civil o la Ley Nacional Registral 17.801, su aplicación compete a cada jurisdicción. El escenario que se plantea en la Argentina, vinculado a los avances tecnológicos en los sistemas registrales, es muy diverso según la jurisdicción o la provincia de que se trate. En algunos casos, los Registros de la Propiedad carecen prácticamente de infraestructura tecnológica y otros poseen algunos sectores o circuitos informatizados que inclusive prestan servicios al público o a los notarios, vía web.

En el caso de la provincia de Jujuy, hay un importante avance que permite a los notarios acceder por vía electrónica a la información dominial o al informe de inhibiciones de determinada persona. Lamentablemente, dicha información carece de valor legal a los efectos del otorgamiento de una escritura.

En el caso de la provincia de Buenos Aires, también hay varios sistemas internos informatizados, tales como el libro diario, la base de datos de inhibiciones, y muy incipientemente, la anotación de determinados actos, según el área del Registro de que se trate. Es importante destacar que por su envergadura, el Registro bonaerense posee 14 áreas, y 17 delegaciones distribuidas en el territorio provincial. Entre éste y sus delegaciones poseen conexiones informáticas que les permiten la recepción y despacho de certificados e informes y, en algunos casos, la inscripción de medidas precautorias. En ningún caso, en las mismas, se realiza el ingreso de documentos notariales para su inscripción.

Brinda servicios por internet, tales como los informes de anotaciones personales, el seguimiento de los trámites ingresados y el informe de frecuencia de solicitud de certificados, y posee una base de datos de todas sus disposiciones técnico registrales, que se puede consultar en línea. No da información sobre el estado de dominio de un inmueble. No posee aún desarrollada la base de datos para inmuebles.

Existe en la actualidad una iniciativa del gobierno nacional, denominada Sistema Nacional de Registros de la Propiedad (SINAREPI) que se concretó con un convenio inicial entre el Ministerio de Justicia de la Nación y el Registro de la Provincia de Buenos Aires en el mes de agosto de 2010. Tiene como objetivo lograr la interconexión entre todos los Registros de la Propiedad del país. Si bien, a la fecha, han suscripto convenios casi la totalidad de los Registros del país, aún no se encuentra en funcionamiento, dada la disparidad de capacidad tecnológica entre los distintos firmantes. La intención del SINAREPI es que, en algún momento, se pueda ingresar y obtener el despacho en cualquier jurisdicción de un certificado de otra.

El Registro de la Ciudad de Buenos Aires, también posee servicios para los notarios por vía electrónica, similares a los descriptos respecto de la provincia

de Buenos Aires. Es importante destacar que en ningún caso los informes obtenidos son válidos para el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio.

Otros organismos vinculados a la actividad notarial en la Argentina son los fiscos, ya sea Nacional (Administración Nacional de Ingresos Públicos - AFIP⁵⁹) o provinciales; también las direcciones de catastro y los municipios de cada localidad.

Podemos afirmar que el más avanzado desde el punto de vista tecnológico es la mencionada AFIP, que si bien posee uso de la firma digital en términos legales, no la aplica aún a los trámites vinculados a la actividad notarial (como agentes de información y/o retención), pero la totalidad de sus trámites actualmente se encuentran despapelizados, sus presentaciones son por vía electrónica y, en algunos casos, también utilizan la modalidad del pago electrónico. Además, se realizan en su página web, diversas validaciones que debe realizar el notario para determinados actos notariales.

Siguiendo en esa línea, el fisco de la provincia de Buenos Aires (Agencia de Recaudación de la provincia de Buenos Aires - ARBA⁶⁰) nuclea en la misma a las antiguas direcciones de Rentas y de Catastro. Sus implementaciones a nivel tecnológico son muy importantes, dado que actualmente se gestiona de un modo totalmente despapelizado y por internet, (el certificado catastral, con el cual se puede otorgar el acto notarial que corresponda). Con el mismo, el Organismo informa, además, la existencia de deuda en concepto de Impuesto Inmobiliario y permite la liquidación y liberación de la misma e informar los datos del nuevo titular del impuesto. Permite, incluso, la liquidación y emisión de boletas para el pago de otros impuestos vinculados a la actividad notarial, tales como el Impuesto de Sellos para los instrumentos privados y el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes.

Desde el punto de vista catastral, brinda información de suma importancia para el quehacer notarial, vinculada a los datos catastrales de los inmuebles. Para la realización de estos trámites, cada notario posee una clave de acceso personal y el organismo se encuentra vinculado en línea con el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, para la administración, gestión y desarrollo de los sistemas, compartiendo por canales seguros sus bases de datos.

En la misma Provincia, el ministerio de Infraestructura brinda a los notarios y a otros profesionales (agrimensores) un servicio en línea, para la visualización y solicitud de copias de planos de mensura. A partir de un convenio suscripto con el Colegio el notario puede visualizar gratuitamente un plano de mensura y,

59 www.afip.gov.ar

60 www.arba.gov.ar

si lo desea, realizar electrónicamente la solicitud de una copia en papel certificada por el Organismo. El servicio posee un sistema de búsqueda muy práctico que permite la ubicación sencilla del plano de que se trate a partir del número del plano o, en caso de desconocerlo, de los datos catastrales del inmueble. Hay una gran cantidad de planos que ya se encuentran escaneados en su base de datos y para el caso de que el plano solicitado no se encontrara en la base, el Organismo realiza el escaneo sobre demanda⁶¹.

En la Ciudad de Buenos Aires, a nivel catastral y de deudas por el servicio de alumbrado barrido y limpieza (ABL), los mismos también se pueden gestionar por vía electrónica y permiten la liquidación de las deudas existentes. Para el resto del país, hay provincias que tienen vinculaciones similares con alguno de los organismos provinciales vinculados a la función notarial, pero en muchos casos se encuentran en período de implementación.

CAPÍTULO VI: EL MERCADO INMOBILIARIO

VI.1. Su importancia para el notariado y para el país. Aspectos positivos y negativos. Su repercusión en la paz social y la economía de un país

Como analizamos en este trabajo, distintos factores resultan necesarios para fundar a la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo. Estos se basan fundamentalmente en el principio de legalidad y rescatan la importancia de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo, en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común; en la búsqueda de su lógica consecuencia, que es la de dotar de seguridad a los contratantes, una baja en el nivel de conflictividad y agilidad y economía en las transacciones. Para el derecho, para el mercado y para los consumidores este sendero resulta mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

La seguridad jurídica es la base que todo mercado requiere para su desarrollo. No podríamos concebirla en nuestro país, si no contáramos con un título suficiente, emanado de un notario competente, con un sistema registral que acompañe la publicidad de dicha certeza, dentro de un sistema que cuente con la mayoría de los inmuebles incorporados al mercado formal.

61 http://www.mosp.gba.gov.ar/web_geodesia/cons_movimientos.php?inicio=ok

El notario formaliza un documento auténtico con estructura y peso de verdad que surgen de la propia norma y de su función fedataria, donde se perfecciona el negocio, nacen las obligaciones y se producen sus principales efectos.

Un sistema registral como el argentino, declarativo y no convalidante, obliga al notario, al momento de formalizar la escritura -título suficiente para la constitución, transmisión o cancelación de derechos reales- a tener a la vista los certificados que informan acerca del estado del bien, la libertad dispositiva de su titular y el título antecedente. Esto, sumado al sistema de reserva de prioridad y retroprioridad que prevén las leyes, aporta certeza y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias, imposibilita la traba en el iter inscriptorio de medidas que entren en conflicto con el negocio concluido y, simultáneamente, otorga una adecuada publicidad a terceros.

El mercado inmobiliario es una de las actividades más sensibles de la economía y cuenta una trascendente función social. De gran complejidad para su análisis, debemos segmentarla en *tres grandes categorías* para abordar la problemática y la estrategia prevista para su solución y determinar en cada una de ellas cuál ha sido y es la intervención del notariado.

El *primer segmento* que trazaremos será el que abarca un importante sector, que de acuerdo al último censo representa el 16% de la población del país, que habita viviendas con instrumentos jurídicos insuficientes o sin título, con posesiones prolongadas y pacíficas sobre los mismos. En este caso por la ley nacional 24.374 y su modificación por la ley 25.797, se establecieron regímenes de regularización dominial gozarán de sus beneficios, los ocupantes de escasos recursos que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años y la causa de ocupación lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la reglamentación.

Se diseñó un régimen de regularización dominial o titulación masiva, que, en forma prácticamente gratuita para el ocupante que pretende regularizar su título y con una activa participación de los notarios y de los colegios correspondientes, incorporó al mercado inmobiliario de certeza jurídica, de la que dotó a una importante cantidad de inmuebles pertenecientes mayormente a un sector de la población de bajos recursos.

Además de la trascendente contribución con función social que ejerció el notariado local, se incorporó al mercado inmobiliario luego de transcurrido el plazo de 10 años a contar desde su instrumentación (plazo con el que cuenta el titular registral para oponerse al proceso de regularización), una masa de activos inmobiliarios que hasta ese momento pertenecían al mercado informal. Esta acción contribuye, como se expresara en las conclusiones del tema II del XXV Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado, "un factor

de paz social y un instrumento de desarrollo”, conforme la acción iniciada por la ONU a partir de la aprobación de los Ocho Objetivos del Milenio (ODM).

En la provincia de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos celebró un convenio con la Provincia, aprobado por los decretos 4605/95 y 2815/96. Este concentró en el notariado la recepción de las solicitudes de acogimiento, los trámites, las notificaciones y la autorización del acta de regularización que suscribieron los beneficiarios con la autoridad de aplicación, mediante la creación de Registros Notariales de Regularización Dominial, a cargo de notarios públicos en actividad. La adecuada distribución territorial de los registros y la cercanía con los requirentes de bajos recursos, la simplificación de la tramitación y su prácticamente inexistente costo -teniendo en cuenta que una escritura de titulación presenta para el requirente un costo total aproximado de U\$S 50, pues tanto el Colegio de Escribanos como los demás sujetos intervinientes colaboran económicamente para alcanzar esta cifra-, hicieron que más de 200.000 inmuebles se encuentren actualmente en trámite de regularización. Esta mecánica prueba la posibilidad de dotar de seguridad jurídica, de incorporar al mercado formal, con aptitud para circular y constituirse en objeto de un instrumento de garantía futura, a una importante cantidad de inmuebles que no revestían esas cualidades.

Claramente y según recomendación del XXV Congreso de la Unión Internacional del Notariado de Madrid en el año 2007, los Estados miembros, en especial aquellos con grandes deficiencias en titulaciones o con extrema pobreza, deberán aunar esfuerzos en pos de dotar a los habitantes de escasos recursos de un título suficiente, que les sirva de punto de apoyo para el desarrollo de las generaciones futuras.

El *segundo segmento* se encuentra representado por una importante porción de la población que no posee vivienda propia y vive en condiciones precarias o de hacinamiento. Para este grupo, será fundamental la intervención del Estado, y la configuración de planes de vivienda que les permitan el acceso a condiciones dignas de habitación. En la escrituración de estas viviendas sociales, resulta vital la intervención de las escribanías generales de gobierno y los convenios que éstas realizan con los Colegios de Escribanos del país, para facilitar la titulación adecuada a un costo que no resulte un obstáculo para sus habitantes de bajos recursos.

El Consejo Federal del Notariado Argentino, que nuclea a todos los Colegios Notariales del país, tiene celebrado un acuerdo con el Consejo Nacional de la Vivienda⁶², con el objetivo de brindar la asistencia técnica especializada

62 “Convenio Marco para el Saneamiento de Títulos y Escrituración de Inmuebles Financiados por el Fondo Nacional de la Vivienda”, 8 de agosto de 2003.

en las distintas operatorias de construcción, adjudicación y financiamiento de viviendas ejecutadas con dinero del Fondo Nacional de la Vivienda.

Los notarios participan en forma voluntaria de dichas instrumentaciones. Perciben por su función, un honorario mínimo de, aproximadamente, el equivalente a U\$S 60 por cada escritura de compraventa. Ello cuenta con el compromiso de los estados provinciales, de eliminar todos los costos pre y post escriturarios en estas operaciones y con el compromiso de que el Estado sólo hará entrega de las unidades a sus destinatarios finales, simultáneamente con la firma de la escritura traslativa de dominio. Los honorarios percibidos por esta operatoria, obviamente, no cubren los gastos operativos de las escribanías, pero resulta una importante contribución para alcanzar la paz social, la posibilidad de acceder a una vivienda digna para todo habitante de la Nación, pero -al mismo tiempo- para incorporar al mercado transaccional futuro una importante cantidad de inmuebles.

En los primeros 5 años de vigencia de este acuerdo, más de 100.000 viviendas fueron incorporadas al régimen formal, con esta actitud notarial solidaria.

El *tercer segmento* está integrado por todas aquellas viviendas que, regularizadas jurídicamente, forman parte del mercado inmobiliario tradicional y que configuran el verdadero mercado inmobiliario comercial.

En la Argentina, la actividad inmobiliaria hasta el año 2011, presentó un alto nivel de participación en la composición del Producto bruto interno. La construcción aporta aproximadamente el 15% del PBI en producción de bienes y las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler, un valor equivalente al 16% del total de los ingresos del país con relación al conjunto de provisión de servicios. El gran déficit habitacional, la presenta como una de las actividades más dinamizadoras de la economía, con un alto impacto en lo social y un destacado papel en la economía de los inversores particulares.

Además de cumplir con su verdadero efecto de cubrir necesidades habitacionales, se ha transformado en un refugio de valor o una alternativa considerada entre las más interesantes al momento de analizar inversiones en el país.

Luego de la crisis económica y financiera que vivió Argentina en el año 2002, la caída en default de los bonos emitidos por el Estado nacional y las medidas restrictivas dispuestas por el Gobierno, que dificultaban el recupero del dinero depositado en los bancos, retrajo notablemente los depósitos bancarios y los existentes se efectúan por períodos muy cortos en el tiempo.

La falta de depósitos y una situación financiera limitada a operaciones a corto plazo, retrajo considerablemente la posibilidad de acceso al crédito destinado a la vivienda y a la construcción.

El mercado inmobiliario se reconvirtió, al encontrar mecanismos de resolución del flujo de fondos, y prescindir del aporte crediticio del mercado financiero.

Así tuvieron gran desarrollo los emprendimientos “al costo”, con una modalidad novedosa, merced a la aplicación de la ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción promulgada en 1995, que incorporó figuras jurídicas tales como el fideicomiso, el leasing y un régimen de ejecuciones especiales.

Resultó vital, en esta transformación, la figura del fideicomiso, que tal como se encuentra diseñada en nuestra legislación, admite la participación directa de los distintos sujetos negociales, sin que resulte necesaria la intermediación bancaria. Así, se configuran negocios donde el propietario de un inmueble podrá transmitirlo fiduciariamente para desarrollar un emprendimiento. También puede una empresa constructora aportar la obra. El proveedor de materiales también puede hacer lo propio, quienes, junto con los inversores particulares que aportan dinero en efectivo, configuran un negocio inmobiliario con el objetivo de adjudicarse -en la proporción a los aportes realizados- las unidades funcionales o las utilidades resultantes.

Ante la falta de otras opciones económicamente atractivas, este esquema se transformó rápidamente en el refugio de valor y en alternativa de inversión entre quienes, hasta esa época, se refugiaban en activos financieros o bursátiles. Esta mecánica, lejos de bajar los niveles de construcción con relación a aquellos años donde el mercado financiero participaba activamente, los mantuvo en sus niveles históricos y, en algunos casos, los aumentó.

Este fenómeno cambia notablemente el enfoque de la instrumentación de los documentos notariales, puesto que mientras que en las operaciones con un tratamiento tradicional, los bancos financian al adquirente o al constructor y son ellos, en consecuencia, quienes establecen las pautas jurídicas y la base de los contratos y modelos a suscribirse. Esta nueva dinámica comercial obliga a las partes a formular instrumentos jurídicos acordes al negocio instrumentado, con distintos niveles de complejidad. Aquí el rol del notario se torna trascendental, no sólo para brindar un adecuado asesoramiento a los particulares, sino para instrumentar negocios que contemplen la protección de intereses tan variados como complementarios.

Entonces vemos que ante problemáticas tan complejas y, en muchos casos, tan presumiblemente negativas, el mercado, la ley y el rol del notariado han podido reconvertirlas en ciclos positivos.

VI.2. La aportación del notariado al mercado inmobiliario. El valor añadido de su función

Las realidades del territorio del país no son homogéneas y estas grandes transformaciones tienen mayor dinamismo en los mayores centros urbanos,

ya sea por la concentración de capitales, ya por la posibilidad de acceder más fácilmente a la capacitación por parte de los notarios.

El mercado inmobiliario, como todo mercado, tiene sus reglas y requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios.

El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible adecuar la profesión a los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias exigen. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia y la seguridad jurídica efectuarán, al mercado inmobiliario, un considerable aporte no sólo apreciable jurídicamente, sino como un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliario.

La histórica participación del notario en el mercado inmobiliario, su especialización dentro del ámbito de los derechos reales y el derecho registral lo ubicaron como el profesional idóneo para el desarrollo de la actividad, pero exige un compromiso de capacitación permanente para poder encontrar los instrumentos y mecanismos jurídicos que cada tiempo y circunstancia requieren.

La intervención notarial para instrumentar las transacciones inmobiliarias en la Argentina resulta obligatoria, en virtud de lo dispuesto por la ley y lo recogido en el proyecto de reforma de la legislación civil y comercial antes citado, y su resultado puede considerarse más que exitoso teniendo en consideración la baja tasa de conflictividad que los juicios de reivindicación inmobiliaria representan con relación al conjunto de reclamos patrimoniales que llegan a esferas judiciales, y representan sólo el 0,044% de dichas causas. La muy baja tasa de siniestros, transforma a la seguridad jurídica inmobiliaria intervenida notarialmente en un elemento vital, que repercute en bajos costos y alta certidumbre dentro del mercado inmobiliario.

El mundo tiende al cambio de paradigmas y al cambio conceptual. El tradicional requisito de rapidez y celeridad muta en el comercio y en las actividades en general, al de inmediatez. La contratación electrónica, la firma digital y demás avances informáticos, seguramente devendrán en cambios de hábitos, normas y exigencias en nuestra profesión para los cuales debemos prepararnos y anticiparnos en el análisis de ciclos y en el desarrollo de instrumentos para su ejecución. Como ya lo vimos al analizar el grado de importancia que los medios informáticos aportan a la seguridad jurídica en general, debemos hacer un adecuado uso de los mismos y rescatar la vital participación del notario, en especial, para garantizar la correcta instrumentación de la voluntad de los otorgantes y descartar los vicios de la voluntad.

VI.3. ¿Existe una regulación jurídica confiable y objetiva para el mercado inmobiliario? ¿Se requieren nuevos instrumentos de regulación del mercado inmobiliario en el país?

Al momento de analizar la regulación jurídica en la Argentina, con relación al régimen de transacciones inmobiliarias y registración de derechos reales, nos encontramos, en general, con un sistema que resulta confiable para los consumidores y, como ya vimos, con un muy bajo índice de conflictividad.

En nuestro país, si bien la regla general es la libertad de contratación, en el mercado inmobiliario existen algunas limitaciones, restricciones y procedimientos previos, que en determinados casos resultan obstáculos a la hora de movilizar activamente el mercado.

Al momento de incorporar un inmueble a la oferta del mercado inmobiliario, resulta necesario publicitar el precio de la oferta en un Código de Oferta de Transacciones Inmobiliarias (COTI) y, luego de concluida la operación, informar el valor acordado. De esta forma, la agencia impositiva podrá analizar casos en los cuales exista notoria disparidad entre el valor ofrecido y el valor final de la operación.

Los adquirentes deben justificar el origen lícito de los fondos utilizados para la operación, en sintonía con las normas antilavado de dinero fijadas por el GAFI. Si bien estas normas de alguna forma lentifican el tráfico comercial, han contribuido a generar un marco de transparencia en concordancia con las recomendaciones internacionales.

Por otro lado, la reciente sanción de la Ley de Tierras 26.737 limita el acceso a la propiedad de tierras rurales a los extranjeros, quienes no pueden en ningún caso, ser, en su conjunto, propietarios de más del 15% del total de las tierras rurales del país, de las provincias o de un municipio, y establece la superficie máxima para un mismo titular a 1000 hectáreas. El efecto de esta Ley, sumado a las dificultades para transferir remesas de dinero, han limitado fuertemente la intervención de capitales extranjeros en el mercado inmobiliario local.

Si bien el auxilio de los medios informáticos y el rápido acceso a la información resultan de gran utilidad para la actividad y agilizan la tarea tradicional, también describimos, a lo largo de este trabajo, las múltiples funciones y controles crecientes que la actividad notarial ejerce, asumiendo no sólo roles directamente relacionados con la seguridad jurídica de los derechos reales, sino también complementando o colaborando con el Estado; logrando una participación activa en el control del lavado de dinero; a mejorar la recaudación impositiva, interviniendo activamente en procesos de titulación masiva, al desempeñarnos como eficientes agentes de información y recaudación.

Al ingresar en las condiciones particulares de contratación, hemos vivido momentos de incertidumbre contractual. Desde el año 1991 y hasta el año 2002 tuvo plena vigencia la ley 23.928 de convertibilidad, que establecía una paridad equivalente entre la unidad peso y la unidad dólar estadounidense, en un marco de baja o inexistente inflación. A principios de 2002, la derogación parcial de la ley mencionada dejó flotar libremente la cotización de dicha moneda, fijó nuevas normas de pesificación y de ajustes de saldos adeudados para aquellas operaciones que habían sido pactadas antes de la sanción de la ley, pero continuó prohibiendo los métodos de indexación atados a los índices de inflación. Una devaluación de hecho, de aproximadamente el 300 % del peso con relación al dólar, invitó a los contratantes a continuar utilizando como moneda de cambio el dólar estadounidense.

En el último año, al principio se establecieron controles y luego, prohibiciones para adquirir dicha moneda, salvo que el destino que se le diera fuera el de turismo o importación y, aun en esos casos, operaban procesos previos para su autorización por parte de la Agencia impositiva. La prohibición de su venta para ahorro o compra de bienes muebles o inmuebles, retrajo notablemente el mercado inmobiliario, fundamentalmente porque los vendedores no encontraron, con facilidad, refugios para el dinero obtenido que al menos acompañara el proceso inflacionario, puesto que las tasas por plazos fijos que ofrecían los bancos, no alcanzaban a cubrir los aumentos del costo de vida.

La falta de crédito a largo plazo y de normas financieras y cambiarias claras, previsibles y atractivas para los inversores, sumada a la incertidumbre económica e inmobiliaria de los grandes mercados internacionales, produjeron en algunas de las más importantes jurisdicciones de nuestro país, como la Ciudad de Buenos Aires, una caída interanual en la cantidad de escrituras otorgadas que llegó al 43.5 %⁶³.

En la Argentina, el mercado inmobiliario se encuentra atravesando una de sus mayores crisis de los últimos tiempos, y su causa no se encuentra en problemas financieros o de falta de capitales dispuestos a invertir en la actividad, sino en un cambio de normas monetarias e impositivas que en forma directa o indirecta impactan sobre el mercado. Vemos entonces la importancia que reviste para la sociedad, contar con un adecuado marco jurídico, en especial, en mercados tan sensibles como el inmobiliario. Regulaciones que respeten la libertad de contratación de las partes, otorguen previsibilidad para efectuar transacciones libremente y permitan pactar los montos de las operaciones, su

63 Fuente: estadística de actos otorgados en la Ciudad de Buenos Aires, informada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Variación interanual entre noviembre de 2012 con relación a noviembre de 2011.

moneda y forma de pago, y condiciones jurídicas estables durante el desarrollo del negocio, seguramente volverán rápidamente a dinamizar a este sector de la economía.

La seguridad que requiere el mercado inmobiliario, no debe basarse sólo en normas que protejan adecuadamente la vivienda y los derechos reales, sino también en aquellas que resguarden a los contratantes en el negocio que celebran, creando instrumentos jurídicos adecuados para todas las etapas negociales, y que contengan mecanismos de financiación y ejecución que protejan a ambos contratantes por igual. La seguridad jurídica disminuye claramente los riesgos del negocio y la atenuación de los riesgos a los que éste se somete, resulta un valor apreciable en dinero al momento de analizar una inversión.

Cada vez resulta más compleja, pero atractiva y necesaria, la intervención de un notario capacitado y a la altura de los tiempos, de la evolución de la economía y de la tecnología, para brindar un adecuado asesoramiento en el negocio, certeza en la instrumentación y seguridad en la registración.

El mercado inmobiliario es cíclico y muy sensible a los cambios económicos, políticos y monetarios, que frecuentemente afectan las variables comunes que rigen al desarrollo de la actividad, lo que trae aparejado un aumento en el nivel de conflictos. En el marco de ese ámbito, el notario ejerce una mediación cotidiana, cuando interpreta la voluntad de los requirentes. Contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial, para garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa legal, a alentar la comunicación directa de los involucrados a desarrollar las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas, a promover la autonomía de la voluntad y la autogestión, y a generar una negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial, facilitador de la comunicación.

El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas y la seguridad jurídica resultan elementos sustanciales para la prosecución de la paz social. Por el contrario, vemos en la historia de nuestros países latinoamericanos que la disparidad social, las condiciones de vivienda poco dignas, la distribución inequitativa del poder económico y la inseguridad jurídica de la propiedad privada, han derivado en cíclicos enfrentamientos sociales.

Debemos valorar activamente el rol de los notarios en este proceso, puesto que nuestra actividad no sólo aporta seguridad a los derechos reales y valor económico al mercado, sino también resulta un factor determinante para contribuir a la paz social.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Lima, Perú, del 9 al 12 de octubre de 2013

Tema II

“La seguridad jurídica del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación”

CONCLUSIONES

De la observación de lo reflejado por las realidades de los distintos países que integran la Unión, surge:

- Que, en la economía actual, el mercado inmobiliario integra una de las principales bases para el desarrollo económico de la sociedad.

- Que su desenvolvimiento requiere que los particulares puedan actuar con dinamismo, reducir costos y riesgos.

- Que los bienes inmuebles presentan unas características -perdurabilidad en el tiempo, posibilidad de distintos derechos en concurrencia, asimetrías informativas, montos económicos elevados, cumplimiento de funciones sociales, etc.- que hacen necesaria una regulación diferenciada de la que se aplica a los bienes preceberos.

- Que es evidente que los consumidores privilegian la seguridad jurídica que brinda nuestro sistema a la mera compensación económica con la que intenta resolver el problema el sistema de seguro de títulos anglosajón.

- Que, por lo tanto, la seguridad jurídica es el pilar fundamental para el funcionamiento del mercado inmobiliario.

- Que, asimismo, en el desenvolvimiento de las transacciones inmobiliarias, el Estado actúa como custodio de los intereses públicos e impulsor de las políticas públicas.

- Que, para lograr este equilibrio entre el interés particular de reducir costos, agilizar el negocio jurídico, lograr la protección de la seguridad jurídica y velar por los intereses públicos; deben utilizarse herramientas eficientes, con la máxima especialización.

- Que la escritura pública y el control de legalidad que el notario realiza garantizan la regularidad de la cadena de transmisiones que el registro de la propiedad pública.

- Que, en virtud de ello, el notario latino no debe apartarse de las cualidades y características propias que satisfacen las necesidades del mercado y de la sociedad, pero sí mantener firmes las normas de ética e imparcialidad, características de la función notarial.

- Que la seguridad jurídica que requiere la contratación informática en las transacciones inmobiliarias, no puede lograrse sin la activa participación notarial en el control de los vicios de la voluntad.

- Que, en consecuencia, deben fortalecerse aquellas características propias del notariado latino que coadyuvan a la seguridad jurídica del mercado inmobiliario.

En virtud de ello, el XXVII Congreso Internacional del Notariado recomienda:

1. Que, ante los retos de un mercado global y de la sociedad de la información, el Notariado establezca sistemas que contemplen el adecuado régimen de acceso a la función, el estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, la distribución territorial armónica e impulse medios técnicos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia y la seguridad jurídica para generar un valor añadido al desarrollo del mercado inmobiliario;

2. Que la regulación del mercado inmobiliario requiere mantener la necesaria participación del notario en la constitución, transmisión o modificación de los derechos reales sobre inmuebles; establecer mecanismos que garanticen su funcionamiento mediante el control de legalidad; evitar las asimetrías informativas, la garantía de identidad entre el derecho registrado y el catastrado, la protección del consumidor o contratante débil y menos informado, la colaboración con el Estado en sus políticas públicas y, así, contribuir a lograr la mayor eficiencia al menor costo.

3. Que el Notariado, por su alto nivel de especialización, inspire y tome activa participación en los procesos legislativos, relativos al mercado inmobiliario, sugiriendo regulaciones idóneas que combinen seguridad jurídica, eficiencia económica y certeza contractual, en interés de los ciudadanos y de las empresas. Se atenderá especialmente la necesidad de incorporar al mercado formal aquellos inmuebles que no lo estén y que sean objeto de posesiones pacíficas y prolongadas.



Congresos y Jornadas

Somero análisis de las actas notariales en general y del acta de comprobación en particular*

*Alejandro Turjanski
Nicolás Cavagna*

SUMARIO. 1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 2.1. Forma: protocolares y extraprotocolares. 3. Diferenciación entre actas y escrituras públicas. 4. Valor probatorio. 5. Estructura documental de las actas. 6. Tipos de actas notariales. 7. Algunas particularidades del acta de comprobación o constatación. 8. Un fallo (nada) ejemplar. 9. Ponencias. 10. Bibliografía.

1. CONCEPTO

Los hechos, acciones y diferentes acontecimientos suceden frecuentemente día a día, con tanta rapidez e inmediatez, que resulta muy dificultosa la probanza de su existencia, nacimiento, desarrollo, como así también de las consecuencias que su exteriorización genera. Ello provoca diferentes clases de efectos frente a sus partícipes y frente a terceros. En razón de esto y ante la necesidad de dejar constancia en tiempo y forma de los mencionados hechos y acciones, surgen las actas notariales. Estas permiten plasmar la existencia y modalidad de los hechos en documentos notariales pertinentes. Todo este reflejo documental es materializado por la descripción que realiza el notario interviniente, presente al momento de los hechos, quien recoge con inmediatez, a través de la percepción de sus sentidos, todo lo acontecido, plasmando y, consecuentemente, fijando los hechos en el documento, autorizando el mismo al término de su labor.

* El presente trabajo obtuvo el primer premio en el marco del XXIII Encuentro Nacional del Notariado Novel, realizado en la provincia de Chaco, del 4 al 6 de octubre de 2012. Corresponde al tema 1: Actas Notariales.

El Código Civil argentino, como ley de fondo, en su articulado no contempla ni regula las actas notariales. No obstante, en el proyecto de Código Civil y Comercial se las define en el artículo 310 como “los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos”. Esta definición ha sido criticada¹ por lo incompleta que resulta, atento a que se refiere sólo a las actas de constatación y deja de lado los demás tipos de acta de existentes. Por ello proponen que se complete la letra del artículo con la inclusión de todas las clases de actas.

Calificada doctrina se ha encargado de brindarnos un concepto sobre las actas. Así, el anteproyecto de Ley Notarial Argentina² las ha conceptualizado como “los documentos que tienen por objeto la autenticación, comprobación y fijación de los hechos, excluidos aquellos documentos cuyo contenido es propio de las escrituras públicas y los que tienen designación específica”.

Por su parte, GATTARI³ define el acta notarial como un documento autónomo, autorizado por funcionario u oficial público, con las solemnidades de las escrituras con respecto a terceros, al compareciente y a los objetos. Su objetivo es fijar derechos y hechos.

Asimismo, nos permite aclarar NATALIO ETCHEGARAY⁴ que “las actas no tienen contenido negocial; se trata por medio de ella de documentar acciones o hechos, cuya virtualidad negocial vendrá derivada de la ley o de un contrato anterior”.

Podemos concluir que las actas notariales son documentos realizados -y posteriormente autorizados- por un notario competente en el pleno ejercicio de sus funciones, siempre a requerimiento de una persona, con un interés legítimo; tienen como fin documentar y fijar la existencia de hechos, manifestaciones y diversos sucesos, los que han sido percibidos directa y presencialmente por el autor del documento a través de sus sentidos (específicamente la vista y el oído), resultan ser auténticos y estar amparados por la fe pública, en cuanto a su existencia. Las actas, a través de su reflejo documental, constituyen una constancia con un inestimable valor probatorio.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Las actas notariales no se encuentran reguladas expresamente en el Código Civil argentino, no obstante, podemos inferir que revisten el carácter de

1 XIV Jornada del Notariado Novel del Cono Sur. VIII Encuentro Nacional del Notariado Novel. Asunción del Paraguay, 21 al 23 de junio de 2012.

2 Anteproyecto de Ley Notarial Argentina, art. 53.

3 *Manual de Derecho Notarial*, pág. 168.

4 *Escrituras y actas notariales*. Editorial Astrea, 3ª edición, pág. 297.

instrumentos públicos de origen notarial, conforme lo estipulado por el art. 979, inciso 2, que expresa: “que cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma en que las leyes hubieran determinado”. En razón de ello, las provincias han legislado sobre instrumentos públicos que no son escrituras públicas; así como encontramos una legislación notarial local de cada provincia, que regula y contempla específicamente las actas notariales. Tanto la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires en su art. 158 como la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su art. 83, establecen que las actas se encuentran sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las modalidades que establecen en los respectivos artículos.

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación contempla y regula específicamente las actas notariales en su articulado. Primeramente, en el inciso b) del art. 289, expresa que son instrumentos públicos: “los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes”, y, luego, en el art. 310, se las recepta y regula expresamente. Asimismo, la jurisprudencia ha reconocido, a través de varios pronunciamientos judiciales, el carácter de públicos a los instrumentos autorizados por los escribanos que no constituían escrituras.

En razón de su carácter de instrumento público, las actas van a hacer plena fe hasta que sean argüidas de falso, ya que estos documentos están dotados de fe pública conforme a lo dispuesto por el art. 993 del Código Civil.

2.1. Forma: protocolares y extraprotocolares

La elaboración de las actas se rige por lo dispuesto por las leyes locales de cada provincia. Existen únicamente dos formas de instrumentarlas: la protocolar y la extraprotocolar. La primera coincide con aquellos instrumentos públicos autorizados por el escribano en su protocolo. Esta forma reviste una mayor jerarquía por la seguridad que le confiere la matricidad. En estos casos, el original queda en poder del escribano y, a las partes, se les entrega una copia de la misma, autorizada por el notario. En cambio, constituyen actas extraprotocolares “el instrumento público autorizado por notario, en original, fuera del protocolo, con las formalidades de ley, en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia; susceptible de este tipo de facción por su contenido o por prescripción legislativa, sin perjuicio de la entrega, guarda, colección o archivo de otros ejemplares voluntariamente o por mandato legal y de las formas de anotación o registración, así como de reproducción que pudieran reglamentarse”⁵. Como ejemplo de estas, podemos citar el caso del acta de

5 PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*. Editorial Astrea, edición 2006, pág. 249.

recepción que se redacta en la cubierta de un testamento cerrado (conforme lo dispuesto por el art. 3666 del Código Civil).

Las actas necesariamente deben ser realizadas por escrito, en las fojas de actuación que provee especialmente y con las formas requeridas por el Colegio de cada provincia. Pueden ser redactadas en manuscrito o mecanografiadas y utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos. No siendo necesario que sea el escribano quien materialice por sus propios medios la escritura, pero sí es indispensable que éste sea el autor ideológico de la redacción que se plasma en el documento.

Existen demarcaciones provinciales que solamente establecen la posibilidad de realizar actas protocolares, salvo para los supuestos en que la ley de fondo establece la facción extraprotocolar. Es el caso de la provincia de Buenos Aires, que en el art. 139 de la ley 9020 estableció que las actas se extenderán en cuadernos de actuación protocolar. Asimismo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme con el art. 83 de la ley 404, se establece que la única forma de autorizar las actas es la protocolar, salvo la excepción prevista por la ley de fondo.

La diferencia entre un acta protocolar y una extraprotocolar puede suplirse con la transcripción de esta última en el protocolo, en el caso de que sea rogado, de esta manera, por el requirente.

3. DIFERENCIACIÓN ENTRES ACTAS Y ESCRITURAS PÚBLICAS

En la actualidad ya no existe discusión acerca de que tanto las escrituras públicas como las actas notariales revisten el carácter de instrumentos públicos. No obstante, y a pesar de tratarse de documentos notariales, ambas son figuras distintas. Su diferenciación principal viene determinada por su contenido, pues en las escrituras públicas se documentan negocios jurídicos; en cambio, en las actas notariales, se documentan hechos que no revisten virtualidad negocial, no hay declaraciones con contenido del señalado carácter. Es por ello que se afirma que en las actas no hay un otorgamiento del requirente, sino una mera prestación de conformidad a lo documentado por el notario.

En el supuesto de que durante el desarrollo de un acta, ya sea el requirente o requerido de la misma, comiencen a realizar declaraciones con contenido negocial, el notario -previa advertencia a las partes-, deberá dar cuenta de ello y adoptar inmediatamente todos los recaudos formales necesarios para la escritura pública, garantizando la validez y la eficacia de las indicadas declaraciones.

ETCHEGARAY⁶ clarifica la distinción, expresando que “hay escritura cuando en el documento se recogen declaraciones por las que nace, se extingue, modifica, altera o reforma un negocio jurídico; y acta cuando se comprueban hechos (acciones u omisiones) que pueden hacer que nazcan, se extingan, modifiquen o alteren obligaciones derivadas siempre de un contrato preexistente o de la ley”.

De lo expresado por JORGE ARÉVALO⁷, podemos inferir que en las escrituras públicas el notario *narra*, en los instrumentos que autoriza, los actos jurídicos que celebran las partes; en cambio, en las actas, el notario se limita a describir y fijar hechos que no tienen por finalidad establecer relaciones jurídicas en los términos, según lo conceptuado por el art. 944 del Código Civil.

En el caso de las actas que se realicen en el protocolo -llamadas actas protocolares- se deberá cumplir necesariamente con todos los requisitos de la escritura pública y con algunas características que correspondan especialmente a las actas, las que se encuentran reguladas y establecidas por las leyes de cada provincia (por ejemplo, las modalidades dispuestas por el art. 158 de la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, y el art. 83 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Concluimos este punto, realizando una somera enunciación sobre las principales diferencias entre escrituras y actas:

a) En las actas no es necesaria, como condición de validez, la firma del requerido, peritos o cualquier otro interviniente distinto de la persona del requirente, quienes pueden rehusarse a firmar. Las escrituras deben ser firmadas por todos los comparecientes bajo pena de nulidad, conforme al art. 1004 del Código Civil.

b) En las actas debe dejarse constancia expresa del requerimiento que se le realiza al notario para intervenir en la misma. En las escrituras, no es necesario, se lo presume.

c) Las escrituras deben ser realizadas necesariamente en las hojas del protocolo habilitadas al efecto. Las actas pueden ser realizadas fuera del protocolo, en el caso de las actas extraprotocolares.

d) En las escrituras debe existir una unidad de acto y de redacción. En cambio, la realización de las actas puede desdoblarse en dos o más actos.

e) En las escrituras, las partes, al firmar, se encuentran otorgando la misma. En las actas, el requirente y, en su caso, el requerido y demás intervinientes, se limitan con su firma a prestar su conformidad con lo expresado en la misma.

6 *Escrituras y actas notariales*. Editorial Astrea, 3ª edición, pág. 309.

7 “Somero estudio de las actas notariales”. Revista del Notariado 848, pág. 17 y sgts.

Congresos y Jornadas

f) El contenido de las actas no puede versar sobre actos jurídicos, limitándose a hechos. En las escrituras, el contenido puede versar sobre declaraciones de carácter negocial.

g) En las actas, el requirente que solicita la intervención del notario debe manifestar un interés legítimo. En las escrituras, no es necesario.

h) En las actas, en determinados supuestos, el notario podrá cumplir con la diligencia que se le requirió sin la presencia física del requirente. En las escrituras, deben estar presentes todos los comparecientes.

i) En las actas, no es necesario que el notario justifique la identidad, en los términos del art. 1002 del Código Civil, de los requeridos, testigos o peritos; aunque es recomendable, a nivel de fuerza probatoria, que lo realice. Respecto al requirente, se lo debe identificar de acuerdo a las opciones que brinda el artículo señalado. En cambio, en las escrituras se debe justificar la identidad de todos los comparecientes en los términos del art. 1002 del Código Civil.

j) En las actas, el requirente puede intervenir invocando una representación, no siendo necesario que lo acredite documentalmente, bastando su mera manifestación. En las escrituras se debe acreditar documentalmente la representación y personería invocada.

k) En las actas, al realizar la diligencia requerida, el notario debe presentarse e identificarse frente al requerido y explicarle tanto el motivo de la diligencia como los derechos que le competen. En las escrituras, no resulta necesaria la referida presentación.

l) En las actas, la tarea de asesoramiento del notario es mínima, con relación a la que brinda el referido profesional del derecho en las escrituras.

4. VALOR PROBATORIO

Las actas tienen un claro contenido fáctico y se encuentran destinadas, en términos generales, a fijar, comprobar y autenticar hechos a través de la documentación que realiza el notario. Esa fijación tiene como fin principal, la de preconstituir una prueba, para que la utilice el requirente y también puede ser utilizada por el requerido en el supuesto de que el desarrollo de la diligencia en sede judicial o en cualquier otra sede le haya resultado beneficioso.

Las actas notariales, al ser instrumentos públicos, conforme al art. 993 del Código Civil, certifican plena fe hasta que sean argüidas de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el notario haya anunciado como cumplidos por el mismo o que hayan pasado en su presencia. Para que el acta tenga el efecto señalado, es necesario que la misma se haya realizado de acuerdo a las formalidades prescriptas por ley, y el notario haya obrado dentro de su competencia y atribuciones con plena capacidad.

No sucede lo mismo con la sinceridad o la veracidad del contenido de las declaraciones que realicen tanto el requirente, el requerido como cualquier otro interviniente en el acta, ya que se tomarán como presuntamente verdaderas hasta que se demuestre lo contrario por simple prueba. Gozarán de fe pública y serán auténticas, sólo serán impugnables por redargución de falsedad, tanto los hechos que el notario enuncia como sucedidos en su presencia, como el hecho de haberse expresado determinada declaración, de la persona que la emite, pero no de la veracidad de su contenido.

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 312, dispone que “El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial”.

Como indicamos, el acta se encuentra destinada a prefijar una prueba, por ello es fundamental que el requirente se encuentre previamente asesorado por un letrado, ya que este será quien luego utilizará lo reflejado en el acta como elemento probatorio. Debe estudiar previamente el valor procesal del acta notarial y evaluar los riesgos que en la diligencia pudieran surgir frente al requerido, ya que lo comprobado puede transformarse en contraproducente para el mismo requirente. Una vez comenzada la diligencia requerida y estando en presencia del requerido, perito o cualquier interviniente, la misma no podrá ser suspendida por la voluntad del requirente en el caso de que la contraparte requiera que se continúe con la misma. En el caso de acceder a este tipo de petición, en la circunstancia indicada, el notario estaría violando su deber de imparcialidad.

NATALIO ETCHEGARAY⁸ resalta la necesidad de que el requirente cuente con el patrocinio letrado, ya que de esta manera obtendrá claridad respecto a cómo utilizar, en su esquema de defensa de sus derechos, lo que se pretende probar y, asimismo, qué aspectos procesales deben cumplirse para no mermar el valor de la prueba (por ejemplo: control de la contraparte, intervención de peritos, etc).

Es recomendable que el requirente notifique, previamente, al requerido, la fecha, lugar y hora en que se desarrollará la diligencia. De esta manera estará garantizando el derecho de defensa y contralor de la prueba por parte del requerido y, por su parte, creará un documento probatorio procesalmente válido. Expresa COUTURE⁹: “El sentido del procedimiento probatorio es el de asegurar,

8 *Escrituras y actas notariales*. Editorial Astrea, 3ª edición, pág. 299.

9 BARDALLO, Julio R. “Actas Notariales”, *REVISTA NOTARIAL* 704, pág. 345.

mediante una participación de los dos litigantes, el valor y eficiencia de los medios de prueba. Ese contralor es recíproco (...) El instrumento notarial elaborado sin la injerencia del adversario no tiene el cúmulo de garantías que la ley procesal ha instituido para asegurar su validez dentro del proceso”.

En el caso de que el requirente actúe inaudita parte, sin brindar a la contraparte la debida defensa y garantías constitucionales debidas en un juicio contradictorio, el documento verá mermado su valor probatorio asimilable a meras presunciones.

Por su parte, el notario no podrá actuar clandestinamente, por lo que deberá presentarse frente a las personas que intervengan en la diligencia, informarles sobre el motivo de la misma y sobre los derechos que le asisten, como realizar manifestaciones, contestar o no, firmar el acta o rehusarse a ello. De todo esto se dejará constancia.

El notario debe limitarse a plasmar en el documento lo que percibe a través de sus sentidos, reflejando la realidad y absteniéndose de realizar cualquier tipo de apreciaciones o valoraciones; en caso contrario, incurrirá en riesgo de parcialidad. Para el caso de que deba utilizar un lenguaje técnico o científico, dado el objeto de la constatación, podrá valerse de consultores técnicos o peritos especializados en la materia¹⁰. No puede garantizar al requirente el resultado de la diligencia, ya que el desarrollo de la misma es incierto, sobre todo en los supuestos en que interviene una contraparte, pero asume frente a éste una obligación de resultado: que el acta sea realizada con todas las formalidades requeridas tanto por el Código Civil como por las leyes provinciales que reglamenten la función del notario (por ejemplo, las modalidades dispuestas por el art. 158 de la ley 9020 y por el art. 83 de la ley 404); de esta manera veda la posibilidad de que posteriormente se encuentre reducida la fuerza probatoria de las mismas (por incumplimiento de las formalidades prescriptas por las leyes provinciales que reglamenten nuestra función) o sea, impugnada, atacándose la validez formal del documento (por incumplimiento de las formalidades prescriptas por el Código Civil). Se garantiza un instrumento formalmente idóneo y eficaz.

5. ESTRUCTURA DOCUMENTAL DE LAS ACTAS

Las actas se encuentran divididas en dos partes totalmente diferenciadas y claramente definidas una de la otra. La primera e inicial es la del requerimien-

10 TALERICO, Ana Paula, REVISTA NOTARIAL 933.

to o rogación que se le realiza al escribano y la segunda, que viene derivada de la primera, es la diligencia que debe cumplir el notario. Estas dos partes pueden separarse con la firma de la parte y la autorización del notario en cada una, o bien, efectuarse una a continuación de la otra, con un único otorgamiento y autorización al final de la misma¹¹. A continuación explicamos cada una de estas etapas del acta notarial:

a) *Requerimiento*: Consiste en la solicitud que realiza la parte requirente al escribano, para que este active su ministerio y finalmente confeccione una determinada acta. La solicitud debe ser expresa, y se deja constancia de ella a través de su reflejo documental. El requerimiento debe precisar y explicar los motivos que justifican la actividad notarial y los fines concretos perseguidos con la confección del acta; debe circunstanciarse lugar, día y horario en que debe cumplirse con lo requerido. El escribano no actúa de oficio, sólo lo hace a requerimiento de parte interesada.

En el cuerpo del acta protocolar deberá cumplirse con todos los requisitos legales establecidos para las escrituras públicas (membrete, número, lugar, fecha, notario y cargo, comparecencia, justificación de la identidad del compareciente en los términos del art. 1002 del Código Civil, juicio de capacidad, etc.) y con las siguientes modalidades:

- El notario documentará en forma de acta los requerimientos que se le efectúen, dejando constancia de esto en el cuerpo del acta. El reflejo documental del requerimiento es un requisito legal de acuerdo a lo establecido por el art. 83 inc. a de la ley 404, el art. 158 de la ley 9020 y el art. 311, inciso a) del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

- El requirente debe invocar un *interés legítimo* en la rogación realizada al notario, explicando el sustento de su pretensión y el derecho que le asiste. Al respecto, nos explica ETCHEGARAY¹² "que interés legítimo no se limita a la limitación para disponer o disponer o administrar, que surgiría de una relación de titularidad con los bienes o derechos en juego, sino de un mínimo de relación, por circunstancias contractuales, familiares, de vecindad o de dependencia con el propietario o titular". El notario debe evaluar la razonabilidad y licitud de lo rogado, relacionando esto con el interés invocado por el requirente, sin poder negar injustificadamente su intervención notarial.

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en los incisos a) y b) del art. 311 establece que se debe dejar constancia de la manifestación del requirente respecto al interés con que actúa, no siendo necesaria la acreditación del interés de terceros que alegara el requirente.

11 SIERZ, Susana Violeta. *Derecho Notarial -concordado-*. Editorial Di Lalla, 2006, pág. 577.

12 *Escrituras y actas notariales*. Editorial Astrea, 3ª edición, pág. 302.

Congresos y Jornadas

- El requirente puede rogar la intervención del notario sin la acreditación de la personería o interés que invoca, ya que, en caso contrario, se podría estar atentando contra la urgencia y celeridad demandada, con el riesgo de frustrar el fin del acta por la demora en su ejecución. Puede actuar en su propio interés o bien hacerlo en interés de un tercero. El art. 83 de la ley 404 en su inciso b) dispone que no es necesaria la acreditación de personería ni del interés de terceros que alegue el requirente. En igual sentido, el Reglamento Notarial de la provincia de Buenos Aires establece, en su art. 110, párrafo IV, que no será necesario relacionar ni agregar documento alguno, a fin de consignar la representación del requirente, bastará con consignar la manifestación del representante de por quién actúa. Asimismo, el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 311, inc. b) expresa la innecesariedad de la acreditación de personería.

- El requerimiento debe ser expresamente aceptado por el notario, quien dejará constancia de ello a través de su reflejo documental en el acta; aunque puede entenderse tácitamente aceptado con la ejecución, por el notario, de la diligencia requerida.

Finalmente se leerá el acta realizada al requerido, quien firmará la misma prestando su conformidad y, por último, el notario autorizará el documento notarial referido.

Hasta aquí podemos sintetizar que debe existir un requerimiento preciso y determinado de una persona interesada que motive la intervención del notario, invocando un interés legítimo propio o de un tercero, explicando el motivo del requerimiento y precisando el contenido de la futura diligencia. No será necesaria la acreditación de la personería ni del interés de terceros que se invoque. El requerimiento deberá ser aceptado por el notario y, por último, el notario leerá la escritura al requirente, quien finalmente firmará prestando su conformidad.

b) Diligencia: Consiste en el cumplimiento, por parte del notario, del objeto del acta, el que ha sido rogado anteriormente en la primera parte del documento notarial indicado. NÚÑEZ LAGOS¹³ la define de la siguiente manera: "Terminada la audiencia al requirente, comienza la segunda parte de ejecución o movimiento para hacer llegar la notificación al destinatario. En esto consiste, en su esencia la diligencia (...) No es un acto de parte, sino un acto propio y autónomo del notario. La parte se ha limitado a instarlo del funcionario público notario en la rogatio y lo ha dejado en sus manos para que se formalice con arreglo a leyes y reglamentos. Lugar, tiempo y modo de la diligencia, han de ser objeto de

13 "El acta de notificación". Cuaderno Notarial 23, pág. 70.

una estudiada actuación y de una perfilada narración. Hay que prestar mucha atención tanto a la dimensión acto como a la dimensión papel”.

Dependiendo de las características de lo requerido, la diligencia puede ser cumplida en la notaría o fuera de ella, en forma inmediata o con posterioridad al requerimiento, en una o más actuaciones dentro del mismo día o en días distintos, no siendo necesaria la unidad de acto entre el requerimiento y la diligencia, pero sí debe existir esa unidad de acto dentro de cada uno de los sectores referidos en los que se divide el acta notarial.

Cuando las diligencias se realicen en días distintos, cada una de ellas se verá reflejadas en nuevas escrituras que referenciarán el requerimiento realizado al notario. De esta manera, se relacionará lo actuado con lo rogado. Para el supuesto de que la diligencia -una o más sucesivas- se realice el mismo día que el requerimiento, se podrá continuar con la descripción de la diligencia, seguidamente a la parte del requerimiento. De esta manera puede darse el caso de que se tenga un texto único, separado en dos partes definidas (requerimiento y diligencia en el mismo día), o bien dos textos distintos (requerimiento en una fecha y la diligencia realizada en otra distinta).

Puede darse el caso de que la diligencia tenga inicio durante un día y la misma se extienda hasta el otro día. Aquí encontramos dos posturas doctrinarias. La primera¹⁴ expresa que se debe continuar normalmente con la diligencia y, al término de ésta, se dejará constancia del día y la hora en que finaliza la misma. En cambio, la postura más estricta¹⁵ considera que, si durante la diligencia llega el final del día, deberá interrumpirse la misma, cerrarse el acta previa lectura y firma del requirente, dejando constancia de ello e, inmediatamente, continuar con la diligencia en una nueva acta, con un nuevo número de escritura y con el cambio de la fecha correspondiente.

El requirente del acta podría solicitarle al notario que se interrumpa la diligencia. Esto será viable siempre y cuando cualquier otro interviniente de la misma no exija su cumplimiento, realizando manifestaciones y asumiendo el rol del requirente. En ese caso, el notario autorizará el acta, dejando constancia de lo acontecido. Esta será suscripta por el nuevo interesado, quien deberá ser individualizado con los datos que le requiera el notario¹⁶. Igualmente, en el supuesto de desistimiento por parte del requirente, el notario deberá consignar en el acta las actuaciones realizadas hasta el momento¹⁷.

14 ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*. Editorial Astrea, 3ª edición, pág. 302.

15 *Tratado de Derecho Notarial, registral e inmobiliario*. “Actas Notariales”. Editorial Ad Hoc, pág. 971.

16 AREVALO, Jorge. *Somero estudio de las Actas Notariales*. Revista del Notariado 848, pág. 27.

17 GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica Notarial*, volumen 10. Editorial Depalma, pág. 218.

Conforme el art. 980 del Código Civil, el notario deberá obrar dentro de los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto y debe hacerlo dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones. Razón por la cual el acta debe ser cumplida respetando los límites de la competencia territorial del notario, los que son precisados por las leyes locales (por ejemplo, la ley 9020, en su art. 130 párrafo I, dispone que el notario ejercerá su función dentro de los límites territoriales de su Registro de actuación). Seguidamente, en el párrafo II y III del mismo artículo, establece, como excepción, los supuestos de extensión de la competencia territorial, pero siempre dentro de la misma provincia.

Todo el resultado del procedimiento desarrollado por el notario se volcará finalmente en un acta, donde se detallará con precisión todo lo percibido por sus sentidos. En la descripción que realiza el notario es fundamental respetar el orden cronológico de los hechos, especificar detalladamente la fecha, el lugar y el horario en que comienza y termina la diligencia, precisar adecuadamente todos los hechos desarrollados durante la diligencia como así también las manifestaciones textuales que pudieran expresar tanto el requirente, el requerido, los peritos o cualquier otro interviniente. El notario deberá abstenerse de realizar cualquier juicio, apreciaciones subjetivas o emitir conclusiones, debiendo limitarse a reproducir y reflejar lo que perciben sus sentidos. Siempre guiado por el principio rector de la imparcialidad.

5.1 Aspectos a considerar antes y durante la diligencia

- Es recomendable notificar previamente y con una antelación razonable al requerido, de la realización de la diligencia; indicar fecha, lugar y horario, para que éste pueda asistir y ejercitar su derecho de defensa y contralor de la prueba.

- El notario puede practicar la diligencia rogada sin la presencia física del requirente cuando, a su criterio y por el objeto de la diligencia, no sea indispensable (conforme art. 110, punto III del Reglamento Notarial de la provincia de Buenos Aires; art. 83 inc. e) de la ley 404, y art. 311, inc. e del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación).

- Al inicio de la diligencia, el notario deberá darse a conocer, informando a los requeridos del carácter en que actúa. Exhibirá su carnet profesional. La actuación del notario nunca podrá ser clandestina ni subrepticia. Asimismo, deberá informar al requerido acerca del objeto de la diligencia, explicando el motivo de su presencia y los derechos que le competen: responder o no contestar y realizar las manifestaciones que considere prudente (conforme art. 158, inc. 2 de la ley 9020, art. 83, inc. d) de la ley 404, y art. 311, inc. d del proyecto).

- No es necesario que el notario conozca o deba identificar a los requeridos o personas intervinientes en la diligencia (conforme art. 110, punto II del Reglamento Notarial de la provincia de Buenos Aires; art. 83 inc. c) de la ley 404, y art. 311, inc. c del Proyecto). No obstante, es recomendable y de buena práctica notarial tratar de lograr la identificación de alguna manera, aunque sea con la mera exhibición del Documento Nacional de identidad.

- Cuando la diligencia revista características técnicas y especiales en determinada ciencia, actividad, arte o industria, es recomendable la intervención de un perito en la misma, a los fines de que, por medio de sus conocimientos específicos en la materia objeto del acta, brinde su descripción técnica sobre lo que se le requiere. El notario se limitará a transcribir los dichos y juicios realizados por el perito, quien debe ser identificado tanto con sus datos personales como con la indicación de su especialidad, debiendo prestar su conformidad con la firma del acta (art. 87 ley 404 y art. 160 ley 9020). Asimismo, puede valerse de fotografías o del empleo de cualquier elemento técnico que colabore a reflejar fielmente el hecho constatado durante la diligencia.

- El notario debe invitar al requerido y a todo otro interviniente en el acta a firmar la misma. Ellos podrán firmar de conformidad o bien rehusarse a ello, en cualquiera de las dos opciones se dejará constancia por parte del notario. El hecho de que se nieguen a firmar no será obstáculo para que el notario autorice el acta (conforme art. 158, inc. 3 de la ley 9020; art. 83 inc. g) de la ley 404, y art. 311, inc. g del proyecto). Redactado el instrumento por parte del notario, se lo leerá al requerido y a todo interviniente que hubiera en la diligencia y lo invitará a firmar para que consecuentemente presten su conformidad con el contenido detallado, para, finalmente, que el notario autorice el acta.

6. TIPOS DE ACTAS NOTARIALES

A continuación analizaremos sucintamente algunos de los tipos de actas notariales más utilizados en el día a día en nuestra profesión: de comprobación, de notificación, de protocolización, de notoriedad, de depósito, de supervivencia, de protesto, de envío de correspondencia, de rúbrica de libros de sociedades y de consorcios.

- *Acta de comprobación*: es la que habitualmente denominamos acta de constatación y es aquella mediante la cual el notario comprueba determinada circunstancia, suceso o hecho solicitado por el rogante. Debido a que se trata de una prueba preconstituida y el escribano actúa como una suerte de “testigo reforzado”, es importante que en su obrar tenga en cuenta determinados aspectos que ya hemos mencionado anteriormente y sobre los que volveremos también en el capítulo siguiente.

Congresos y Jornadas

- *Acta de notificación*: aquí el escribano transmite a una persona física o jurídica una manifestación ajena, que puede tratarse de un requerimiento o una intimación. En estos casos podríamos decir que el notario asume el rol de oficial de justicia y el diligenciamiento consiste en efectuar la notificación requerida (o, si esta se ve frustrada, dejar constancia de lo sucedido).

- *Acta de protocolización*: el escribano incorpora, al protocolo, determinado instrumento (puede ser un instrumento privado, o de fuente judicial); los ejemplos más gráficos son el de la protocolización de testamento ológrafo o la protocolización de subasta. La principal ventaja es brindarle matricidad a dicho instrumento, facilitando así la expedición de segundas o ulteriores copias en caso de extravío o destrucción de la primera copia. Este tipo de actas está regulado en los arts. 162 y 163 del Decreto-Ley 9020, que regula la profesión del notario en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.

- *Acta de notoriedad*: el escribano declara notorio un hecho sobre el cual pueden fundarse derechos o legitimarse situaciones jurídicas. ETCHEGARAY¹⁸ sostiene que se trata de un juicio emitido por el notario autorizante que, como resultado de las diligencias practicadas, declara la notoriedad de determinada situación. Un ejemplo a mano sería el acta de notoriedad de buena conducta, que es un requisito que exige el Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires para inscribirse en el Registro de Aspirantes a Notario, paso previo para acceder a la función.

- *Acta de depósito*: en este tipo de actas, el requirente deposita ante el notario un objeto o documento, estableciendo las condiciones para su restitución (por ejemplo, un cheque, que será entregado a una u otra parte si se dan determinadas condiciones futuras). Obviamente es esencial que el escribano califique la legalidad del objeto depositado. Está prevista en el art. 164 del Decreto-Ley 9020, ya citado.

- *Acta de supervivencia*: es requerida principalmente por organismos o entidades provisionales, y el objeto de las mismas es constatar notarialmente que el beneficiario de la pensión o jubilación se encuentra con vida al día y a la hora del acta.

- *Acta de protesto*: el escribano constata la falta de pago o aceptación a requerimiento del portador de un título negociable. En doctrina se discute si se trata de un acta de notificación o de comprobación. GATTARI¹⁹ sostiene que no es un acta de comprobación en primer término ni en sí, sino como consecuencia: la falta de respuesta a la intimación por el destinatario permite comprobar la negativa de pago; por ello, se protesta. La comprobación del hecho negativo

18 Op. cit.

19 Op. cit.

presupone el conocimiento por exhibición de la letra (notificación) y la exigencia de pago (intimación). El art. 165 del Decreto-Ley 9020 remite a la legislación especial sobre la materia (Código de Comercio).

- *Acta de envío de correspondencia*: el objetivo de esta acta es acreditar notarialmente que se ha enviado un documento por correo, como también su recepción.

- *Acta de rúbrica de libros de consorcio o de sociedades*: el escribano deja constancia de que el libro de la sociedad o del consorcio consta de determinada cantidad de páginas y de que están todas en blanco, de manera de asegurar que no ha habido manipulación en las actas que luego se volcarán en dicho libro.

7. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL ACTA DE COMPROBACIÓN O CONSTATACIÓN

A continuación analizaremos algunos aspectos relacionados con el acta de comprobación o de constatación.

a) *Fotografías*: En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, no es viable la certificación de fotografías obtenidas previamente por el requirente, sino que estas deben ser complementarias del acta de constatación efectuada por el notario. Las fotos podrán ser sacadas por el requirente o por el propio notario y deberá dejarse constancia de cada circunstancia según el caso. Si bien se admite²⁰, como variante, que las fotografías sean tomadas momentos antes del acta y entregadas al notario -quien las cotejará con la realidad (dejando reflejado todo esto documentalmente)-, entendemos que lo más conveniente será que el escribano utilice su propia cámara y que sea él mismo quien tome las fotografías y luego las mande a revelar (a imprimir, en estos "tiempos digitales") y luego las entregue al requirente con nota de que pertenecen al acta en cuestión, y agregue, al protocolo, fotocopias certificadas de las mismas. Creemos que de esta manera se reduce el riesgo de que las fotografías puedan ser o hayan sido alteradas o modificadas, vulnerando así su autenticidad.

b) *Grabaciones de audio*: La doctrina admite que puedan utilizarse como una herramienta complementaria en aquellas actas donde deban constatarse sonidos. Lo que no puede hacer el escribano es constatar la autenticidad de cintas de audio que no hubieran sido obtenidas en su presencia; en ese caso, su intervención se limitará a recibir dichas cintas en depósito (deberá extremar

20 MAGRI, Carmen Silvia Elena. "Actas: técnicas para manifestaciones escriturarias". REVISTA Notarial 955, págs. 219-227.

los recaudos tendientes a garantizar la preservación e inalterabilidad del elemento original).

c) *Grabaciones de imágenes (videos)*: Este es un tema muy delicado, puesto que este tipo de soporte documental y, más aún, con las tecnologías actuales, permite la manipulación y la alteración de la imagen, por lo que desaparecería la unidad espacio-temporal que debe verificarse para que puedan incorporarse válidamente a un acta. No es admisible la propuesta de reemplazar el acta de comprobación protocolar escrita por el “acta tomada en video” (grabada y relatada por el notario), precisamente por el riesgo que comentábamos, el de su manipulación y distorsión. Como con las cintas de audio, el notario podrá ser depositario del video obtenido y asentar dicha circunstancia en el acta, pero el video no integrará el protocolo. Este medio se utilizará como elemento complementario de la tarea probatoria, como los informes de peritos o las manifestaciones de testigos, pero no hace plena fe.

d) *Hechos auténticos y hechos autenticados*: Como ya hemos apuntado, los hechos auténticos son aquellos realizados por el notario o que han pasado en su presencia; gozan de plena fe y sólo podrán ser desvirtuados mediante el procedimiento de redargución de falsedad. Los hechos autenticados por él (por ejemplo, la manifestación de alguna de las personas presentes durante el diligenciamiento que el escribano vuelque en el acta), en cambio, caerán por simple prueba en contrario: el hecho de que se hizo la declaración no podrá negarse (salvo redargución de falsedad), pero sí podrá cuestionarse el contenido de dicha manifestación, ya que el escribano no da fe de la veracidad de esos dichos.

e) *Derecho de defensa, imparcialidad y transparencia*: Como ya comentáramos previamente en este trabajo, siendo que las actas notariales de comprobación pueden eventualmente ser presentadas en juicio como prueba preconstituida, es de vital importancia que el notario actúe de manera intachable sin dejar resquicios para que la contraparte (probablemente, el requerido) cuestione la validez de la prueba obtenida invocando, por ejemplo, la teoría de los frutos del árbol envenenado. Por eso es esencial que, durante la diligencia, el notario se anuncie e identifique (las actas no pueden ser clandestinas), que explique su cometido, que aclare al requerido que puede hacer manifestaciones si lo desea y que una vez finalizada el acta puede o no firmar la misma. También es importante aclararle al requirente que, una vez iniciado el diligenciamiento, el escribano será objetivo e imparcial y deberá dejar constancia de todo lo que sucede y se dice ante él, ya que no podrá controlar de qué manera se desarrollarán los hechos, ni que el resultado del acta será a satisfacción del requirente. Por esta misma razón, es conveniente (si bien vimos que no es obligatorio) confeccionar el requerimiento en forma separada al diligenciamiento, para que queden detalladamente consignadas las circunstancias que el requirente desea constatar y, sobre todo, para asegurarnos de que el requirente firme el re-

querimiento (dado que si luego el acta no termina saliendo cómo él pretendía, puede negarse a hacerlo o afirmar que él había requerido otra cosa).

f) *¿Pasar el acta en el momento, o tomar notas y hacerlo luego en la escribanía?*: Desde ya que el escribano, al momento de efectuar el diligenciamiento del acta, deberá llevar consigo el protocolo, por la posibilidad de que sea absolutamente necesario²¹ autorizar el acta en ese momento; esto se da principalmente en los casos de actas particularmente conflictivas, en las que el requerido exige firmar el acta, o si hay un colega labrando un acta por solicitud de nuestro requerido, su requirente (en un acta para constatar la entrega de un local comercial y el estado en el que se encuentra, por ejemplo, puede suceder que tanto locador como locatario lleven “su” escribano). Pero entendemos que, siempre que las circunstancias lo permitan, es más conveniente tomar notas en un borrador durante el diligenciamiento, y luego pasar el acta en la escribanía; no sólo por la tranquilidad y comodidad que esto nos brindará, sino porque creemos que lo importante es que hayamos podido *comprobar* correctamente los hechos, aunque la *documentación* de dicha comprobación sea realizada más tarde o en otro día, dejando debida constancia²². Obviamente que en ese caso invitaremos a las partes (requirente y requerido) a firmar el acta en la notaría.

g) *No es procedente citar al escribano a ratificar su firma o lo dicho en el acta*: Es una mala e impropia práctica judicial la que, haciendo lugar a lo solicitado por una de las partes, cita al notario a reconocer su firma o a rectificar o ratificar lo dicho en el acta. En el caso de recibir una citación de esas características, lo que corresponde es comparecer y manifestar que nos remitimos a lo dispuesto por el art. 992 del Código Civil: “Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá”.

h) *Negativa a cooperar, hechos delictivos*: Cuando el notario deba constatar hechos que puedan perjudicar los intereses del requerido, puede suceder que la actitud de éste no sea del todo amable y cooperadora, o que incluso se torne agresivo o intente frustrar el acta de alguna manera. Aquí es útil que remarquemos algunos puntos: el escribano carece de potestad para compeler a los

21 ZINNY, Mario Antonio. “Actas Notariales. Doce reglas en materia de actas”. Revista del Notariado 889, 2007, págs. 118-119. Entiende que es conveniente autorizar el acta al instante: la fe pública no puede depender de tu memoria, de tu habilidad como taquígrafo o de la que poseas para tomar notas y luego descifrarlas.

22 NUTA, Ana Raquel; Abella, Adriana; Rotondaro, Domingo Nicolás y Navas, Francisco. “Actas: análisis de su valor probatorio”. Revista del Notariado 824, 1991, págs. 285-299.

interpelados a que formulen declaraciones o respondan preguntas. También carece de atribuciones para hacer uso de la fuerza pública; por lo tanto, debe abstenerse de ingresar a sitios privados sin estar previa y expresamente autorizado; asimismo, debe retirarse inmediatamente de tales lugares ante la simple indicación de los titulares o personas a cargo. La cuestión de los domicilios o lugares cerrados es sumamente delicada: no es conveniente aceptar requerimientos que impliquen comprobar acontecimientos, situaciones o examinar objetos que se encuentren u ocurran en lugares cerrados, salvo que expresamente se le conceda esa atribución (de lo contrario, podría incurrir en violación al derecho de intimidad, art. 1071 bis del Código Civil). Debemos tener presente también que la competencia autenticadora notarial en razón de la materia no se extiende a hechos delictivos o a la verificación de pruebas de los delitos. Si durante el diligenciamiento del acta, el notario percibe que las circunstancias pueden llegar a derivar o constituir un delito, lo más prudente será exponer en forma detallada los hechos en ese mismo lugar y autorizar el acta de inmediato.

8. UN FALLO (NADA) EJEMPLAR

A continuación, haremos una breve reseña de un fallo jurisprudencial²³ que nos parece paradigmático para graficar el desconocimiento que, lamentablemente, muchas veces tienen los jueces del fuero penal con relación a las normas del derecho civil, en particular lo que hace a la actuación notarial.

Hechos: Una escribana de Pergamino, provincia de Buenos Aires, fue requerida por la guardia de salida de camiones de una empresa para que dejara constancia por acta notarial de los hechos que allí se producirían. Una vez en el lugar, la escribana confeccionó la correspondiente acta, consignando que en la entrada de la empresa se encontraba detenido un camión, y que estaban presentes dos guardias de seguridad de la empresa y el chofer del camión, y que en ese momento llegaban los propietarios del transporte detenido. La escribana continuó describiendo que en el mismo acto se procedía a sacar del camión cuatro cajas de hamburguesas; también se dejó constancia en el acta de que el propietario del transporte le preguntó al chofer del camión cuál era el motivo por el cual llevaba esas cajas y el chofer contestó que las llevaba porque con lo que ganaba no le alcanzaba para comer.

23 REVISTA NOTARIAL 933, 1999. Nota al fallo de la Dra. Ana Paula Talerico. Juzgado Criminal y Correccional número 4 de Pergamino, provincia de Buenos Aires, 29-11-1994.

Proceso judicial: Se inició acción penal contra el chofer del camión por el delito de tentativa de hurto ante el Juzgado Criminal y correccional número 4. El titular de la fiscalía solicitó la condena del procesado, pero el Juzgado resolvió la absolución del acusado por el beneficio de la duda (art. 431 del Código Procesal Penal). La sentencia hizo referencia a la actuación notarial, expresando que existe incompatibilidad entre las constancias del acta y las declaraciones de la escribana en lo referido a que “vio sacar las cuatro cajas de hamburguesas” (el Juzgado entendió, por contradicciones entre los testigos del hecho, también requirentes del acta, que la escribana llegó después del hecho de bajar las hamburguesas del camión) y se ordenó poner en conocimiento del juzgado que correspondía a fin de que se investigara la presunta comisión de los delitos de falso testimonio y falsificación de instrumento público por la escribana actuante. En su declaración, la escribana expresó que, en ese acto se había procedido a sacar del camión cuatro cajas de hamburguesas y ratificó todo lo expresado en el acta. Los propietarios de la empresa de transporte (requirentes del acta) en sus declaraciones se contradijeron con relación al momento en que se bajan las cajas del camión y, en virtud de ello, el Juez de Primera Instancia ordenó la formulación de causa por el delito de falso testimonio. Antes de que la sentencia de Primera Instancia quede firme, se notificó al Colegio de Escribanos, mediante oficio, que la notaría sería investigada por la posible comisión de los delitos de falso testimonio y de falsificación de instrumento público.

Resolución de la Cámara de Apelaciones: Apelada la sentencia del Juzgado de Primera Instancia por el agente fiscal, la Exma. Cámara de Apelaciones del Departamento Judicial de Pergamino confirmó la resolución, fundándose básicamente en que existían contradicciones entre los instrumentos públicos agregados al expediente: acta de secuestro (policial) y acta notarial, como así también entre estos y las declaraciones de los testigos con relación a las circunstancias de modo y tiempo, pero no de lugar porque las cajas de hamburguesas habían sido encontradas por el personal de vigilancia y las habían bajado ante la única presencia del imputado; con posterioridad, se dio aviso a la escribana, en primer lugar, y luego a la policía, quienes consecuentemente llegaron cuando la descarga ya había sido efectuada. Se remitieron al juzgado de turno los antecedentes para que se investigara la presunta comisión de los delitos de falsedad testimonial y falsificación de instrumento público por la escribana.

Comentario: El fallo de primera instancia es arbitrario y ocasionó graves perjuicios a la notaría. El magistrado ignoró normas de la legislación sustancial directamente vinculadas con la seguridad jurídica, en virtud de que el art. 979 inciso 2 del Código Civil establece que “...son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos... cualquier instrumento que expidieren los escribanos...”. El art. 992 del Código Civil (que ya mencionamos previamente en este

trabajo) dispone que “Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se le hizo en cuyo caso el instrumento público no valdrá”. Es claro que la voluntad del legislador fue evitar que se creara inseguridad jurídica sobre las constancias del documento, es decir, que, no obstante que la ley impide expresamente a los testigos del documento contradecirlo mediante una declaración posterior, en el caso en cuestión, además de haberlo admitido, se les dio plena credibilidad a esas declaraciones posteriores, dejando de lado la actuación notarial suscripta por dichos testigos y, lo que es peor aún, calificándola de falsa como también los dichos del profesional actuante.

Afortunadamente, semejante disparate jurídico tuvo un final feliz: el juzgado interviniente resolvió la absolución de la notaria, luego de tomar declaración nuevamente a los propietarios de la empresa de transporte (testigos del acto).

9. PONENCIAS

Las actas notariales son documentos realizados -y posteriormente autorizados- por un notario competente en el pleno ejercicio de sus funciones, siempre a requerimiento de una persona, con un interés legítimo, que tienen como fin documentar y fijar la existencia de hechos, manifestaciones y diversos sucesos, los que han sido percibidos directa y presencialmente por el autor del documento a través de sus sentidos (específicamente vista y oído), resultando ser auténticos y estar amparados por la fe pública, en cuanto a su existencia.

Las actas notariales, al ser instrumentos públicos conforme al art. 993 del Código Civil, hacen plena fe hasta que sean argüidas de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el notario haya anunciado como cumplidos por él mismo o que hubiesen pasado en su presencia.

Debe existir un requerimiento preciso y determinado de una persona interesada que motiva la intervención del notario, invocando un interés legítimo propio o de un tercero, explicando el motivo del requerimiento y precisando el contenido de la futura diligencia, no siendo necesaria la acreditación de la personería ni del interés de terceros que se invoca; el requerimiento debe ser aceptado por el notario y, por último, el notario leerá la escritura al requirente, quien finalmente firmará prestando su conformidad.

Durante el diligenciamiento, el escribano debe obrar en forma transparente e imparcial, reflejando de manera objetiva los hechos y situaciones que percibe a través de sus sentidos. Debe anunciar su presencia y explicar su cometido, y aclarar a los presentes que pueden efectuar manifestaciones y firmar

el acta si lo desean, aunque no están obligados a hacerlo, de forma tal que se respete el derecho de defensa del requerido.

El notario no puede garantizar el resultado de la diligencia al requirente, ya que el desarrollo de la misma es incierto, sobre todo en los supuestos en los que interviene una contraparte, pero asume frente a este una obligación de resultado: que el acta sea realizada con todas las formalidades requeridas tanto por el Código Civil, como por las leyes provinciales que reglamenten nuestra función, vedando -de esta manera- la posibilidad de que posteriormente se encuentre reducida la fuerza probatoria de las mismas (por incumplimiento de las formalidades prescriptas por las leyes provinciales que reglamenten nuestra función) o sea impugnada atacándose la validez formal del documento (por incumplimiento de las formalidades prescriptas por el Código Civil). Se garantiza un instrumento formalmente idóneo y eficaz.

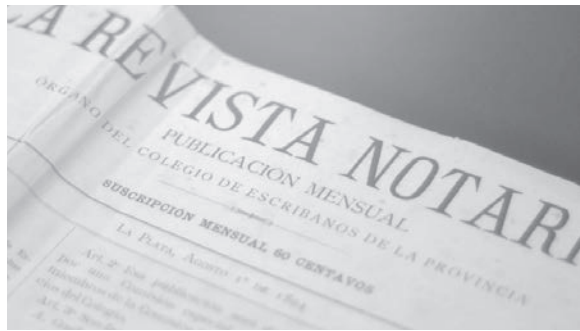
No es procedente citar al escribano a ratificar su firma o lo dicho en el acta. Es una mala e improcedente práctica judicial la que, haciendo lugar a lo solicitado por una de las partes, cita al notario a reconocer su firma o a rectificar o ratificar lo dicho en el acta. En el caso de recibir una citación de esas características, lo que corresponde es comparecer y manifestar que nos remitimos a lo dispuesto por el art. 992 del Código Civil: "Los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá".

BIBLIOGRAFÍA

- AISINSCHARF, Regina; Fernández, Graciela; Crespo, Margarita y Nápoli de Triaca, Alicia Susana. "Actas notariales. Su valor probatorio". Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 1991) Buenos Aires, Colegio de Escribanos, 1991, pág. 6.
- ÁLVAREZ, Guillermo M. "Las nuevas tecnologías, Reflexiones sobre su impacto en las actas notariales". REVISTA NOTARIAL. Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires 959, Año 2008, págs. 503-555.
- ARÉVALO, Enrique Jorge. "Somero estudio de las actas notariales". Revista del Notariado 848. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, enero-marzo 1997, págs. 17-35.
- ARMELLA, Cristina Noemí (dir.). *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario. Actas notariales*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 953-1026.
- BARDALLO, Julio R. "Actas Notariales", Revista del Notariado 704, pág. 320.
- CURSACK, Eduardo Víctor. "Instrumentos públicos: actas notariales". En el Aniversario 1995/2005 Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2006, págs. 263-277.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*. 3º ed. Ed. Astrea. Buenos Aires.

Congresos y Jornadas

- GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica notarial*, Volumen 10. Ed. Depalma, Buenos Aires, págs. 181-309.
- GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica notarial*, Volumen 16, 1° Ed. 2007, Lexis Nexis, Buenos Aires, pág. 271 y sgts.
- GIRALT FONT, Jaime. "Problemática de las actas notariales de comprobación". Tomo 2, Seminario Teórico práctico Laureano Arturo Moreira, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 1998. págs. 3-12.
- HEGUY, Genoveva. *Actas notariales*. Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2010.
- MAGRI, Carmen Silvia Elena. "Actas: técnicas para manifestaciones escriturarias". REVISTA NOTARIAL 955, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, págs. 219-227.
- NUTA, Ana Raquel; Abella, Adriana; Rotondaro, Domingo Nicolás y Navas, Raúl Francisco. "Actas: Análisis de su valor probatorio". Revista del Notariado 824, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, págs. 285-299.
- PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*. Astrea, Buenos Aires, 2006.
- SAUCEDO, Ricardo Javier. "Actas notariales en el derecho privado vigente y en el proyectado. Actas de notoriedad y de comprobación. Análisis de distintos supuestos". Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira, Tomo 2, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 1999, págs. 3-93.
- SIERZ, Susana Violeta. *Derecho Notarial -concordado-*. Di Lalla, 2006.
- TALERICO, Ana Paula. *Actas notariales*. REVISTA NOTARIAL 933. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, mayo-agosto 1999, págs. 501-519.
- VITERBORI, Juan Carlos. "Las Actas Notariales" trabajo presentado en la XXIV Jornada Notarial Bonaerense, Necochea 1981.
- ZINNY, Mario Antonio. "Actas Notariales. Doce reglas en materia de actas". REVISTA NOTARIAL 889, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, págs. 118-119.



Nuestra Revista

HACE 90 AÑOS...

AÑO XXX

LA PLATA, (R. A.), SEPTIEMBRE DE 1923

NÚM. 347

LA REVISTA NOTARIAL

ORGANO DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PUBLICACIÓN MENSUAL

Redacción y Administración

Calle 13 núm. 760 entre 47 y 48

Local del Colegio de Escribanos

N. de la R.— La Redacción de la Revista previene a sus lectores que ni ella ni el colegio se solidarizan en forma alguna con las ideas que se viertan en los artículos que publique, las que van siempre por cuenta exclusiva de sus autores, a cuyo efecto es requisito indispensable la firma en todo artículo que se envíe para su publicación.

DACION EN PAGO

Por Félix Imeroni

(Continuación)

El artículo 3.198 del Código Civil establece: «Si la propiedad irrevocable, y la calidad de acreedor hipotecario se encuentran reunidos en la misma persona, la hipoteca se extingue naturalmente.»

Nos encontramos en presencia de los casos comunes en la vida notarial. Un propietario que tiene un inmueble gravado con derecho real de hipoteca, se lo transfiere a título de venta a su acreedor hipotecario, siendo el precio de la venta, el importe que el comprador diera en hipoteca, suma que, más o menos no influye en el concepto.

Tal acto jurídico, reviste esencialmente una dación en pago, y no debe aplicarse en manera alguna el artículo 818 del Código Civil que se refiere al pago por compensación. El artículo 862 del mismo Código es de inmediata aplicación con el 3.198, por cuanto la confusión envuelve la extinción y creación subsiguiente de un derecho proveniente de la obligación contraída, máxime si se tiene en cuenta que la confusión es uno de los medios de extinguir obligaciones, y como la hipoteca tiene en definitiva rasgos correlativos a una subsidiaria obligación personal, cabe el pago mediante ese procedimiento.

De manera entonces, que si el deudor dá en pago a su acreedor hipotecario el mismo inmueble hipotecado, la dación en pago sería irreprochable, toda vez que la causa generadora de la obligación viene precedida de un instrumento público y no se podría atribuir ningún error de hecho, ni de derecho. Pero presentáanos siempre la esfinge que nos espasma, cuando meditamos acerca de un valor intrínseco de cada frase que contiene el susodicho artículo 3.198, «*si la propiedad irrevocable*, vale decir, tanto como que el acreedor hipotecario en su calidad ulterior de comprador, ha adquirido la propiedad de una manera absoluta, o sea con un dominio inalienable o perfecto (art. 2.507) viene a tener en efecto el *dominio o propiedad irrevocable*, cuando precisamente proviene de una dación en pago.

Téngase presente que el espíritu que preside a la dación en pago, es la probabilidad de retrotraer la cosa al vendedor cuando demostrare que el precio aplicado a la venta de la cosa, es fruto de un error de hecho o de derecho. No hay mas que detenerse a leer la nota del Codificador, para darse cuenta que, siempre se conmueve en su estabilidad una dación en pago; cuando dice: «Hablamos precisamente de la calidad de irrevocable en el dominio adquirido, porque no siéndolo así, la hipoteca no se extingue. La dación en pago, por ejemplo, no extingue el crédito antiguo y sus accesorios, sinó cuando hay una traslación irrevocable del dominio. Así podría decirse generalizando el art. que, cuando la obligación se extingue por la dación en pago, y con ella la hipoteca, *ésta debe revivir si el acreedor es vencido en el dominio de la cosa recibida en pago.*»

Estamos siempre en presencia de una situación inconciliable. Si al acreedor hipotecario se le reviven sus derechos en el caso de que fuere vencido en el dominio de la cosa recibida en pago, quiere decir en buen romance que la propiedad no es irrevocable. Tiene siempre un dominio a merced de situaciones que hemos venido auscultando, y, francamente, en esas condiciones, por mas que la causa de la obligación tenga un origen legal, siempre estarían los títulos sujetos a una eventual observación,

Nuestro compañero Don Antonino E. Soares, en su obra «La hipoteca», hace reflexiones idénticas acerca

del caso que nos ocupamos y en verdad que en el rol de Escribano, en el exámen de esos títulos, juega un papel importantísimo pues, con su saber y su apreciación discreta de los hechos extrínsecos, puede resolver de una manera terminante esa caótica situación. El Sr. Soares formula ésta pregunta: Y cual sería la situación de un acreedor hipotecario? Muy delicada. Si el dominio es revocable, si cabe acción de reivindicación, la hipoteca correría el riesgo de declararse inexistente», (pág. 362).

Para que el acreedor se convierta en propietario, es menester que tenga el dominio irrevocable, yá que el Codificador en su comentario al artículo 3.198 dice muy terminantemente que la «dación en pago, no extingue el crédito sinó cuando hay una traslación irrevocable del dominio.»

Vemos siempre que la causa básica es la *traslación irrevocable* del dominio, pero cómo es posible que separemos el *derecho irrevocable* con el derecho que tiene un acreedor de reclamar lo que le pertenece de su deudor? (Artículo 505 del Código Civil). Si una persona tiene facultad de reclamar de otra, una suma que le adeude, ya sea que ella sea quirografaria o hipotecaria y la causa de la obligación no es contraria ni a la Ley, ni a la moral; porque no ha de poder adquirir de su deudor el inmueble que le haya embargado, o dado una hipoteca, mediante la venta que el deudor haga a su acreedor?

Acaso no constituye el importe de la deuda el precio que exige el artículo 1.349? Acaso no le trasmite el dominio irrevocable en los términos y condiciones que lo tenía el deudor a su acreedor?

Porque entonces la obstinación de que se reviva al acreedor hipotecario su derecho?

Giramos siempre alrededor de premisas que nos presenta cuestiones resolutorias solo por un sentimiento de empirismo, y, esa no es la función de la ley, que debe legislar de una manera terminante, clara y sin que sea menester valerse de auxilios extremos, malgrado la válvula de escape que contiene el artículo 16 del Código Civil.

Solvere quilibet, expresábase antiguamente, *recum suarum administrationem habentes debitores possunt*, porque el pago no era acto de enagenación, más sin em-

bargo otros autores, agregan que *solvere est alienare*, pero todos ellos concluyen que no puede pagar validamente aquel deudor que carezca de facultad de enagenar

Nuestro Codificador ha estado bajo la influencia directa del derecho romano y en especial, ha seguido la doctrina de Durantón. Pero las causales que señala este autor en el N° 336, página 563 Tomo XX como servicio de violencia, dolo, error, falsa causa, incapacidad; no pueden constituir la inexistencia de una obligación en los términos de los artículos 499 y siguientes del Código Civil, desde el momento que la hipoteca que se ha constituido supone que no representa una suma que lleva envuelta esa clasificación irregular.

Imaginémonos que una persona, casada, facilite en préstamo, con garantía hipotecaria, la suma de \$ 20.000 m/n.; que el deudor no pudiendo pagar al vencimiento de la obligación esa suma, resuelva, con el consiguiente consenso del deudor, transferirle en pago la propiedad; pero ocurre que a la sazón el acreedor está bajo otro estado civil, es decir, ha enviudado y tiene bajo su patria potestad varios hijos. No tiene otros bienes, y el Escribano entendiendo que es un acto de administración que ejerce el padre, otorga la escritura, declara extinguida la hipoteca en los términos del art. 3.198 y formula la venta. Imaginémonos así mismo, el caso distinto, esto es, que cancelada la hipotecá y con el dinero proveniente de la sociedad conyugal, adquiere para sí, el viudo un inmueble cualquiera.

En presencia del artículo 3.198, es probable que los hijos del viudo puedan intentar una acción, particularmente en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.273 que los reputa gananciales. Independientemente de ello, cabe recordar que el artículo 3.278 expresa: «Un derecho revocable desde que se constituyó, permanece revocable en poder del sucesor.»

El derecho de los herederos sería discutible, porque no es nada difícil que entrañe una cuestión de índole personal, es decir, que puedan tener derecho a demandar al padre, por lo que éste dispuso en la adquisición de pertenencia de los menores, pero ¿si la propiedad hubiera adquirido mayor valor, como se resuelve la cuestión?

¿Tienen o no una acción de dominio?

El artículo 2.653 establece: «Dominio irrevocable es el que ha sido transferido en virtud de un título revocable a voluntad del que lo ha transmitido; o cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título», (ver además la nota correspondiente al artículo).

Se colige entonces que el dominio es revocable por dos causas: una, revocable a voluntad del que lo ha transmitido; y otra, cuando hubiere una causal originaria.

Y no sería una de estas últimas, la de que el imputado de la compra llevara consigo un vicio emergente de la falsa causa, como en realidad lo es cuando el adquirente emplea un dinero que no le pertenece. En tal caso, los herederos estarían habilitados para accionar en contra de un tercero y eso es cabalmente un dominio con perspectivas de revocabilidad.

Si la finalidad a que inevitablemente conduce la dación en pago como inherente a un cuasi-contrato, de que se produzca la restitución de las cosas, al par que la nulidad, al estado que tenían antes de la realización del contrato, determina un derecho del acreedor, derecho que permanece latente mientras el tracto de tiempo no lo enerve o se produzca una mutación, es lógico pensar siempre en la anormalidad que se presenta en casos de esta índole. Más si fuera solo la devolución en sí de lo fungible, no habría mayor alarma, lo que abruma es la devolución de la *res* y hé ahí que necesitaríamos un Arquímedes para encontrar una fórmula salvadora.

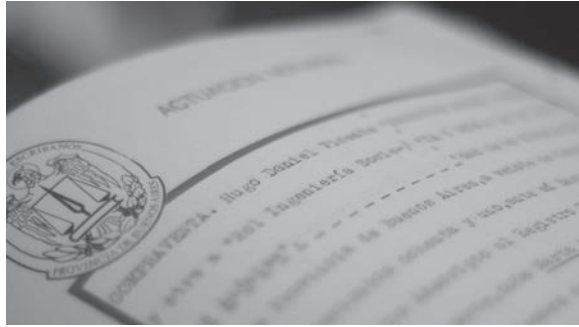
Entendemos que la dación en pago que proviene de una hipoteca, es un instrumento inatacable. Si la hipoteca tiene más de 2 años de su constitución es más todavía irreprochable y si tiene menos de ese plazo, habría que comenzar por negarle al préstamo su realidad y eso no es presumible, dado que la fé notarial escuda toda sospecha.

La cuestión que hemos traído al debate ha sido desde luego árdua, y si ella no ha sido desmenuada con la propiedad y puntos de miras que la misma tenían derecho, débese más bien a que la índole del tema, es de por sí delicado. Ya lo había presagiado el Codifica-

dor, y solo el deseo de aportar algunos argumentos, es que nos hemos propuesto emprender esta tarea.

Se ha dicho ya de la ley algo relativo a su flexibilidad. Procurar conciliarla, en sus disposiciones, hermanando sus preceptos, es deber de todos, para evitar que ella lesione a unos, beneficie a otros. La ley debe ser pareja, hasta en sus más mínimos detalles. Logrado ello, habrá igualmente desaparecido su elasticidad y se habrá obtenido un estatuto uniforme, orgánico y carente de esa falla que son adherentes a toda condición humana. Si se obtiene, habremos llegado a la acariciada utopía de la vida y del bienestar.

(Continuará)



Derecho Registral

NOTA A FALLO

Los terceros frente a la falta de registración en el ámbito inmobiliario

Mariela Gatti

SUMARIO. 1. *Introducción. Los hechos.* 2. *Derechos reales y derechos personales.* 3. *Título y modo.* 4. *Falta de registración. Inoponibilidad.* 5. *Los “terceros” del art. 2505.* 6. *Tercería de dominio o de mejor derecho.* 7. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN. LOS HECHOS

La sentencia dictada por la Sala Primera de la Excelentísima Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata*, resuelve *por mayoría* hacer lugar a la tercería de dominio interpuesta contra las acreedoras embargantes en un juicio ejecutivo, que fuera rechazada por el Juez de Primera Instancia. La tercerista pretende el levantamiento del embargo, alegando ser la titular de dominio del inmueble. La prueba ofrecida y producida por la actora acredita el otorgamiento de la escritura de venta del bien a su favor (con anterioridad a la traba de la medida cautelar), cuya autenticidad no es siquiera cuestionada y da por cumplida la tradición del inmueble y la posesión del mismo a través de la informativa y testimonial que tampoco se controvierte. Además, las constancias registrales publicitan varias anotaciones provisionales del título de adquisición, la primera de ellas previa al embargo en cuestión.

* El contenido completo de la sentencia se reproduce a continuación de esta nota.

Derecho Registral

La defensa de las demandadas se basa en la falta de inscripción del título en el Registro de la Propiedad y su consecuente inoponibilidad a terceros. Ponen de relieve que, al momento de anotar la medida cautelar, no se encontraba vigente inscripción provisional alguna, ni reserva de prioridad, razón por la cual no medió objeción del Registro respectivo para la anotación solicitada.

El magistrado preopinante que propone el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia de primera instancia plantea el caso desde dos ópticas diferentes: por un lado y en la órbita del derecho de fondo, argumenta sobre la necesidad de la inscripción registral del título que contiene la mutación real, para que la misma pueda oponerse a terceros; por el otro, desde un punto de vista procesal, establece la improcedencia de la tercería de dominio y la imposibilidad de encuadrar la pretensión como una tercería de mejor derecho.

Siguiendo los lineamientos del primer voto, la mayoría da sus fundamentos en sentido contrario, acepta el recurso interpuesto y revoca, en consecuencia, la sentencia apelada. Adelantamos, desde ya nuestra, coincidencia con esta última postura.

2. DERECHOS REALES Y DERECHOS PERSONALES

La primera cuestión para abordar el análisis del caso planteado consiste en determinar la naturaleza jurídica del derecho que detenta la actora. Establecer si se trata de un derecho real o personal resulta fundamental por los diversos factores y efectos que corresponden a cada uno de ellos en nuestro régimen jurídico.

La clásica distinción, que sólo los asemeja en su aspecto patrimonial, califica al derecho real como un poder jurídico, es decir un complejo de potestades y, al derecho personal, como la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación. Para la aplicación al caso concreto, interesan dos rasgos diferenciales: el de la oponibilidad y el de la publicidad¹. Mientras que los derechos reales son oponibles *erga omnes*, los derechos personales gozan de una oponibilidad relativa, es decir que sólo pueden hacerse valer entre partes. De la absolutez o relatividad que caracterizan a unos y otros, deviene la necesidad de publicidad de aquellos, para ser conocidos por todos los sujetos obligados a respetarlos; requisito inexigible si se trata de derechos relativos.

Por otra parte, el titular de un derecho real posee dos ventajas que provienen de su relación directa e inmediata con la cosa y que, en general, no se

1 No entraremos en el análisis de todos los factores distintivos por exceder el marco del presente trabajo.

presentan en los derechos personales²: el *ius perseguendi* y el *ius preferendi*. El primero faculta a perseguir la cosa donde quiera que se encuentre y de manos de quien la detente. El segundo involucra la exclusividad y la prelación, descarta todos los derechos personales y aun los reales cuando no sean compatibles, y determina el rango si lo son. El derecho personal, en cambio, otorga a su titular la posibilidad de obtener la prestación, en principio, sólo del deudor y, cuando éste se obliga con más de un acreedor, la regla es la igualdad entre ellos, sin perjuicio de los privilegios establecidos por la ley.

Por último, es necesario poner de relieve que, en el ámbito de los derechos personales, rige el principio de la autonomía de la voluntad; en cambio, en el de los derechos reales, impera el orden público.

Por lo expuesto, si se considera, como en el voto de la mayoría, que la actora es titular del derecho real de dominio, estaremos frente a un régimen jurídico muy diferente al que resultaría de aplicación si se establece que posee un derecho personal. En rigor de verdad, incluso la minoría reconoce que la tercerista es "dueña" del inmueble, pero las consideraciones posteriores del magistrado preopinante (sobre todo en relación a la eficacia del acto jurídico que le da origen al derecho) son las que tornan débil, en su voto, tal afirmación.

3. TÍTULO Y MODO

El Código Civil argentino recepta el sistema romano del "título y modo" para la transmisión derivada de los derechos reales que se ejercen por la posesión. Ello implica que, para adquirir el dominio de un inmueble entre vivos, se requiere de un acto jurídico con virtualidad para producir la mutación real, revestido de las formalidades exigidas por la ley (título suficiente) y la tradición de la cosa realizada por el titular del derecho (modo suficiente)³, quien debe ser capaz y estar legitimado al efecto.

Como se dijo, el derecho real otorga a su titular la posibilidad de oponerlo *erga omnes* debido a su carácter absoluto, por lo tanto, debe ser respetado por todos los miembros de la sociedad. Ahora bien, para que todos puedan respetarlo, deben conocerlo. En esta premisa se basó VÉLEZ SANSFIELD para exigir la tradición como requisito esencial para la adquisición de derechos reales⁴.

2 Decimos "en general" porque existen excepcionalmente acciones personales con alcances reipersecutorios.

3 Conf. arts. 577, 3265, 2601, 2602 y 2603 CC.

4 Expresa el codificador en la nota al art. 577 CC.: "FREITAS sosteniendo el principio de la tradición para la adquisición de la propiedad, dice: "Por la naturaleza de las cosas, por una simple operación lógica, por un sentimiento espontáneo de justicia, por el interés de

Derecho Registral

Es sabido que el codificador consideraba que la transmisión de la propiedad sólo por el contrato resultaba insuficiente, que atendía a la propiedad en su faz individual, sin tener en cuenta su elemento social. La manifestación exterior del derecho de propiedad dada por la tradición y el ejercicio de la posesión, aseguraba a su titular la obligación universal de respeto y garantizaba el público conocimiento del derecho real⁵. En definitiva, la publicidad de esta especie de derechos en el Código de VÉLEZ, estaba dada (como en el Derecho Romano) por la tradición.

Pese al actual requisito de la registración (que analizaremos en los apartados siguientes) el título y modo suficientes continúan siendo los elementos constitutivos de los derechos reales que se ejercen por la posesión en nuestro derecho vigente.

Aplicados al caso concreto, estos conceptos básicos permiten asegurar que la recurrente es titular del derecho real de dominio del inmueble embargado. Es posible tal afirmación en virtud de que el bien fue adquirido por compra instrumentada en escritura pública⁶, y en el momento de la traba de la cautelar, se encontraba en posesión del inmueble con *animus domini* por tradición efectuada por el titular anterior del derecho, todo lo que ha sido probado y no controvertido. Si la validez de la adquisición del derecho de dominio de la actora es indiscutible, será necesario entrar al análisis de su eficacia frente a terceros. Como lo establece el voto de la mayoría⁷, sólo puede hablarse de oponibilidad a terceros respecto de un acto jurídico válido, es decir, de un derecho adquirido.

4. FALTA DE REGISTRACIÓN. INOPONIBILIDAD

Sabemos que VÉLEZ SARFIELD prescindió de la registración para la constitución de los derechos reales inmobiliarios. Al tiempo de la sanción del Código, la hipoteca era la única mutación real cuyo título debía inscribirse en los denominados "oficios hipotecarios".

Con la creciente complejidad de las relaciones jurídicas y sociales, la eficacia de la tradición y la denominada "publicidad posesoria" comenzaron a

la seguridad de las relaciones privadas a que se liga la prosperidad general, se comprende desde el primer momento que el derecho real debe manifestarse por otros caracteres, por otros signos que no sean los del derecho personal, y que esos signos deben ser tan visibles y tan públicos cuanto sea posible. NO se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce".

5 Conf. nota al art. 577 CC.

6 De acuerdo a lo establecido en el art. 1184 inc. 1 CC.

7 Ver punto II, segundo párrafo.

resultar, al menos, débiles a efectos de poner en conocimiento de los terceros la existencia de los derechos reales sobre inmuebles. A ello, se sumó la concomitante creación de los Registros Inmobiliarios provinciales⁸, que convivían con los "Oficios de Hipotecas" e inscribían los títulos portantes de los demás derechos reales. Así nació la necesidad de regular estas instituciones, que funcionaban de conformidad con las legislaciones locales, y agregaban un requisito más a lo exigido por la ley de fondo, lo que las volvía inconstitucionales al decir de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia de ese momento⁹.

La registración de los títulos portantes de mutaciones jurídicas reales de inmuebles como requisito para su oponibilidad a terceros es introducida en el año 1968 por la ley 17.711 que reforma el art. 2505 CC, y establece que: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

Si bien la redacción del citado artículo suscitó variadas controversias sobre el alcance de la inscripción, salvo contadas excepciones¹⁰, el efecto declarativo de la registración inmobiliaria en la República Argentina es indiscutido. Ello implica que los derechos reales sobre inmuebles nazcan fuera del registro, su existencia dependa, como ya se ha dicho, del título y modo suficientes.

La denominada Ley Nacional Registral Inmobiliaria (Decreto Ley 17.801/68), que entró en vigencia juntamente con la reforma antes comentada (1 de julio de 1968), establece el carácter declarativo en los arts. 2º, 20 y 22. La primera norma cita los arts. 2505 y 3135 CC y dispone que los registros inscribirán los "documentos"¹¹ portantes de constituciones, transmisiones, declaraciones, modificaciones y extinciones de derechos reales inmobiliarios¹², "para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones" legales. El art. 22 refiere

8 El primer registro inmobiliario de la República Argentina fue el de la provincia de Buenos Aires, denominado "Registro de Propiedades, Embargos e Inhibiciones" creado en 1879, a tan sólo ocho años de la entrada en vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield (01/01/1871). En 1880 nació el Registro de la Capital Federal y a ellos siguieron el resto de las provincias.

9 Para una mejor comprensión de la evolución de estas instituciones, ver: URBANEJA, Marcelo Eduardo, "La Registración Inmobiliaria Argentina. Reflexiones contemporáneas en torno a sus aspectos medulares". Estudios de Derecho Civil con motivo del Bicentenario, El Derecho, págs. 553 a 564.

10 VILLARO, Felipe Pedro, por ejemplo, sostiene el carácter constitutivo de la registración inmobiliaria en nuestro país.

11 La doctrina mayoritaria entiende que en el sistema registral argentino se inscriben "títulos" entendidos como actos o negocios jurídicos que operan la mutación real; y no documentos como expresa textualmente la Ley.

12 Ley 17.801, art. 2, inciso a).

a la necesidad de acreditar la plenitud, limitación, restricción y libertad de disposición de los "derechos inscriptos"¹³ "con relación a terceros" únicamente a través de las constancias registrales. Por su parte, el art. 20 establece que la falta de inscripción no puede ser invocada por quienes hayan intervenido en el acto, es decir, por aquellos que *efectivamente* conozcan su existencia.

Del juego de las normas aludidas surge que el derecho real inmobiliario no requiere de la registración para existir, sino para ser opuesto a terceros, quienes, en principio, son aquellos que no hayan intervenido en el acto de constitución ("las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso"). Trataremos los alcances de tal afirmación al abordar el concepto de terceros.

Si estuviésemos frente a un sistema de carácter constitutivo, la existencia del derecho real dependería de la registración (independientemente de si ella fuera exigida como único requisito, o formara parte del modo: tradición + inscripción). Si el derecho adquirido es plenamente válido y eficaz entre las partes¹⁴, no puede negarse la preexistencia del mismo a la inscripción. De allí, la llamada función *rectificadora* del sistema registral, "porque como la modificación jurídico-real ya ha surgido antes, su inscripción pone en armonía al Registro con la realidad jurídica extrarregistral"¹⁵.

En el fallo comentado, el voto de la mayoría alude al carácter de la registración, expresando: "La inscripción registral inmobiliaria, es declarativa y no constitutiva de derechos ... la mutación jurídica real inmobiliaria opera independientemente del Registro". "El acto traslativo de dominio inmobiliario no inscripto es válido, y sobre todo, debe quedar en claro que no se viola ley alguna por falta de registración del derecho real referido. Sólo se pierde la oportunidad de oponerlo -hacerlo eficaz- frente a terceros *Pero ello no implica que no se pueda acreditar en juicio que el derecho real efectivamente existe, y fue adquirido con anterioridad al derecho personal que pretende resguardar el tercero con la medida cautelar*"¹⁶.

Siguiendo tal lineamiento, podríamos concluir que, si el derecho real de dominio de la actora nació válidamente fuera del registro y con anterioridad a la anotación del embargo (lo que fue probado y no controvertido), por su propia naturaleza y su oponibilidad *erga omnes*, debería ser preferido respecto del derecho personal de las demandadas.

13 Ídem nota 11, no se inscriben derechos, sino títulos.

14 Hablamos de partes del acto jurídico con virtualidad para dar nacimiento al derecho real, ya que en la órbita de los derechos reales no existen partes, sino titulares de los mismos.

15 ANDORNO, Luis O. y Marcolín de Andorno, Marta. *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada. Anotada*. Editorial Hammurabi, pág. 343.

16 Ver punto II, párrafos tercero, cuarto y sexto.

Ahora bien, si la falta de inscripción registral hace que la transmisión o adquisición de los derechos reales sobre inmuebles sea *inoponible a terceros*¹⁷ -y de acuerdo a lo mencionado *ut-supra* son los intervinientes en el acto que le da origen, quienes no pueden prevalerse de la falta de inscripción-, asistiría razón a las demandadas respecto a la inoponibilidad del título no registrado de la actora.

Ya hemos adelantado que coincidimos con el voto de la mayoría, pero consideramos que debió profundizar en los fundamentos por los cuales las demandas no se encuentran incluidas dentro de los "terceros" a los que la ley protege otorgándoles la mentada inoponibilidad de los títulos no inscriptos.

5. LOS "TERCEROS" DEL ARTÍCULO 2505

En una primera aproximación al concepto, podríamos afirmar que "tercero" es todo sujeto ajeno o distinto de aquellos que intervienen en un negocio o acto jurídico; o bien, en sentido negativo es aquél que no es *parte*.

La incorporación del término al ordenamiento legal tiene por finalidad proteger a estos sujetos, ya que procura que no puedan verse afectados por las vinculaciones que otros entablen entre sí. Como contrapartida, se les impone el deber de respetar dichas vinculaciones y los derechos que de ellas se deriven.

Esta noción genérica del concepto incluye a todos los integrantes de la comunidad que no hayan participado del negocio o acto; se trata del denominado *poenitus extranei* o simple tercero y es aplicable en todos los ámbitos del Derecho Civil. Sin embargo, el concepto debe acotarse para determinar a qué miembro de la sociedad se refiere cada norma al incluirlo, ya sea para protegerlo o imponerle el deber de respeto.

Para su aplicación al caso en análisis, la determinación de *terceros* que interesa es la de los mencionados en el art. 2505 CC y en el art. 2° de la ley 17.801, es decir, aquellas personas que pueden valerse de la inoponibilidad de un título portante de una mutación jurídico-real sobre inmueble que no se encuentra registrado.

Existen diversas concepciones sobre el alcance del término en las citadas normas. FELIPE PEDRO VILLARO, por ejemplo, sostiene que el título no registrado es inoponible a todos los integrantes de la comunidad. No resulta extraño que considere que cualquier sujeto que no haya intervenido en el acto pueda pre-

17 Conf. art. 2505 CC.

valerse de la falta de inscripción, ya que ello va de la mano con su conocida postura acerca del carácter constitutivo de la registración inmobiliaria argentina. En congruencia con ello, además del título y el modo, el derecho real sobre inmuebles requiere de la publicidad registral para existir, por lo tanto, sin ella no hay derecho real que pueda pretender oponerse.

Una segunda posición afirma que “esos simples terceros deben ser descartados”¹⁸, que aquellos a los que refiere la norma son los que tengan un “interés legítimo”, mencionando que son “terceros interesados: los sucesores particulares, los titulares de otros derechos reales, la masa del concurso o de la quiebra, los acreedores privilegiados, retentores, simples quirografarios”¹⁹.

Entre quienes sostienen que debe existir un interés legítimo, encontramos la exigencia o no de la buena fe en el tercero que pretende la inoponibilidad. JORGE HORACIO ALTERINI se pronuncia por la primera alternativa entendiendo la buena fe como el efectivo conocimiento o la posibilidad de haber conocido la realidad extrarregistral. En cualquier caso, la buena fe se presume. La corriente que sigue a LÓPEZ DE ZAVALÍA, en cambio, no exige la buena fe en el tercero, no tiene importancia si el tercero interesado conocía la existencia del derecho.

Por último, un tercer enfoque exige que además de ser tercero con interés legítimo, deba haber obtenido emplazamiento registral, es decir, que su derecho debe estar publicitado. Esta es la postura de MIGUEL IGNACIO ADROGUÉ.

Consideramos que la tesis del “tercero legitimado de buena fe”²⁰ es la que recepta nuestro sistema registral; en primer término ello se debe a que, respecto de los simples terceros, mientras no exista un “perjuicio”, tampoco habrá una necesidad legal de protegerlos y si el perjuicio existiera estaríamos frente a un tercero con interés legítimo. Además, aplicando los principios generales, el *poenitus extranei* debe respetar el derecho real que ha nacido extrarregistralmente, ya que el mismo es absoluto. Lo contrario implicaría que, por ejemplo, la ley prefiriera a un simple usurpador, sobre el titular del derecho real de dominio habido por tradición y escritura pública, únicamente porque el título no se encuentra registrado.

Respecto a la exigencia de buena fe, creemos que quien, obrando con diligencia conoció o debió conocer la existencia del derecho real, no puede pre-

18 ALTERINI, Jorge Horacio. “Gravitación de la Reforma al art. 2505 del Código Civil (con especial referencia a las proyecciones de la tradición y al concepto de terceros)”, *El Derecho. Jurisprudencia General*, Tomo 43, Buenos Aires, 1972, pág. 1191.

19 ALTERINI, Jorge Horacio. *Ob. cit.*, pág. 1192.

20 Seguimos la terminología de LLAMBIAS, quien opina que no es adecuado utilizar el término “interesado” ya que el mismo es propio de la teoría del pago; además opina que la calificación contraria (desinteresado) alude a un desprendimiento que en nada se asemeja a la falta de interés legítimo.

tender que el mismo no se le oponga. La registraci3n no es la 3nica forma de publicidad en nuestro sistema legal, coexisten con ella la publicidad posesoria y la cartular (que exceden el marco de este aporte) y que tienen la misma virtualidad que aquella. La posesi3n y las circunstancias que surjan de los t3tulos (en sentido formal) que fueron o pudieron ser conocidas por el tercero, deben ser consideradas al momento de evaluar el alcance de su derecho a prevalerse de la inoponibilidad por falta de registraci3n.

En cuanto a la exigencia de emplazamiento registral por parte del tercero, coincidimos en que, si ese aditamento formal fuera necesario, la ley no habr3a callado al respecto.

El fallo comentado no profundiza en el an3lisis del car3cter de "terceros" de las demandadas. En una primera apreciaci3n, tal car3cter resultar3a indiscutido, las acreedoras procedieron a trabar embargo sobre un bien de titularidad registral de su deudor, y ninguna de ellas puede ser considerada parte en el acto que dio origen al derecho real de la actora. Sin embargo, al solicitar la medida cautelar, acompa1an informes registrales de los que surge la inscripci3n provisoria de la transmisi3n aludida. Es esa anotaci3n, la que publicita la existencia de una mutaci3n real extrarregistral, que adem3s s3lo adolece (en principio) de alg3n defecto subsanable²¹.

A nuestro parecer, las embargantes no s3lo "debieron" conocer el derecho real de la tercerista (recurriendo, por ejemplo, a los t3tulos citados en la anotaci3n), sino que efectivamente conocieron su existencia. El efecto publicitario de la registraci3n provisoria no puede depender del plazo de vigencia formal, sobre todo cuando da a conocer una mutaci3n jur3dica real plenamente v3lida.

Aclaremos, por 3ltimo, que no es el inter3s leg3timo de las demandadas lo que se pone en duda, sino, como se ha dicho, su buena fe desde un punto de vista subjetivo. En concordancia con esta postura se pronunci3 ya en el a1o 1972 el I Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en nuestro pa3s: "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que *conoci3 o debi3 conocer* la inexactitud del registro".

6. TERCER3A DE DOMINIO O DE MEJOR DERECHO

Para concluir el presente an3lisis, haremos un breve comentario sobre las consideraciones de los magistrados desde el punto de vista procesal.

El voto de la minor3a descarta la procedencia de una tercer3a de dominio

21 Conf. art. 9° de la Ley 17.801.

en el caso comentado. Sin embargo, analiza la posibilidad de encuadrar la pretensión como una tercería de mejor derecho, pronunciándose por la negativa en virtud de considerar que la actora no planteó tal alternativa, lo que privó a las demandadas de su derecho de defensa. Ello permite inferir que, de haberse propuesto ambas opciones en la demanda, hubiera votado por admitir el reclamo.

En ese sentido, expresa el juez preopinante: "La jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de la Provincia, paulatinamente, fue aceptando la procedencia de las *tercerías de mejor derecho* promovidas por adquirentes de inmuebles que acrediten el cumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 1185 bis del CC (incorporado por la ley 17.711), otorgándoles con ello la posibilidad de oponer su "derecho a escriturar e inscribir el bien a su nombre" con prelación al derecho a la subasta que asistiría a embargantes "posteriores" a la venta (causas 69.198 del 10/5/2000, entre otras; ver voto del Dr. De Lázari en causa 101.111 del 6/6/2012 y ots.)²². Posteriormente, admite que "Sería más que lógico otorgar idéntico derecho a las aquí demandantes, puesto que no se trata de meras adquirentes con boleto, tradición y pago del 25% del precio, sino que al momento de trabarse el embargo por parte de las letradas ejecutantes, aquéllas *ya habían adquirido el dominio con el cumplimiento íntegro de los requisitos establecidos por la Ley* (tradición y escritura pública -arts. 577, 1184 inc. 1º y concls. del CC-)"²³.

Al tratar el tema, la mayoría establece que, "la vía incoada es la correcta, pues la tercerista reúne los requisitos legales como titular de dominio del inmueble, lo que la releva de esgrimir un 'mejor derecho' que las demandadas"²⁴. Además agrega: "...quien es legalmente titular de dominio debe defenderse como tal, sin ingresar en el esquema de discusión de derechos personales, 'mejores', 'anteriores' o 'prioritarios'"²⁵.

La discordancia entre los fundamentos transcriptos radica en la calificación del derecho de la actora; mientras que el magistrado preopinante considera que la misma detenta el derecho a "inscribir el bien a su nombre" de carácter personal; la mayoría, como ya se ha dicho, asegura que es titular de dominio del bien.

Expresa el art. 97 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires en su primer párrafo: "Fundamento y oportunidad. Las tercerías deberán fundarse en el *dominio de los bienes embargados* o en el *derecho que*

22 Punto V; 3), párrafo primero, voto en minoría.

23 Punto V; 3), párrafo cuarto, voto en minoría.

24 Punto II, párrafo primero, voto en mayoría.

25 Punto II.1, segundo párrafo, voto de la mayoría.

*el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante*²⁶. Encuadrar la pretensión en uno u otro supuesto depende de la determinación de la naturaleza jurídica del derecho que asista al tercerista.

Coincidimos con la sentencia comentada en qué vía escogida por la actora es la adecuada, en virtud de todas las consideraciones vertidas en el presente comentario, a los que nos remitimos.

7. CONCLUSIÓN

A modo de resumen y de conformidad con el análisis de los fundamentos expuestos en la sentencia, podemos concluir que:

1) La transmisión derivada de los derechos reales que se ejercen por la posesión requieren título y modo suficientes. Su existencia es independiente de la registración. Ello es consecuencia del carácter declarativo del sistema registral argentino.

2) La publicidad requerida por los arts. 2505 CC. y 2° de la ley 17.801 se relaciona con la eficacia de los actos registrados y no con su validez.

3) La inoponibilidad como causal de ineficacia de los derechos reales sobre inmuebles cuyos títulos no fueran inscriptos, debe ser interpretada en forma restrictiva. No pueden prevalerse de ella quienes no tengan interés legítimo y buena fe.

4) La buena fe de los terceros en el ámbito registral debe medirse subjetivamente. Quien pretenda oponer a un tercero un derecho real sobre inmueble cuyo título no se encuentra registrado, deberá probar que éste conoció efectivamente el acto que le dio origen, o que de haber obrado diligentemente, lo hubiera conocido.

5) El plazo de vigencia de las registraciones provisionales reguladas en el art. 9° de la Ley 17.801 no puede fundar el desconocimiento del derecho real al que hacen referencia. Quien tiene acceso a la constancia registral tiene o puede tener acceso al título y, en consecuencia, carece de buena fe.

Es importante resaltar una consideración del voto de la mayoría en la sentencia comentada, a la que adherimos a modo de corolario: "Aunque la Ley establezca la inoponibilidad como causal de ineficacia, ésta *denota una ficción -actuar como si no existiera algo que existe- ...*, que no excusa de obrar con la diligencia necesaria para corroborar que la inscripción dominial se mantiene en cabeza del deudor, cuando, como en este caso, la propia certificación emitida por el Registro indicaba que 'algo' pasaba con el inmueble".

26 El art. 97 del Código Procesal de la Nación tiene idéntica redacción.

Derecho Registral

FALLO

Tribunal: Sala Primera de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata. **Autos:** "Capria, Francisca c/Rodríguez, Alicia y otros s/tercería de dominio". **Fecha:** 14 de noviembre de 2013.

Registro Nº 304 Folio Nº 1187
Expte. Nº 127368

En la ciudad de Mar del Plata, a los 14 días de noviembre de 2013, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: 1º Rubén Daniel Gérez, 2º Roberto José Loustaunau y 3º Pedro Domingo Valle (art. 16 del Reglamento Interno de la Cámara), se reúnen los Señores Magistrados en Acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "Capria, Francisca c/Rodríguez, Alicia y otros s/tercería de dominio". Aceptadas que fueron las excusaciones formuladas a fs. 437 y 438 por los señores Jueces, Dres. Ramiro Rosales Cuello y Alfredo Eduardo Méndez, a mérito de las causales invocadas (arts. 17 inc. 7º, 30, 32 y ccdtes. del CPr.)

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

Cuestiones

1) *¿Es justa la sentencia obrante a fs. 257/61?*

2) *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión planteada el señor Juez Dr. Rubén Daniel Gérez dijo:

I. Antecedentes

A fs. 21/3 se presentó la Sra. Francisca Capria, con el patrocinio letrado del Dr. Norberto Andreatta, promoviendo tercería de dominio contra Alicia Rodríguez y Virginia Vázquez en su carácter de embargantes del inmueble de su propiedad.

Refiere que las demandadas trabaron embargo en los autos "Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia s/ Incidente de ejecución de honorarios" sobre el inmueble nomenclatura catastral: Circ. I, Secc. A, Manz. 27, Parc. 10-a, partida 420.211 matrícula 167.122, que fuera adquirido a las Sras. Martha Brezan y Andrea Fernanda Quadrini el 12 de marzo de 1994 según copia certificada de la escritura de dominio Nº 22 de la ciudad de La Plata, confeccionada por el notario Alfredo Mario Legnani.

Ofreció prueba y solicitó el oportuno levantamiento del embargo referido.

A fs. 24 se ordena sustanciar la acción bajo las normas del proceso sumario.

A fs. 29/32 contestan la demanda las Dras. Alicia Rodríguez y Virginia Araceli Vázquez, reconocen el embargo trabado sobre el inmueble matrícula nº 167.122 con el fin de garantizar el cobro de sus acreencias por honorarios, indicando que fue trabado sin que mediare objeción por parte del Registro de la Propiedad Inmueble,

ni se mencionara reserva de prioridad alguna, ni preexistencia de ventas o bloqueos registrales. Citan jurisprudencia y doctrina que determinan la inoponibilidad a terceros de la adquisición del dominio no registrada. Solicitan la declaración de puro derecho, subsidiariamente ofrecen prueba y el oportuno rechazo de la tercería promovida.

A fs. 42 el *a quo* ordena correr el traslado dispuesto a fs. 24 “a los accionados del principal” (sic).

A fs. 83 se declara la rebeldía de Martha Bressani de Quadrini y Juan Larripa y a fs. 91 la rebeldía de Gustavo Esteban Quadrini y Andrea Fernanda Quadrini.

A fs. 94 se abre la causa a prueba por el plazo de treinta (30) días, proveyéndose la oportunamente ofrecida a fs. 97, obrando a fs. 123/6 y a fs. 141/4 la prueba informativa dirigida al Registro de la Propiedad Inmueble de la provincia de Buenos Aires producida por ambas partes. A fs. 194/216 obra copia certificada del expediente que tramitara en el Juzgado Notarial N° 32.737. A fs. 228 obra contestación del oficio librado al escribano Legnani.

A fs. 246/7 se encuentra glosado el certificado de término probatorio y resultado de la producción de prueba.

A fs. 254 se llaman los autos para dictar sentencia.

II. La sentencia recurrida

A fs. 257/61 dictó sentencia definitiva el Sr. Juez de Primera Instancia rechazando la tercería de dominio incoada por la actora, imponiendo las costas a esta última en su calidad de vencida y difirió la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Para así hacerlo, y luego de conceptualizar la acción promovida, destacó que resultaba relevante la prueba del dominio para decidir la cuestión. Y que debía considerarse como prueba completa la hipótesis de contar con: a) escritura pública; b) debidamente inscripta y c) tradición de la cosa.

Siguió con la transcripción de los arts. 577, 1184 y 2505 del Código Civil. Indicó que con la documentación acompañada y las demás pruebas ofrecidas y debidamente producidas (señalando la prueba informativa y testimonial), tenía acreditado los recaudos de escritura pública y tradición de la cosa. Pero no ocurría lo mismo con la debida inscripción registral de la escritura pública a los fines de su oponibilidad a terceros.

Puso de manifiesto que la escritura fue extendida el 12 de marzo de 1994 y la traba del embargo se efectivizó el 13 de abril de 1999; advirtiéndose del informe de dominio glosado a fs. 123/6 que con fecha 6 de junio de 1994 se dejó constancia de una inscripción provisoria por parte del notario Legnani. Posteriormente, el 12 de septiembre de 1995 se deja constancia de una nueva inscripción provisional, que fuera dejada sin efecto con la nota de fecha 11 de abril del año 2000. Luego, aclaró, existen una serie de inscripciones provisionales que cronológicamente consignan las fechas: 14/03/2000, 05/09/2000, 20/02/2001, 03/09/2001 y 30/01/2002.

Derecho Registral

Resaltó que al momento de la inscripción del embargo (13/04/1999) no se encontraba vigente reserva, preexistencia de venta ni bloqueo registral alguno; no mediando objeción del registro al tiempo de anotar la medida cautelar.

Agregó que lo que "*hería de muerte*" a la pretensión se desprendía de la tramitación que llevara adelante la actora ante el Juzgado Notarial, donde reconoce que el escribano realizó extemporáneamente dos inscripciones provisionales sin lograr la inscripción definitiva.

Citando jurisprudencia en su apoyo, indicó que al faltar la inscripción no podía ejercitarse la tercería de dominio, pues el inmueble no habría salido del patrimonio del deudor, pudiendo los acreedores de éste proceder al embargo.

A modo de conclusión, expuso que no surgía demostrada la fecha en que el bien fue inscripto definitivamente a nombre de la tercera, por lo que mal puede prosperar el pedido de levantamiento de embargo.

III. Apelación de la actora

A fs. 266 interpone la parte actora recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido libremente a fs. 267, expresando sus agravios a fs. 443/4, y contestado por las demandadas Dras. Alicia Rodríguez y Virginia Vázquez a fs. 449/51.

El apoderado de la actora indica, si bien brevemente, que se ha probado que se inscribió el dominio en forma provisoria, hecho éste conocido por las demandadas. Así las cosas, el tercer recaudo exigido por el *a quo* se demostró y probó, si bien en forma imperfecta.

Destaca que no puede dejarse de lado por un sencillo formalismo, como entiende que es el perfeccionamiento de la inscripción de la escritura, un derecho como el de propiedad, el cual ha sido plenamente demostrado en estas actuaciones y resulta suficiente para que este Tribunal revoque la sentencia dictada haciendo lugar a la tercería de dominio.

IV. Contestación de las demandadas

A fs. 449/51 contestan las demandadas la expresión de agravios de la parte actora.

Alegan que la posición esgrimida por el recurrente carece de todo respaldo legal y doctrinario, cerrando la inscripción el ciclo de constitución del derecho real sobre la propiedad. Por ello aquél no tendrá la eficacia *erga omnes* si no se inscribe.

Resaltan que al tiempo de inscribirse el embargo no existía ninguna publicidad vigente, ni prevención o anotación provisoria; y así se ha acreditado debidamente con las constancias de autos.

Citan jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires que avala su postura y solicitan el rechazo del recurso con expresa imposición de costas.

V. Tratamiento de los agravios

1) Cuestión preliminar. Debida integración de la litis

Conforme lo manda el art. 101 del CPC, las tercerías se sustanciarán con quienes son partes en el proceso principal; consagrándose de tal forma una hipótesis de *litis consorcio pasivo necesario* de origen legal (arg. art. 89 del CPC).

Así las cosas, el principal de esta tercería lo constituyen los autos “Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia Araceli s/Incidente de Ejecución de honorarios” - Expte.Nº 64.716, que tengo a la vista, desde que a fs. 17 se trabara el embargo que pretende levantar la tercerista.

En tal ejecución, que tiene como base la regulación de honorarios efectuada a fs. 321 de los autos “Bressani de Quadri, Martha y otros c/ Larripa, Juan y otros s/Daños y Perjuicios” Expte. Nº 50.843, que también tengo a la vista, a fs. 8 las ejecutantes promovieron el incidente únicamente contra Martha Bressani de Quadri, Andrea Fernanda Quadri y Esteban Gustavo Quadri. Vale aclarar que todos ellos fueron debidamente citados en la presente causa.

Resulta fácil advertir entonces que el demandado en el proceso de daños **Juan Larripa**, no ha sido parte en el expediente principal de esta tercería, tornando innecesaria su citación para la correcta integración de la litis. De allí la irrelevancia de los trámites efectuados en ambas instancias con tal fin (art. 34, 36, 101 y cdtes. del CPC; ver fs. 42, 48, **76**, 83, 268 primer párrafo, 290, 318, 319, 335, 353, 368, 372, 387, 399, 406, 408, **411/2**, 413, 415, 417, 421, 428 y, finalmente, 436).

Formulada la aclaración precedente y encontrándose las actuaciones en estado de dictar sentencia, pasaré al análisis de la expresión de agravios de la parte actora (art. 260 del CPC).

2) La inscripción registral de la transmisión del dominio como condición para la procedencia de la tercería de dominio

Conforme lo enseña autorizada doctrina, la tercería de dominio es la pretensión de que se vale una persona distinta de la actora y demandada que intervienen en un determinado proceso, a fin de reclamar el levantamiento de un embargo decretado en él sobre un bien de su propiedad, en tanto la integridad del mismo se encuentre afectada como consecuencia de un embargo (Highton - Areán, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T.II, ed. Hammurabi, Bs. As., 2004, pág. 431; conf. Morello, Augusto Mario; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce, Roberto Omar. “Códigos...”, tº II-B, pág. 424).

Por su parte, con referencia a los dos tipos de tercería que se autorizan en nuestra Ley procesal (“de dominio” y “de mejor derecho”) nuestra Suprema Corte de Justicia ha señalado que: “...la tercería es la pretensión de la que se vale una persona distinta de las que como partes actora y demandada intervienen en un determinado proceso, a fin de reclamar -según el caso- el levantamiento de un embargo en él decretado sobre un bien de su propiedad, o el pago preferencial de un crédito con el producido de la venta del bien embargado” (conf. Ac. 88.566, sent. del 5-IV-2006; C.108.354, sent. del 10/10/2012).

Derecho Registral

En el caso de autos, la demandante ha promovido una “tercería de dominio”, pretensión que tiene por finalidad la demostración de que su derecho de propiedad es “oponible” al embargante, provocando el levantamiento de la medida cautelar erróneamente trabada.

Repárese que en ningún tramo de su escrito de demanda expone como pretensión alternativa o subsidiaria la “tercería de mejor derecho”, circunstancias que, como se explicará más adelante posee especial relevancia.

Retomando la descripción de la pretensión inicial, debo señalar que *la tercerista ha invocado el dominio del bien* inmueble como claramente se advierte en el pto. 2 de su escrito liminar, acompañando en su apoyo copia certificada de la escritura N° 22 de fecha 12/03/1994 (ver fs. 14/6).

Ha quedado fuera de la discusión en esta Instancia que la actora compró a Martha Bressani y a Andrea Fernanda Quadri un departamento ubicado en esta ciudad de Mar del Plata, matrícula N° 167.122/28, que efectivamente tomó posesión de lo adquirido (ver fs. 259 vta. 2do párrafo), y que el acto de transmisión se instrumentó por escritura pública (tal como lo prescribe el art. 1184 del Código Civil).

Ello descarta cualquier objeción al progreso de la demanda que pueda asentarse en la insuficiencia de los títulos, en la inexistencia de posesión o en que alguno de los recaudos necesarios para la transmisión del dominio (título y modo) se haya cumplido con posterioridad al embargo.

Insisto, no hay duda de que, al momento de anotarse el embargo, la Sra. Capria ya era dueña del inmueble.

Ahora bien, lo que el recurrente cuestiona es la definición del *a-quo* afincada en que la inscripción registral resulta obligatoria para que la transmisión de dominio sobre un inmueble sea *oponible a terceros*, sostiene -por el contrario- que estando cumplidos los recaudos anteriormente referidos (título y modo) su tercería debe ser acogida.

Repárese que éste es el único agravio que vertebra la posición sustentada en el recurso bajo estudio, pero, a mi modo de ver, si progresara sería suficiente para acoger la tercería.

Luego de un detenido análisis de la cuestión, adelanto que propondré el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia dictada en la Instancia anterior.

Nuestro sistema legal requiere para producir una mutación jurídico real en materia inmobiliaria, un título suficiente (escritura pública) y un modo suficiente (tradición). A ellos se agrega la inscripción del título en el Registro pero sólo para lograr su oponibilidad a terceros (arts. 577, 1184 inc. 1, 2505, 2524, 2601, 2602, 2603 y concs. del Código Civil; Ac. 92990 S 24-5-2006; C 98552 S 16-3-2011).

De lo expuesto se desprende diversidad de recaudos para lo que implica la constitución del derecho real entre las propias partes contratantes (para lo cual basta el título y modo -arts. 577, 1184 inc. 1 del CC-) , de lo que se exige para que ese derecho real -ya constituido y plenamente oponible entre los contratantes- opere frente a terceros embargantes (art. 2505 *in fine* del CC). Dicho de otro modo, *el*

derecho real de dominio no es "oponible" a terceros hasta el momento en que se cumpla la inscripción registral.

Respecto a esto último, recientemente, la SCBA ha señalado que: "En el sistema adoptado por el ordenamiento fondal, el asiento registral reviste un carácter declarativo. El derecho real preexiste al registro, en tanto que al no ser éste constitutivo, la funcionalidad de la inscripción radica en la publicidad y oponibilidad respecto de terceros (conc. arts. 2 y 20 ley 17.801)". (SCBA, L 112221 S 15-5-2013).

Ahora bien, cabe aclarar asimismo que nuestro sistema legal también pone a resguardo de la agresión que el inmueble podría llegar a sufrir (embargo) por parte de los acreedores de quien aún figura como "titular" registral del bien, a los adquirentes que se encuentren tramitando la aludida inscripción registral, previendo, al margen del bloqueo registral contemplado en el art. 25 de la ley 17.801, la posibilidad de "inscripciones provisorias" que poseen una validez temporal de 180 días (art. 9° de la ley 17.801).

Precisamente, en el caso bajo examen, la parte actora pretende ampararse en la inscripción provisoria obtenida con antelación a la medida cautelar trabada, y en el conocimiento que las embargantes tendrían de la existencia de ese trámite.

Se descarta de plano este último argumento (conocimiento de la "inscripción provisoria" por parte de las embargantes) desde que su oponibilidad a ellas no puede asentarse en que luego de trabada la medida hayan podido constatar que en la "historia" que surge del folio real, existiera la mentada inscripción provisoria, sino *únicamente* en la vigencia de ésta al momento en que se trabó el embargo.

Despejado ya cuál es el único argumento válido para enervar la preferencia del embargo, ingresaré en el análisis de la prueba producida.

En tal sentido advierto que la tercerista obtuvo la *inscripción provisoria* de la escritura que instrumentara la compraventa antes referida (ver informe de dominio de fs. 123/6 y fs. 141/4).

Este asiento provisorio se practica para proteger la titulación cuando el documento portador de derechos es devuelto para que sean subsanados los defectos.

Lo importante de este tipo de inscripciones es su *límite temporal*, que el art. 9 de la ley 17.801 ha fijado en *cientos ochenta (180)* días contados desde la fecha de presentación del documento, prorrogable por períodos determinados, a petición fundada del requirente. De tal forma, si se interrumpe el tracto entre la inscripción o anotación provisoria y su eventual prórroga, desaparecerá la retroprioridad y no habrá más tutela registral que la proveniente de una nueva presentación (García Coni - Frontini. *Derecho Registral Aplicado*, ed. Lexis Nexis, 3ra. ed., Bs. As., 2006, pág. 102).

Así las cosas, el documento registrado mediante asiento provisional guardará su prioridad y garantizará la inmutabilidad de la situación registral *durante el plazo de vigencia* (Ventura, Gabriel. *Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble*, ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, pág. 165).

Frente a lo expuesto, la inscripción provisional de la escritura N° 22, ingresada el 01/06/1994, caducó de pleno derecho al transcurrir el plazo de su vigencia,

Derecho Registral

perdiendo el natural efecto del bloqueo registral y la reserva de prioridad ganada, exponiéndose la actora a sufrir una variación en la situación registral del bien (art. 9° último párrafo de la ley 17.801).

Tal pérdida de prioridad habilitó a las demandadas a trabar legalmente el embargo sobre un bien que se mantenía inscripto a nombre de sus deudoras y, con ello, a que aquél quede sujeto al resultado de la ejecución de honorarios en marcha (arts. 498 inc. 3; 500 y cdtes. del CPC).

Sobre el particular, y como bien lo indican las demandadas, nuestro Superior Tribunal ha expresado que: “La tercería de dominio de inmuebles se funda en un derecho de propiedad, incompatible y excluyente del derecho que pretende ejercer el acreedor embargante, de modo que tal dominio debe acreditarse fehacientemente por el tercerista, y como nuestro Derecho Positivo exige el cumplimiento de los requisitos de escritura pública, tradición e inscripción del respectivo título en el registro inmobiliario de la jurisdicción que corresponda, si falta cualquiera de estos el tercerista no puede ser considerado *domine*, pues la cosa para terceros no ha salido del patrimonio del deudor y puede ser ejecutada por los acreedores”. (SCBA, Ac 88566 S 5-4-2006; el destacado me pertenece).

Lo reflejado en la doctrina de nuestra Suprema Corte descarta que la inscripción de la escritura sea un “sencillo formalismo” (sic) como indica la recurrente. Muy por el contrario, resalta y sustenta la principal función registral: brindar seguridad jurídica.

Por todo lo expuesto, y a modo de conclusión, si el tercerista tuvo acceso a la publicidad registral, como ha quedado acreditado en autos, deberá asumir las consecuencias producidas en virtud de la falta de conclusión del trámite de inscripción del documento en cuestión, esto es la imposibilidad de desplazar el derecho de las embargantes a solicitar la subasta del bien.

3) Imposibilidad de encuadrar la pretensión como tercería de mejor derecho

No escapa a la apreciación del suscripto que la jurisprudencia de nuestro Superior Tribunal de la Provincia, paulatinamente, fue aceptando la procedencia de las *tercerías de mejor derecho* promovidas por adquirentes de inmuebles que acrediten el cumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 1185 bis del Código Civil (incorporado por la ley 17.711), otorgándoles con ello la posibilidad de oponer su “derecho a escriturar e inscribir el bien a su nombre” con prelación al derecho a la subasta que asistiría a embargantes “posteriores” a la venta (causas 69.198 del 10/5/2000, entre otras; ver voto del Dr. De Lázari en causa 101.111 del 6/6/2012 y ots.).

Aunque no se lo diga así, en rigor, la jurisprudencia está receptando la tercería de mejor derecho *con los efectos propios de la tercería de dominio*, desde que el acogimiento de la demanda implica la imposibilidad de llevar a cabo el remate del bien por parte del embargante, reconociendo un derecho previo y superior en cabeza del tercerista.

Tal enfoque posee una extendida aplicación en la jurisprudencia, incluso, en la de esta propia Alzada, criterio que comparto (esta Cámara, Sala I: causas 68275

RSI 137/88 del 24/3/1988; 88.045 RSD 379-93 del 14/10/1993; Sala II causa 74079 RSD 241-90 del 11/9/1990, entre otras).

Partiendo de ese criterio jurisprudencial, sería más que lógico otorgar idéntico derecho a las aquí demandantes, puesto que no se trata de meras adquirentes con boleto, tradición y pago del 25% del precio, sino que al momento de trabarse el embargo por parte de las letradas ejecutantes, aquéllas *ya habían adquirido el dominio con el cumplimiento íntegro de los requisitos establecidos por la Ley* (tradición y escritura pública -arts. 577, 1184 inc. 1º y concds. del Código Civil-).

Ante ello corresponde plantear este interrogante: ¿apoyándonos en el *iura novit curia* podrían recalificarse los términos de la pretensión inicial interpretando que las demandantes dedujeron una tercería de “mejor derecho”?

En un reciente precedente, el Superior Tribunal, a través del voto del Dr. Soria (a quien adhirieron los restantes votantes) expresó: “...el principio *iura novit curia* faculta al Magistrado para calificar los hechos de la causa de acuerdo a las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes y del derecho invocado. Los Jueces deben resolver los conflictos sobre la base de las normas legales vigentes, sin obligada sujeción a las que hubieran invocado las partes en sus escritos postulatorios, ya que la determinación del régimen normativo pertinente para su solución es atribución inherente al Órgano Judicial (conf. C. 91.741, sent. de 5-XII-2007; A. 68.826, sent. del 5-XI-2008). En similar sentido se ha pronunciado la Corte Federal puntualizando que por aplicación del citado principio, el Juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el Derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos que enuncien las partes (Fallos: 310:1536, 2733, entre muchos otros). En este contexto, toda vez que desde un inicio la actora planteó tanto los extremos fácticos que hacían a su reclamo como las cuestiones jurídicas que suscitaba el encuadre de su pretensión como tercería de mejor derecho -que, insisto, estimó también viable y así lo dejó plasmado- o de dominio, de todo lo cual la entidad crediticia tuvo oportunidad de defenderse (v. doct. C. 85.692, sent. de 9-VI-2010), no se advierte impedimento para que se encuadre y examine la pretensión planteada como tercería de mejor derecho...” (causa 108.354 “Cisneros Elisabet s/ tercería de dominio en autos: Banco Francés c/Furno José y ots. s/cobro ejecutivo”, del 10/10/2012 - votantes: Dres. Soria-Negri- De Lázzari- Hitters).

Como podrá observarse, de la lectura del fallo precedente se colige que la SCBA tuvo en cuenta que la demandante había planteado pretensiones “alternativas” (tercería de mejor derecho o de dominio) y, además, otorgó especial relevancia a que la parte demandada tuvo oportunidad de defenderse de ellas. Solo luego de tales apreciaciones consideró que aquí no se incurría en violación a las reglas del debido proceso.

A *contrario sensu* interpreto que la solución habría sido distinta si la actora no hubiera planteado su pretensión como una alternativa entre “dominio” y “mejor derecho”, puesto que al excluir alguna de ellas hubiera privado a la demandada del

Derecho Registral

derecho a plantear las defensas pertinentes (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en el art. 15 de la Constitución de la Provincia, y en el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica).

Precisamente, en el caso de marras, reitero una vez más, la actora *solo planteó la tercería de dominio como argumento para obtener el levantamiento del embargo*, sin tener en cuenta que frente a ello la demandada está legalmente facultada para plantear su “inoponibilidad” ante la falta de inscripción. Nada dijo al demandar respecto a que su petición también comprendía la alegación de un “mejor derecho” frente a las embargantes.

Con ese contexto fáctico y trabada la litis en esos términos entiendo que aquí no es posible efectuar un reencuadre de la tercería para calificarla como de “mejor derecho” (pese a que reconozco que si se transgrediera el límite aludido podría acogerse la demanda como tercería de mejor derecho), en tanto ello importa violación al principio de congruencia (argto. jurisprud. SCBA causa 94.063 del 11/11/2009 “Parigini c/ Allaió”; causa 74.477 del 19/12/2001, “Kisler s/ tercería”, entre otros).

Por todo lo expuesto, *voto por la afirmativa*.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez Dr. Roberto José Loustaunau dijo:

I: Me permito disentir con el distinguido colega cuyo voto abre el acuerdo, por cuanto estimo que la tercerista escogió la vía procesal adecuada para defender el derecho real de dominio del que es titular.

I.1: Los requisitos que el Derecho Argentino, inspirado en el Derecho Romano y en las ideas de Freitas, exige para la transmisión de los derechos reales que se ejercen por la posesión, son el título y modo suficientes, consagrados en los arts. 577, 3265, 2601, 2602 y 2603 del CC.

La escritura n° 22 otorgada el 12 de marzo de 1994 en la ciudad de La Plata, por ante el notario Alfredo Mario Legnani, *cuya autenticidad y validez no ha sido cuestionada* (arts. 993, 994, 995, 1004, 1005 y ccdtes. del CC), *constituye el título suficiente* emanado del propietario para enajenar, a favor de una persona capaz para adquirir, que tiene por finalidad transmitir el dominio y está revestido de las formas que exige la Ley, según la naturaleza de la cosa sobre la cual recae el derecho, en este caso la escritura pública (art. 1184 inc. 1 del CC).

Marina Mariani de Vidal lo define como “el acto jurídico revestido de todas las condiciones de fondo y forma exigidas por la Ley y que sea apto o idóneo para servir de fundamento o base a la transmisión del dominio” (“Curso de derechos reales”, Ed. Zavallia, Bs. As. 1993, Tomo I, pág. 315), reconociendo una doble acepción, como título material o causal - el acto jurídico que da nacimiento al derecho real-, y como título formal o instrumental, porque está revestido de las formalidades legales que hacen a su validez.

En la misma escritura se dejó constancia de que la adquirente tenía la posesión material el bien “por la tradición que con antelación a este otorgamiento le hicieran los vendedores” (fs. 15), con lo que se configuró el *modo suficiente*, que consiste en la entrega y recepción material y voluntaria de la cosa (art. 2377 del CC).

La vinculación de la tradición con el título suficiente es esencial, porque siempre se funda en un título que le confiere sentido jurídico, cuya finalidad es transmitir el dominio o constituir otro derecho real. Es el modo de cumplimiento del título.

I.2: En la sentencia de Primera Instancia se afirma que “pueden darse por descontados y acreditados” los recaudos de la escritura pública y la tradición (fs. 259 vta. segundo párrafo), y otro tanto ocurre en el voto que me antecede, en el que se expresa que *“ha quedado fuera de discusión en esta Instancia que la actora compró a Martha Bressani y a Andrea Fernanda Quadrini un departamento ubicado en esta ciudad de Mar del Plata, matrícula N°167.122/28, que efectivamente tomó posesión de lo adquirido (ver fs. 259 vta. 2do. párrafo) y que el acto de transmisión se instrumentó por escritura pública (tal como lo prescribe el art. 1184 del C. Civil). Ello descarta cualquier objeción al progreso de la demanda que pueda asentarse en la insuficiencia de los títulos, en la inexistencia de posesión o en que alguno de los recaudos necesarios para la transmisión del dominio (título y modo) se haya cumplido con posterioridad al embargo. Insisto, no hay duda de que, al momento de anotarse el embargo, la Sra. Capria ya era dueña del inmueble”* (punto IV apartado 2), párrafos sexto, séptimo y octavo -los resaltados me pertenecen-.

Sin embargo, en ambos casos se rechaza la tercería; en Primera Instancia por considerar que la actora debió demostrar que adquirió el dominio y lo perfeccionó frente a terceros antes de la traba de la medida cautelar y no lo hizo (fs. 261 segundo párrafo); y en el voto preopinante, porque la demandante promovió una “tercería de dominio”, “pretensión que tiene por finalidad la demostración de que su derecho de propiedad es “oponible” al embargante, provocando el levantamiento de la medida cautelar erróneamente trabada” (punto IV apartado, tercer párrafo), sin exponer como pretensión alternativa o subsidiaria la tercería de mejor derecho, omisión que consideró relevante, pues, a su parecer, la jurisprudencia “está recepcionando la tercería de mejor derecho con los efectos propios de la tercería de dominio”, por lo que, con base en ello, sería “más lógico otorgar idéntico derecho a las aquí demandantes”, puesto que no se trata de “meras adquirentes con boleto, tradición y pago del 25 % del precio”, sino que “al momento de trabarse el embargo por parte de las letradas ejecutantes, aquéllas ya habían adquirido el dominio con el cumplimiento íntegro de los requisitos establecidos por la Ley” (punto IV apartado 3, párrafos segundo y cuarto).

No obstante, concluyó que los términos de la pretensión inicial no pueden recalificarse como una tercería de mejor derecho con apoyo en el *iura novit curia*, porque al no haberlas planteado de manera alternativa, ello implicaría privar a la demandada del derecho a plantear las defensas pertinentes. Presentada como una tercería de dominio para obtener el levantamiento del embargo -sin decir nada sobre su mejor derecho frente a las embargantes- la demandada estaba legalmente facultada para invocar la inoponibilidad por falta de inscripción, por lo que reencuadrar los términos en que quedó trabada la litis, violaría el principio de congruencia.

Derecho Registral

II: A mi modo de ver, la vía incoada es la correcta, pues la tercerista reúne los requisitos legales como titular de dominio del inmueble, lo que la releva de esgrimir un “mejor derecho” que las demandadas.

La validez de la adquisición del dominio y su oponibilidad a terceros, son dos esferas distintas de la eficacia del acto. No puede hablarse de oponibilidad o inoponibilidad sino respecto a un acto jurídico válido entre partes (Rivera Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. “Parte general”*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2010, Tomo II, pág. 685; Lloveras de Resk, María Emilia. “Teoría del acto jurídico inoponible”, en JA-1982-III-670; Leiva Fernández, Luis F. P. “El acto inoponible”, en *Derecho Civil. “Parte general. Temas”*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1987, Tomo II, pág. 252).

El acto traslativo de dominio inmobiliario no inscripto es válido, y sobre todo, debe quedar en claro que no se viola ley alguna por falta de registración del derecho real referido. Sólo se pierde la oportunidad de oponerlo -hacerlo eficaz- frente a terceros (Leiva Fernández. Ob. cit., pág. 254).

Pero ello no implica que no se pueda acreditar en juicio que el derecho real efectivamente existe, y fue adquirido con anterioridad al derecho personal que pretende resguardar el tercero con la medida cautelar.

Es lo que ha ocurrido en autos, y el Magistrado preopinante lo reconoce expresamente, cuando insiste en que no hay duda de que al momento de anotarse el embargo la Sra. Capria ya era dueña del inmueble.

La inscripción registral inmobiliaria, es declarativa y no constitutiva de derechos (arts. 2, 3 y 20 de la ley 17.801), se inscriben títulos y no derechos, por lo que, sin duda alguna, el derecho real es preexistente a su inscripción (CSJN, “Panamericana Agropecuaria CCyP Soc. de hecho y otros”, sent. del 15-7-1997, en JA-1997-IV-352, Fallos: 320: 1485; SCBA, causa 112.221, “Senosiain María Teresa s. Tercería de dominio”, en autos “Solís Dora Florencia c. Senosiain Arnaldo Esteban s. Despido”, sent. del 13-5-2013; causa C. 104.759, “Shimabukuro Ana María s. Incidente de verificación de créditos en autos”, “Cametho Rubén Alberto s. Concurso preventivo -hoy quiebra-”, sent. del 14-9-2011. Mariani de Vidal, Marina, Ob. cit., Tomo 3, pág. 440; Papaño, Ricardo; Kiper, Claudio; Dillon, Gregorio; Causse, Jorge. *Derechos reales*, Ed. Depalma, Bs. As. 1993, Tomo III, pág. 216 y sgtes.; Areán, Beatriz. *Curso de Derechos Reales. Privilegios y derecho de retención*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1985, pág. 423; Puerta de Chacón, Alicia, en “Código Civil y leyes complementarias”, Eduardo Zannoni (Director), Aída Kemelmajer de Carlucci (Coordinadora), Ed. Astrea, Bs. As. 2005, Tomo 10, pág. 649; CNCiv., en pleno, sent. del 24-12-1979, en LL-1980-A-327, ED 86-430, entre otros), ya que la mutación jurídica real inmobiliaria opera independientemente del Registro.

López de Zavalía señala que entre nosotros se litiga con títulos -en la doble acepción ya indicada, como título material o causal del art. 2602 del CC y título formal del art. 1184 inc. 1 del CC-, y no con certificados; quien demanda por reivindicación para probar su derecho de dominio debe presentar el título, no es suficiente el certificado (López de Zavalía, Fernando. *Curso introductorio al De-*

recho Registral, Ed. Zavallía; Bs. As. 1983, pág. 365; en igual sentido Villaró Felipe, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, Ed. Fundación Editora Notarial, La Plata, 1980, pág. 37).

De la misma manera, el art. 23 de la ley 17.801 impide a los escribanos o funcionarios públicos autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, "sin tener a la vista el título inscripto en el Registro así como la certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas".

II.1: Por ello, no comparto la premisa central del voto que me antecede, en el sentido de que la actora debió promover una tercería de mejor derecho en forma alternativa o subsidiaria.

A mi modo de ver, quien es legalmente titular de dominio debe defenderse como tal, sin ingresar en el esquema de discusión de derechos personales, "mejores", "anteriores" o "prioritarios".

No estoy proponiendo con ello la recalificación de los términos de la litis, pero si así fuera, tampoco comparto la aseveración de que con tal proceder se violaría el principio de congruencia.

De conformidad a lo normado por el art. 163 inc. 6 primer párrafo del CPCC, es facultad de los Jueces encauzar las peticiones de las partes, aplicando el Derecho según corresponda, con el único límite de que no se altere la relación procesal ni la naturaleza de la acción interpuesta (SCBA, *causa 112.221* mencionada, con cita de las causas L.97.275 "Herrera", sent. del 10-6-2009; L.68.182, "Freijedo", sent. del 26-10-1999; L.46.455, "Hoste", sent. del 30-7-1991; L.42.712, "Casal", sent. del 22-8-1989 entre otras; en igual sentido, causa C108.354, "Cisneros Elisabet s. Tercería de dominio", en autos "Banco Francés S.A. c. Furno José y ots. s. Cobro ejecutivo", sent. del 10-10-2012, en la que se había promovido una tercería de dominio con un boleto de compraventa).

Coincido al respecto con los párrafos del voto del Dr. Soria en esta última causa n° 108.354, que mi colega preopinante transcribe, en lo relativo a resolver sobre la base de las normas legales vigentes calificando los hechos de acuerdo a las normas jurídicas que los rigen, sin "obligada sujeción" a las alegaciones de las partes y el derecho por ellas invocado, pero no con la conclusión que de él extrae.

El presupuesto fáctico es totalmente distinto; en ese expediente, como indiqué, se había promovido una *tercería de dominio con un boleto de compraventa*, por eso en el fallo se le indicó a la recurrente que la vía procesal idónea en tal caso es la tercería de mejor derecho, según doctrina legal de la Suprema Corte provincial. Como uno de los argumentos de la entidad financiera -renacido por aplicación del principio de apelación adhesiva- había sido la inidoneidad de la vía, la Corte lo rechazó indicando que se había planteado indistintamente -no alternativa o subsidiariamente- tercería de mejor derecho o de dominio, por lo que no había impedimento para examinarla como tercería de mejor derecho.

Derecho Registral

La diferencia con el caso en estudio es a mi criterio, evidente. El adquirente por boleto no es titular de dominio, la Sra. Capria sí lo es -nadie lo ha discutido- y en tal carácter, no tenía por qué plantear una tercería de mejor derecho.

II.2: No puede desconocerse tampoco que ambas clases de tercería persiguen dejar sin efecto -respecto al tercerista- el embargo trabado, porque no en otra cosa consiste el "pago preferencial de un crédito" cuando se discuten derechos personales "mejores" o "prioritarios".

Ese pago debe ser entendido en el sentido del art. 725 del CC, es decir, como cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación, se trate de una obligación de dar o de hacer (SCBA, "Penas R. en Auzmendiá R. c. Urban R.", sent. del 24-6-1986; en igual sentido, Andorno Luis O., "Conflicto de intereses sobre el inmueble vendido por boleto. ¿Quién tiene mejor derecho: el comprador por boleto, el primer embargante? Tercerías de dominio y de mejor derecho", en DPyC, Ed. Rubinzal Culzoni, 2000-3 "Boleto de Compraventa, pág. 247 y sgtes.; Beloti Mirta, "¿Son oponibles a acreedor embargante los derechos derivados del boleto de compraventa?", en J.A. del 20-6-2001; Suprema Corte de Mendoza, en plenario dictado en los autos "Coviram", en J.A.-1997-I-83; esta Cámara, Sala II, expediente n° 147.251, "Bianco Gabriel Aime y otro c. Consorcio Edificio Alnes III y ot. s. Tercería de mejor derecho", sent. del 20-4-2001, R162 R F°271; expediente n° 146.826, "Cignola Sergio L. y otra c. Scarímbolo Martín s. Tercería de mejor derecho (art. 250 del CPC)", sent. del 10-6-2011, R284R F°472/4).

Por lo tanto, el mejor derecho, si se hace lugar a la tercería, consiste en el levantamiento del embargo trabado sobre el bien, como medida abarcada por el concepto de pago (Martínez Hernán, "Procesos con sujetos múltiples", Ed. La Rocca, Bs. As. 1994, Tomo 2, pág. 279-280).

La discusión, en la práctica, se torna bizantina, y la diferencia a la que tanta relevancia se le asigna en el voto precedente (punto IV, apartado 2) tercer párrafo y apartado 3) párrafos primero y noveno), se relativiza, como expresamente se reconoce (párrafo segundo del apartado 3). No ocurre lo mismo desde el punto de vista jurídico, porque no resulta adecuado con la legislación vigente exigirle al titular del derecho real de dominio que lo presente y defienda como si fuera el titular de un derecho personal.

Las demandadas, por su parte, pudieron ejercer adecuadamente su derecho de defensa, ya que el tenor de sus contestaciones, sea frente al pedido de levantamiento de embargo sin tercería formulado a fs. 52-54 del incidente de ejecución de honorarios (n° 64.716, "Rodríguez Alicia y Vázquez Virginia s. Inocente de ejecución de honorarios" en autos "Bressani de Quadrini y Otros c. Larripa Juan s. Daños y perjuicios", que tengo a la vista), o en esta tercería, a fs. 29-32, no fue negar el derecho de la actora (véase negativas de fs. 52 vta. y 29 vta. respectivamente), sino plantear su inoponibilidad con fundamento en los arts. 2505 del CC y 2 y 20 de la ley 17.801.

No hubo cuestionamiento alguno respecto a la vía escogida para demandar o a la existencia o no de dominio en cabeza de la tercerista.

III: Resta establecer si se ha acreditado en forma suficiente la existencia del derecho real de dominio invocado con anterioridad a la traba del embargo, más allá de la falta de inscripción registral.

Un registro declarativo como el organizado por la Ley Argentina admite que puedan existir derechos reales no inscriptos fuera de su órbita, máxime cuando la inscripción es no convalidante (art. 4º de la ley 17.801), y *la Ley no consagra el principio de fe pública registral a favor de los terceros registrales*.

En cuanto a la necesidad de publicidad (notas a los arts. 577 y 3198 del CC), el Código adoptó para los derechos reales en general, un sistema de publicidad material basado en la posesión, y como excepción, para la hipoteca, la publicidad formal del registro. Esta solución se plasmó expresamente en los artículos que, aún vigentes, resuelven el conflicto de la doble enajenación a favor de quien primero fue puesto en posesión de la cosa (arts. 594, 596, 2791 y 3260 del CC), y que han dado pie a la doctrina civilista mayoritaria para sostener la subsistencia de la publicidad posesoria aun después de la reforma del art. 2505 del CC que introdujo la publicidad registral inmobiliaria con alcance general, y que si entran en colisión hay que priorizar la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe (Andorno Luis O. "Vigencia de la publicidad posesoria en materia de Derechos Reales", en Zeus- 50-D-193; Puerta de Chacón, Alicia. Ob. cit., pág. 661, que cita las conclusiones concordantes de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1981; I Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, 1983; I Encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe, 1988).

El registro inmobiliario argentino recoge el principio de simple legitimación, lo cual implica que presume *ius tantum* -nunca *iure et de iure*- que los derechos reales inmobiliarios se encuentran inscriptos y corresponden a su titular registral, "pero no garantiza al tercero, de manera absoluta, la exactitud de las constancias registrales, *dado que el afectado, probando lo contrario (es decir el desacuerdo de la realidad extrarregistral)* puede en determinadas circunstancias provocar la mutación de la situación registral en perjuicio de aquél" (Puerta de Chacón, Alicia. Ob. cit., pág. 662, el resaltado y subrayado me pertenecen; en igual sentido, Kiper Claudio, "La buena fe y el sistema registral inmobiliario", en "Tratado de la buena fe en el Derecho", Ed. La Ley, Bs. As. 2005, Doctrina Nacional, pág. 597).

Señala la autora a continuación, que "en razón de que en nuestro régimen jurídico sigue rigiendo la teoría del título y modo suficientes en la tradición posesoria, es norma elemental para ser considerado de buena fe que el adquirente vea el inmueble y contrate con quien además de tener un título inscripto demuestre estar en posesión del mismo. Esta solución ha sido aplicada a favor de adquirentes a quienes se hizo tradición del inmueble y cuentan con la escritura pública a su favor no inscripta, o bien inscripta con posterioridad a la medida cautelar que pretende oponer el tercero" (Ob. cit., pág. 663, con cita en nota 50 de CNCiv., Sala H, en JA-2001-III-105, y en nota 51, de la doctrina aplicada en el plenario "Young Tomás M.", en un conflicto suscitado antes de la reforma de la ley 17.711 pero la sentencia se dictó con posterioridad a ella, CNCiv., en pleno, 16-8-1971, en JA-1971-

Derecho Registral

11-428; conf. CNCiv., Sala C, 7-9-76 en ED-72-383), y concluye afirmando que el Juzgador tiene pautas flexibles para discernir, en cada caso concreto, cuál realidad ha de priorizar, si la registral o la extrarregistral, es decir, "si el mejor derecho es el que se adquiere en función de una apariencia jurídica inexacta (seguridad dinámica) o el derecho anterior no inscripto (seguridad estática), y será el criterio valorativo de la buena fe del tercero el que permitirá inclinar la balanza a favor de una u otra solución" (Ob. cit., pág. 665).

Es indudable que desde el punto de vista procesal, al titular inscripto se lo libera de la carga de la prueba, ya que el onus probandi está en cabeza de quien sostiene la inexactitud registral (Kiper, Claudio. Ob. cit., pág. 596); por ello, el titular de dominio no inscripto debe probar que adquirió el derecho real con anterioridad a la traba de la medida cautelar.

Producida fehacientemente esa prueba, no puede desconocerse un derecho legítimamente constituido, con fundamento en que es "inoponible" al tercero, quien, por otra parte, si alega su buena fe (que se presume), no podrá basarse solamente en haber confiado en las constancias registrales "ya que la ley dice que no confíe ciegamente", y el error de derecho no es excusable (arts. 20 y 923 del CC, Kiper; Ob. cit., pág. 597).

La buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud del Registro, ya que en nuestro sistema la buena fe registral se aprecia según pautas subjetivas; el tercero interesado es de buena fe cuando tiene la convicción o creencia de obrar conforme al ordenamiento jurídico, y desconoce la existencia del derecho no inscripto preferente al suyo, por una causa no imputable a la falta de la diligencia que las circunstancias del caso exijan.

Esta apreciación estricta de la buena fe, surgió en las I Jornadas Nacionales de Derecho Registral de San Rafael, Mendoza (1973), en las que se declaró que "Para que el tercero interesado pueda invocar el desconocimiento de la realidad extrarregistral de las mutaciones reales, debe ser de buena fe, la que se presume mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del registro (incluso la existencia del acto causal)" (ver Puerta de Chacón, Alicia; Ob. cit., pág. 658 y 659, y los casos allí citados sobre la controversia entre terceristas adquirentes con escritura pública y un acreedor embargante).

III.1: ¿Ha sido acreditada esa realidad extrarregistral invocada por la tercerista? Coincido con mi colega preopinante en que no hay duda alguna sobre la preexistencia del derecho real de dominio de la Sra. Capria en relación al embargo trabado con fecha 13 de abril de 1999 (fs. 17 de la ejecución de honorarios).

Además de la escritura n° 22, encuentro en el expediente las siguientes pruebas: **a)** A fs. 136 Camuzzi Gas Pampeana informa que según sus registros el domicilio de calle La Rioja n°1159 Piso 2 Depto. "A" se encuentra a nombre de Domingo Cavallaro (cónyuge de la Sra. Capria según poder de fs. 98), desde el 29 de enero de 1987. Cuando el apoderado de la actora solicitó que se librara nuevo oficio pues debía haber un error en la fecha, ya que el inmueble se adquirió en 1994 (fs. 225), en la respuesta agregada a fs. 243 indicó que Cavallaro era titular del servicio de gas desde 1987 a la fecha (1-4-2003).

Más allá del error sobre la fecha, no hay duda sobre quién figura como titular del domicilio.

b) A fs. 137, EDEA responde que “en la actualidad” el servicio de energía eléctrica en el domicilio solicitado está a nombre de la actora.

c) Telefónica de Argentina a fs. 153 aporta mayor precisión, cuando informa que a partir del 6 de mayo de 1994 la línea instalada en el domicilio de La Rioja 1159 Piso 2do. “A” cambió en el mismo lugar a nombre de Francisca Capria, quien tenía otro domicilio de pago en calle Pirovano 628 de Ramos Mejía, Prov. de Buenos Aires, que coincide con el domicilio indicado en la escritura n° 22 (fs. 14) y con el denunciado como real al promover esta demanda (fs. 21).

d) Los testigos fueron coincidentes en cuanto a la época en que el matrimonio Capria-Cavallaro adquirió el departamento para veranear en Mar del Plata.

Así los hermanos Nieto, manifestaron que lo alquilaron en julio de 1997 y enero de 1998 (fs. 179 vta.), recordando Oscar Alberto Nieto que Cavallaro le había mencionado el precio de compra, entre “U\$S 20.000 o U\$S 23.000 aproximadamente” (fs. 182 vta., respuesta a pregunta sexta), que coincide con el precio de \$ 20.000 que surge de la escritura n° 22 (fs. 15, durante la vigencia de la convertibilidad).

El abogado Mario Stimoli declaró haber intervenido en la operación, que el titular de dominio era un señor de apellido Quadrini, que vivía en Haedo y también era su cliente, que él solicitó informes de dominio e inhibiciones de los vendedores, que se realizó boleto de compraventa abonando la totalidad del precio, y “le consta que se le ha entregado la posesión del inmueble en esa oportunidad, delante del dicente se hizo entrega de las llaves (...) Respecto a la escritura lo designaba al escribano la parte compradora y eran quienes iban a abonar los gastos que generara la misma. Se designó a un escribano de La Plata, recuerda el apellido Legnani Mario. Esto lo sabe porque estuvo presente el día en que se firmó la escritura, allí se puso que no se confeccionó boleto y lo rompieron (...) Posteriormente tomó conocimiento que el Sr. Cavallaro tenía problemas con la inscripción (...) Que periódicamente iban y reclamaban el título y los argumentos que brindaba la escribanía era que el registro tardaba (...) No recuerda la fecha pero el escribano a fines de 1994 fue destituido...” (fs. 183 vta. y 184).

El martillero Antonio Maggio acompañó en febrero de 1994 al matrimonio a ver varios departamentos en Mar del Plata, porque querían comprar uno, entre ellos, el que finalmente compraron en calle La Rioja (fs. 185).

A fs. 220 el encargado del edificio, Sr. Robuschi, declaró que la actora posee el departamento desde “hace unos ocho años” (la declaración es del 11-12-2002), que siempre viene con el marido, que la papelería llega a nombre de ella o su esposo, que se llama Domingo Cavallaro, relatando luego cómo el departamento fue vendido por primera vez a la Sra. Ester Pizarro (ver informe de dominio de fs. 17), quien lo cambió por un chalet alpino en la calle Los Andes de propiedad de la Sra. Quadrini que vino a vivir al departamento, pero estuvo poco tiempo, y lo vendió a sus vecinos, el matrimonio Capria-Cavallaro (fs. 220 vta.).

Derecho Registral

e) A fs. 228 el escribano Legnani respondió el oficio que le fuera dirigido, manifestando que la Sra. Capria no adeudaba suma alguna por los gastos que insumió la escrituración.

f) La anterior Administración del Edificio Norma VI, informa a fs. 240 que las expensas del departamento "A" del Piso 2 fueron pagadas por Domingo Cavallaro entre los años 1994 a 2001 en que la firma dejó la actividad de administradora de edificios en propiedad horizontal.

g) A fs. 194-216 se encuentra la copia de las actuaciones ante el Juzgado Notarial de La Plata, iniciadas el 2 de noviembre de 1999 (fs. 202 vta.), con posterioridad a la traba del embargo, para obtener la inscripción de la escritura n° 22, y en las que con fecha 3 de febrero de 2000 se ordenó esa inscripción, con base en un segundo testimonio que fue proporcionado por el Archivo de Actuaciones Notariales (fs. 210).

h) En el certificado de dominio agregado por las aquí demandadas a fs. 10-12 del expediente de ejecución de honorarios, emitido el 15-1-1999, en base al cual las letradas solicitaron la traba del embargo, ya constaba una inscripción provisional en la que se lee:

"Esc. Comp. Vta. N°22 del 12/3/94-Esc. LEGNANI, Alfredo-Reg. 414(55)-Ent. 744610/3 del 1/6/94-TR 6/6/94".

Esa inscripción provisional, regulada por el art. 9° de la ley 17.801, debió indicarle a las letradas que se había presentado un documento con defectos subsanables que instrumentaba un contrato de compraventa del inmueble, y cuyo plazo de vigencia -180 días- podía prorrogarse si el interesado dedujera oposición contra la observación, o en su caso, la recurriera, manteniéndose vigente durante la sustanciación del recurso la inscripción provisional (art. 9° de la ley 17.801, arts. 20 y 923 del CC).

No desconozco que las sucesivas inscripciones provisionales (había otra de fecha 11-9-1995) estaban vencidas cuando se anotó el embargo, pero tampoco puedo obviar que debieron servir para anotar a un profesional (art. 902 del CC), de que había un acto jurídico en la esfera extrarregistral otorgado sobre el inmueble.

A este conocimiento alude expresamente el apelante a fs. 444.

Aunque la Ley establezca la inoponibilidad como causal de ineficacia, ésta denota una ficción -actuar como si no existiera algo que existe- (Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2010, Tomo II, pág. 686), que no excusa de obrar con la diligencia necesaria para corroborar que la inscripción dominial se mantiene en cabeza del deudor, cuando, como en este caso, la propia certificación emitida por el Registro indicaba que "algo" pasaba con el inmueble.

En este sentido, la afirmación vertida por las demandadas al contestar la tercera diciendo que solicitaron informes al Registro de la Propiedad Inmueble "del domicilio que denunciaron dichas personas como real" (fs. 29 vta. punto III, en referencia a Martha Bressani y Andrea Quadrini), no se corresponde con la realidad de los tres expedientes que he tenido a la vista.

En el juicio caratulado “Bressani de Quadrini Martha y otros c. Larripa Juan y otros s. Daños y perjuicios”, en la escritura de transcripción de la declaratoria de herederos de fs. 8-9, en el poder de fs. 28 y en la demanda de fs. 30 vta. se denuncian otros domicilios como reales.

En el incidente de ejecución de honorarios ya mencionado, todas las notificaciones se efectuaron en el domicilio procesal constituido a fs. 240, 243 y 246 del juicio de daños, en el estudio de quien fuera apoderado de los actores en el juicio de daños, que, señalo, concluyó con la sentencia que declaró la caducidad de Instancia (fs. 208-209, confirmada a fs. 232-234).

En esta tercería, a fs. 48 el Juzgado advirtió que la parte actora en la ejecución de honorarios -las letradas- no habían denunciado el domicilio de los demandados, por lo que procedió a extraerlos del juicio de daños. Sin embargo el apoderado de la tercerista los notificó en el domicilio procesal (fs. 75), donde se diligenció aún la cédula de notificación de la rebeldía que -era lógico esperar que así fuera- se les decretó a fs. 83 (ver cédula de fs. 83 bis).

Por lo tanto, las Sras. Bressani y Quadrini jamás denunciaron en los expedientes involucrados el domicilio de calle La Rioja como su domicilio real.

III.2: Considero que la doctrina legal aplicable al caso es la establecida por la Corte Suprema Provincial, en la causa n° 51.414, “Giannini Eugenio y otra s. Tercería de dominio”, en autos: ‘López Rubén c. García Omar s. Cobro ejecutivo”, donde el Dr. Hitters, en voto que no tuvo disidencias dijo:

“En la segunda parte de su recurso sostiene que la doctrina legal de esta Corte, que -mediando ciertas condiciones- otorgó mejor derecho al comprador por boleto frente al embargante del vendedor, no resultaría de aplicación al caso de autos. Sea cual fuere la actuación que se atribuye al notario, no existen elementos que permitan sustraer a la situación bajo análisis al encuadre dado por el Tribunal de Alzada. *No es razonable entender que por la circunstancia de haber elevado a escritura pública la promesa de venta (art. 1184 inc. 1º, Cód. Civ.) y restando su inscripción, el comprador vea menguada la protección jurídica que poseía cuando era simple titular de una promesa de venta*” (sent. del 21-3-1995, el resaltado no es original. En el caso la Cámara de Apelación de Bahía Blanca había revocado la sentencia de primera instancia, haciendo lugar a la demanda, pero como tercería de mejor derecho. El recurrente cuestionaba que el certificado en base al cual se había otorgado la escritura había perdido la prioridad o reserva).

No desconozco que en las causas citadas por el distinguido colega en su voto, la Suprema Corte Provincial ha establecido efectivamente que el dominio no inscripto es inoponible a los terceros acreedores, pero no puedo obviar que las circunstancias fácticas son diferentes.

En la causa n° 112.221, “Senosiain María Teresa s. Tercería de dominio”, en autos “Dora Florencia c. Senosiain Arnaldo Esteban s. Despido” (sent. del 15-5-2013), la actora había interpuesto tercería de dominio o de mejor derecho con base en *un acta judicial suscripta en el juicio de divorcio, donde se le adjudicaba el 50 % del inmueble embargado*. El Tribunal de Grado consideró que se trataba

de una tercería de dominio, pero que el convenio era inoponible a los acreedores. En el recurso extraordinario se invocó que la tercerista tenía un derecho similar al del adquirente por boleto de compraventa. La Corte descartó por insuficiente la crítica dirigida contra la calificación de la vía, y en cuanto a la adjudicación, sostuvo que cuando los bienes que integraron la sociedad conyugal son inmuebles, sólo es oponible a terceros desde la inscripción, señalando que en un supuesto similar (Ac. 86.122 considerandos 4, 5, 17 y 18), ya se había establecido que no es posible equiparar la situación del excónyuge a quien se le adjudica una porción del haber conyugal, con la del “adquirente de buena fe que abonó el 25% del precio” que requiere el 1185 bis del CC.

En la 88.566, “Longo Walter Marcelo s. Tercería de dominio” en autos: “Collia c. Fucci s. Ejecución de alquileres” (sent. del 5-4-2006), la Sala II de este Tribunal había revocado la sentencia de Primera Instancia que hacía lugar a la tercería *-promovida por un adquirente en subasta-*, porque no se había acreditado que la venta se hubiera perfeccionado mediante la tradición -que debió ser respaldada por actos materiales que la hicieran visible a los terceros, sin que el comprador hubiera probado haber efectuado los del art. 2384 del CC-, por lo que de conformidad al art. 577 del CC no podía tenerse por operada la transmisión del derecho real de dominio hacia el adquirente en subasta; ni siquiera quien invoca el art. 1185 bis del CC está eximido de tal recaudo, por lo que siendo una condición *sine qua non* para la viabilidad del reclamo, la demanda debía rechazarse. De todas maneras, en el fallo señalaron que aun si se hubiera demostrado la tradición, debía publicitarse mediante la inscripción, en forma previa al embargo, para ser oponible a terceros.

La Corte entendió que *“la conclusión del a quo relativa a la insuficiencia probatoria de la tradición, de esencia netamente fáctica, no ha sido idóneamente cuestionada por el impugnante...”* (del voto del Dr. Hitters, el resaltado me pertenece); y, que, “a. El Tribunal *a quo* fundó su rechazo a la tercería de dominio en la falta de acreditación del efectivo cumplimiento de la tradición del inmueble, recaudo exigido por el art. 586 del Código Procesal a los fines del perfeccionamiento de la adquisición de *propiedad del inmueble subastado*.

i) Ahora bien, para así decidir la Alzada sostuvo que la tradición no puede considerarse cumplida -al menos si se la pretende oponer a terceros- por la simple manifestación del *accipiens* y del *tradens* de que tal acto se cumplió; y que, en el caso, aun cuando para las partes del expediente ‘Muñoz c/ Fucci’ aquella pudiese haber operado mediante la manifestación formulada en la citada causa, a los fines de su oponibilidad frente a terceros -entre ellos, el acreedor embargante- debió ser respaldada por actos materiales que la hicieran visible, *sobre cuya existencia no se produjo prueba alguna*.

Tales conclusiones no merecieron la adecuada crítica por parte del recurrente quien, en esta Instancia Extraordinaria, omitió confrontar el razonamiento que guió al *a quo* para fundar su decisión y *no refutó frontalmente las conclusiones del fallo en torno al alcance y oponibilidad frente a terceros de la manifestación que el deudor ejecutado y el adquirente en subasta -ahora tercerista- formularan ante el*

Magistrado interviniente en aquellos actuados" (del voto del Dr. Soria, los resaltados no son originales).

En ninguno de los fallos invocados como doctrina legal estábamos ante un adquirente con título y modo suficientes, como en el caso de autos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo citado (JA-1997-IV-362) estableció como criterio general que: "...es virtualidad propia de los derechos reales su oponibilidad erga omnes. *Esta oponibilidad no se pierde por la existencia de una transmisión imperfecta por ausencia de asiento en el registro pertinente*, puesto que en nuestro orden jurídico tal inscripción es declarativa, *sino que se debilita en relación a ciertos terceros que ostentan públicamente un interés particular*. Contrariamente a lo que se desprende de la decisión del *a quo*, el art. 2505 del CC no habilita a cualquier tercero integrante de la comunidad para desconocer un derecho real que no ha alcanzado la plena oponibilidad por falta de inscripción registral. La interpretación contraria permitiría el absurdo de que el adquirente civil que cuente con tradición y título no inscripto, carecería de acción para defender su derecho real frente a cualquier intruso" (en el caso, con posterioridad al otorgamiento de la escritura, los vendedores habían sido declarados en quiebra. La Cámara la declaró inoponible *erga omnes*, y la Corte, sólo frente a los acreedores de la quiebra).

Las particulares circunstancias de la causa me llevan a la convicción de que la inoponibilidad planteada debe ceder frente a la acreditación indubitable del derecho real de dominio preexistente invocado por la tercerista.

En cuanto a las costas de Ambas Instancias, propongo que se impongan en el orden causado porque las embargantes pueden haberse considerado con derecho (art. 68 segundo párrafo y 274 del CPCC).

Voto por la negativa.

A la primera cuestión planteada el señor Juez Dr. Pedro Domingo Valle dijo:

Adhiero al voto y a los argumentos del colega que plantea la disidencia. No pierdo de vista que "Una de las garantías del debido proceso es el límite que tiene la Judicatura para no introducir alegaciones o cuestiones sorpresivamente, de manera que las partes puedan ejercer su plena y oportuna defensa, debiendo la sentencia contener decisión expresa positiva y precisa con arreglo a las pretensiones deducidas en juicio." (SCBA, Ac 33.721 S 23-8-1985; SCBA, Ac 43811 S 2-6-1992; SCBA, Ac 94095 S 5-4-2006), pues "el Derecho no puede convalidar las conductas ambiguas y las sorpresas procesales" (SCBA, Ac 74853 S 16-6-2004; SCBA, C 108700 S 16-3-2011; SCBA, C 92780 S 13-4-2011).

Tampoco que "La extensión de la regla *iura novit curia* no puede comprender lo que en el caso ofrezca fuera de su trazado estrictamente jurídico, so riesgo de llegar por vía de un proceder 'ex officio' al quebrantamiento mismo de la bilateralidad, por lo que se excluye la posibilidad de introducir oficiosamente acciones no ejercidas sin petición de parte interesada ni audiencia de la contraria, pues ello avasalla el art. 18 de la Constitución Nacional, y cuando se dice 'acciones no ejercidas' la locución vale tanto como 'defensas no opuestas'." SCBA, Ac 32508 S 3-7-1984, SCBA, Ac 43417 S 13-8-1991, SCBA, Ac 85103 S 31-8-2004, entre otras).

Derecho Registral

Ello así, por cuanto “si bien en virtud del principio *iura curia novit* se ha reconocido la facultad de los Jueces de determinar la norma jurídica que rige la litis aunque las partes no la invoquen o lo hagan en forma errónea, tal facultad tiene como límite el de no alterar la relación procesal.” (SCBA, Ac 32508 S 3-7-1984, SCBA, C 112660 S 8-8-2012, entre otras). Es decir, no les permite elaborar conclusiones que impliquen modificar las pretensiones que sirvieron de base para la articulación de la situación procesal o tergiversen la naturaleza de la acción incoada (SCBA, Ac 60716 S 2-9-1997, SCBA, Ac 85103 S 31-8-2004).

Sin embargo, la solución que propugna el colega disidente no quebranta tales reglas.

Tal como lo analiza el Dr. Loustaunau en su voto, no puede desconocerse que tanto la tercería de dominio como la de mejor Derecho persiguen dejar sin efecto -respecto del tercerista- el embargo, trabado, porque no en otra cosa consiste el pago preferencial de un crédito cuando se discuten derechos personales mejores o prioritarios; y que dado que el pago debe ser entendido como el cumplimiento de una obligación de dar o de hacer, el mejor derecho, si se hace lugar a la tercería, consiste en el levantamiento del embargo trabado sobre el bien, como medida abarcada por el concepto de pago (Martínez, Hernán, “Procesos con sujetos múltiples”, Ed. La Rocca, Bs. As., 1994, T. 2, pág. 279-280).

Estimo basal considerar que las demandadas, por su parte, pudieron ejercer adecuadamente su derecho de defensa, dado que ante el pedido de levantamiento de embargo sin tercería obrante a fs. 52/54 de la causa n° 64.716, “Rodríguez Alicia y Vázquez Virginia s/ Incidente de ejecución de honorarios en autos: Bressani de Quadrini y ots c/ Larripa Juan s/ Daños y Perjuicios”, como en estas actuaciones sobre tercería, a fs. 29/32, no negaron el derecho de la actora, sino que han planteado su inoponibilidad con fundamento en los arts. 2505 del Código Civil y 2 y 20 de la ley 17.801, y, fundamentalmente, no han cuestionado la vía escogida para demandar o la existencia o no de dominio en cabeza de la tercerista.

Por lo expuesto, **adhiero al voto del Dr. Roberto José Loustaunau.**

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Doctor Rubén Daniel Gérez dijo:

Corresponde: **1º)** Hacer lugar, *por mayoría*, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 266, revocando, en consecuencia, la sentencia dictada a fs. 257/61. Y en razón de ello, acoger la tercería de dominio promovida por *Francisca Capria* contra *Alicia Rodríguez* y *Virginia Araceli Vázquez*, ordenando el levantamiento del embargo trabado en los autos “Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia Araceli s/ Incidente de Ejecución de Honorarios” sobre el inmueble matrícula N°167.122/28, Nomenclatura Catastral: Circ. I, Secc. A, Manz. 27, Parc. 10-a, Sub.parc. 28, Polígono 02-01 (45); **2º)** Imponer las costas de ambas Instancias en el orden causado (art. 68 segundo párrafo y 274 del CPC); **3º)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

Así lo voto.

Los señores jueces Dres. Roberto José Loustaunau y Pedro Domingo Valle votaron en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

Sentencia:

Por los fundamentos brindados *-por mayoría-* en el presente Acuerdo: **1º)** Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 266, y se revoca, en consecuencia, la sentencia dictada a fs. 257/61. Y en razón de ello, se acoge la tercería de dominio promovida por *Francisca Capria* contra *Alicia Rodríguez* y *Virginia Araceli Vázquez*, ordenando el levantamiento del embargo trabado en los autos “Rodríguez, Alicia y Vázquez, Virginia Araceli s/ Incidente de Ejecución de Honorarios” sobre el inmueble matrícula N°167.122/28, Nomenclatura Catastral: Circ. I, Secc. A, Manz. 27, Parc. 10-a, Sub.parc. 28, Polígono 02-01 (45); **2º)** Se imponen las costas de ambas Instancias en el orden causado (art. 68 segundo párrafo y 274 del CPC); **3º)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). *Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 inc. 12 del CPC).*

Rubén Daniel Gérez

Roberto José Loustaunau

Pedro Domingo Valle

José Gutiérrez

Secretario



Sociedades

Las sociedades irregulares y de hecho en la legislación actual. Su regulación en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación*

*Matías Lamonega
Gabriela Gullo*

SUMARIO. *I. Introducción. Objeto del trabajo. II. El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos prácticos. III. Las sociedades de hecho o irregulares. IV. Sociedades no constituidas regularmente, atípicas y que omitan requisitos esenciales en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. V. Bienes registrables. VI. Régimen de subsanaciones. VII. Representación, administración y gobierno. VIII. Responsabilidad de los socios. IX. Prueba. X. Disolución. Liquidación. XI. Relaciones entre acreedores. XII. Conclusión.*

PONENCIA

El proyecto de reformar la Ley de Sociedades Comerciales nada dice sobre las sociedades de hecho, el fin último parece ser ignorarlas.

El proyecto requiere adecuación a situaciones ignoradas o con regulación un tanto confusa; deben subsanarse falencias que presenta, a saber:

a) Es necesario reglamentar las consecuencias de las sociedades “no constituidas regularmente”, en caso de mantener el instituto de la regularidad.

* El presente trabajo mereció el Primer Premio en la Categoría trabajos en equipo, en el marco de la 38 Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Bahía Blanca en noviembre de 2013. Corresponde al tema 4 de dicha convocatoria.

Sociedades

b) Se debe dar recepción legislativa a las sociedades civiles y de hecho con o sin objeto comercial, acorde a los principios rectores de tales instituciones, a la realidad jurídico-social.

c) Ante la nueva regulación de las sociedades denominadas “libres”, “residuales” o “simples”, es decir, todas aquellas no constituidas bajo alguno de los tipos previstos en el Capítulo II y otros supuestos, se da la paradoja de que los socios de una sociedad colectiva o de otra de las consideradas de personas, los socios se encuentran frente a los terceros en una situación de responsabilidad patrimonial más agravada que los socios de las sociedades comprendidas dentro de la Sección IV, dado que tendrán una responsabilidad subsidiaria e ilimitada por las obligaciones sociales que estos no tienen.

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO

El objeto del presente trabajo es realizar un análisis desde el punto de vista jurídico-notarial sobre el proyecto de unificación del Código Civil y del Código Comercial de Nación, y sus posibles consecuencias prácticas en el ejercicio de la profesión de abogados y notarios y poner énfasis en lo referente al Derecho Comercial (especialmente en el Societario).

De más está decir que las modificaciones introducidas a la legislación vigente -LSC 19.550-, tienen un eje central que es la inclusión de la denominada “Sociedad Unipersonal”, que resulta preliminarmente la gran novedad en el proyecto.

No obstante ello, a lo largo del presente, se propone analizar otra temática -no de menor importancia- incluida en el mentado proyecto, que es el referente a las sociedades atípicas, que quedarán regidas por lo dispuesto en la Sección IV “De las Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos” del Capítulo I “Disposiciones Generales”.

La proyectada Sección IV modifica su denominación actual “De la sociedad no constituida regularmente” -por la precedentemente citada- y al analizar el contenido de los artículos allí comprendidos, se observa que el régimen no es ya sancionatorio para los casos en que las sociedades no se constituyan con sujeción a los tipos del Capítulo II -*tipicidad*-, que omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por dicha ley.

Se plantea aquí qué sociedades quedan incluidas en esta Sección y si la misma es de aplicación a las sociedades de hecho de objeto comercial y de objeto civil, a las sociedades irregulares, a las sociedades civiles existentes al momento de su sanción y a aquellas que omitan requisitos esenciales no tipificantes, que, conforme lo establecido en la LSC, hagan anulable el contrato y sean subsanables hasta su impugnación judicial.

La nueva redacción otorgada a la Sección IV -arts. 21 a 26- y su correspondiente morigeración del actual régimen sancionatorio, nos lleva a reflexionar si el mismo será una fuente de conflictos y de litigios, cuando no de inseguridad jurídica.

II. EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. ASPECTOS PRÁCTICOS

Mediante Decreto 191 del año 2011, la Presidente de la Nación, Dra. Cristina Fernández de Kirchner, designó una Comisión para la elaboración del proyecto de Ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación la misma se encontraba integrada por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, con la finalidad de estudiar las reformas a los mentados códigos y, con ello, producir un texto homogéneo de todo lo referido a dicho cuerpo normativo.

Dicha Comisión, en conjunto con un grupo de juristas calificados, elaboró un anteproyecto que fue entregado a la Señora Presidente en un acto público celebrado el 27 de marzo de 2012.

Con posterioridad, el Poder Ejecutivo introdujo cambios significativos al anteproyecto, el 8 de junio de 2012, y elevó el texto definitivo del Proyecto de Código Civil y Comercial al Congreso de la Nación. Ingresó ese día a la Cámara de Senadores de la Nación.

Según lo expresado en la nota de elevación, se designará una Comisión bicameral que deberá elaborar un dictamen o informe en el plazo de 90 días. Cumplido, de sancionarse el Proyecto como ley, el nuevo Código y su legislación anexa modificatoria de varias leyes, entre ellas, la de Sociedades Comerciales N° 19.550 -que motiva el presente trabajo-, regirá a los 180 días de su promulgación.

Dentro de esa legislación anexa se encuentra la reforma a la actual Ley de Sociedades Comerciales -19.550-, que en lo sucesivo se denominará Ley General de Sociedades y que, en realidad y al analizarla, se infiere que se trata de una reforma parcial. Se reformará exclusivamente la parte general, sin afectar la especial (Capítulo II. De las sociedades en particular), salvo los arts. 164 y 299 que contienen agregados incluidos por el Poder Ejecutivo Nacional.

a) Derogación del Código de Comercio

Este proyecto deroga el Código de Comercio de 1862 de EDUARDO ACEVEDO y DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD.

Sociedades

Ante esta derogación, se recuerda que el Código original se integraba por un Título Preliminar y cuatro libros, muchos de los cuales han sido reemplazados por leyes especiales, como, por ejemplo, el libro IV, reemplazado por la actual Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522; el libro III, por la actual Ley de Navegación N° 20.044 y sus reformas. Estas leyes integran el Código y se mantienen inalterables.

Luego, nos encontramos con los dos primeros libros del Código de Comercio. La gran mayoría de los contratos que aparecen en el segundo libro han sido incorporados en el nuevo Código Civil y han reformulado sus textos, de modo que se evita la duplicación actual. También se incorporan, al nuevo Código, otras instituciones, tales como los títulos cambiarios, la cuenta corriente, el cheque y, dentro de este mismo libro, encontramos la Ley de Sociedades, la cual es modificada parcialmente.

En el libro 1º del Código de Comercio, encontramos una novedad importante, es la supresión del denominado usualmente "Estatuto del Comerciante", vale decir, desaparecen la clásica figura del comerciante del art. 1º, el listado de actos de comercio del art. 8º y las obligaciones que tienen los comerciantes. Esta supresión alcanza al Registro Público de Comercio, que no es incorporado ni regulado en el nuevo Código Civil y Comercial.

Es, por ello, que aquí nos encontramos frente al primer problema: el Código Civil y el Comercial no prevén el Registro Público, que podría denominarse como lo hacía el proyecto de Código Civil Unificado del año 1998, de "Actividades Especiales".

Teniendo en consideración lo antedicho, podría desprenderse que el mismo queda delegado a las jurisdicciones provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pero debe advertirse que una cuestión es el tema de las facultadas no delegadas y otra es que la norma de fondo -en este caso, el Código Civil- no regule la creación del Registro Público, bajo las mismas o similares previsiones que lo hace el actual art. 34 del Código de Comercio.

En este punto existe otra contradicción, debido a que, en materia societaria, el Código ha tomado como fuente el Código Civil unificado de 1998 y éste último sí preveía el Registro Público y, más aún, lo denominaba Registro Público de Actividades Especiales, determinando asimismo, los actos y documentos que debía inscribirse en dicho Registro; subyace aquí la mencionada contradicción, puesto que el nuevo proyecto nada dice con respecto al referido instituto.

b) Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales

El anteproyecto de Código, oportunamente presentado por la Comisión Redactora, preveía la modificación de 31 artículos, todos de la parte general de la ley, incluyendo 7 nuevos subincisos.

Es así que lo que en realidad se proyecta es una reforma parcial, porque en definitiva se van a modificar 23 artículos de la Ley de Sociedades, más un subinciso que se agrega, de los cuales 9 están dedicados a la sociedad anónima unipersonal -eje central que regula el proyecto en materia societaria-. Es decir que a partir de la inclusión de la Sociedad Anónima Unipersonal, se modifica el art. 1º y otras normas que, en total, son 9. Quedan, por ello, otros 15 artículos que se modificarán.

A efectos de poder desarrollar el tema objeto del presente trabajo y para una comprensión acabada del mismo, no podemos dejar de mencionar los artículos que se reforman dentro del régimen de sociedades comerciales vigente.

En primer lugar, cabe destacar que el art. 2º de la ley 19.550, actualmente vigente, establece que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance establecido "en esta ley". Mientras, el art. reformado dice: "La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance establecido en la ley"; por lo que amplía dicho concepto, puesto que al referirse a "la ley", hace aplicables otras disposiciones pertinentes, además de las propias de la ley 19.550.

Para el proyecto del Código Civil y Comercial, son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y *los fines de su creación (art. 141)*.

En la primera versión del proyecto no se incluía el agregado "a los fines de su creación", formulación que, de haber persistido, podría haber dado fundamento a la orientación que sostiene que el objeto delimita la capacidad de la entidad.

La inclusión de dicho agregado deja al margen los probables conflictos que hubiera originado la redacción originaria. En tanto, la consecución de finalidades resulta más amplia que el derivado del enunciado del objeto y, deja de lado el *principio de especialidad* de las actividades de intercambio, producción y servicios que se prestan. Por un lado, contemporáneamente, en este tema, la doctrina ha evolucionado suficientemente y se aparta de los criterios restrictos y por otro, contradichos por interpretaciones fundadas en disposiciones propias de la ley de sociedades¹.

La reforma confirma expresamente el principio general mediante *el cual la personalidad jurídica se obtiene desde la constitución y no desde su inscripción*. Coincide con el pensamiento esgrimido desde siempre por el notariado y las

1 BENSEÑOR, Norberto Rafael. *Reforma del Código Civil y Comercial. Unificación Legislativa. Régimen Societario. Principales Características*. (Bs. As. 2012).

Sociedades

vigentes interpretaciones asignadas al art. 7º de la ley 19.550. El Código dispone, mediante una normativa genérica, sobre este particular, *que la existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución* y no necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario (art. 142), desplazan la tesis de quienes proclaman que la existencia del ente debería comenzar a partir de la inscripción registral.

Se consagran, expresamente, como atributos de la persona jurídica:

a) tener un nombre como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica (art. 151), el que deberá satisfacer recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva respecto de otros nombres, marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios (control de homonimia amplio);

b) indicar domicilio y sede social, aclarando expresamente que el cambio del primero requiere modificación de estatuto, pero no así la sede social, si no está incluida en el texto del estatuto (art. 152);

c) tener patrimonio (art. 154), pudiendo inscribir, la persona jurídica en formación, preventivamente, a su nombre, bienes registrables;

d) posibilitar la ilimitación en el tiempo, salvo disposición en contrario de la ley o del estatuto (art. 155);

e) que el objeto debe ser preciso y determinado (art. 156).

Son importantes también los ajustes realizados a los arts. 5º y 6º de la Ley de Sociedades, que se hacen a los efectos de superar la remisión actual a los arts. 36 y 39 del Código de Comercio que se derogan y otras relacionadas con la publicidad de las inscripciones.

El art. 6º actual dispone lo que se conoce como el control de legalidad a cargo del juez o de la autoridad registral, es decir, el juez o la autoridad registral, según el texto actual, verificará el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales y, en su caso, dispondrá la toma de razón previa a la publicación que corresponda. No obstante, la importancia que presenta este artículo, se ha suprimido en el texto del nuevo art. 6º.

No resulta menor esta omisión, porque el art. 167 actual, de la Ley, coloca como atribución de la Autoridad de Contralor justamente verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales antes de elevar el expediente o la actuación al Registro Público de Comercio y este texto se mantiene en la reforma que se proyecta.

De lo antedicho, se desprende una evidente contradicción. Por lo tanto, esta facultad será tenida por las autoridades locales de contralor, que solamente tienen competencia en materia de sociedades por acciones y no la tendrán los encargados de los Registros Públicos de Comercio o como en definitiva se llamará este Registro Público. En este punto, es menester destacar que el proyecto de unificación de 1998 lo preveía expresamente.

Avanzando en este bloque de normas que se reforman en la Ley de Sociedades, teníamos, en primer lugar entonces, de estos 15 artículos, el 5º y el 6º.

Luego, encontramos aquellas normas que están referidas a las *sociedades Irregulares o de hecho*, atípicas o sociedades en las cuales se ha omitido un requisito esencial no tipificante. Este resulta ser el tema central del presente trabajo, por lo tanto pese a dejar sentado que se reforman puntos importantes referidos a este tipo de sociedades, los mismos serán expuestos párrafos adelante con mayor detenimiento y análisis.

También se reforma el art. 27 referido a la sociedad entre cónyuges y se admite esta sociedad para cualquier tipo de societario, cuestión no contemplada en la actual LSC, que en su art. 27 dispone: “Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada...”.

También se reforman los arts. 28 y 29, referidos a las sociedades donde existen herederos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida. Y, siguiendo la enumeración, se modifica el art. 30, que alude a la sociedad socia que en su actual redacción dispone: “Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones”. Según lo establecido en el proyecto de unificación se permite a las sociedades por acciones participar, además, en sociedades de ese tipo, en sociedades de responsabilidad limitada y en contratos asociativos.

Avanzando en el proyecto, se observa que se ha reformado el art. 100 y luego el art. 285, que está referido a la Comisión Fiscalizadora, es decir, a la sindicatura plural. Observamos, entonces, que el texto actual dispone que la sindicatura plural pueda estar formada por abogados, contadores y por la sociedad civil integrada por estos. En el proyecto, como la sociedad civil desaparece, ha sido reemplazada por una “sociedad con socios de responsabilidad solidaria”, es decir, que la norma proyecta una responsabilidad mayor a la que tienen actualmente los socios de la sociedad civil que, en principio, es simplemente mancomunada.

A grandes rasgos, estos son los 15 artículos que junto a los 9 de la sociedad anónima unipersonal integran este bloque de reforma parcial que se proyecta.

Más allá de la importancia que puedan tener algunas de estas reformas en particular, el bloque central de la reforma está dado, primero, por la incorporación de la sociedad anónima unipersonal y, segundo, por esta nueva sociedad a la que -en principio- podemos denominar “informal” o “residual”, que estará integrada por las sociedades irregulares o de hecho, las sociedades atípicas y las sociedades en las que se ha omitido algún requisito esencial no tipificante. Todas estas sociedades integrarán la nueva sección IV del capítulo I de la Ley, bajo el título de “Sociedades no constituidas conforme a los tipos del capítulo II y otros supuestos”.

Sociedades

De conformidad al texto que se proyecta, la atipicidad no es causal de nulidad. Luego, la omisión de requisitos esenciales no tipificantes tampoco conllevará a la anulabilidad. En tercer lugar, esta sección comprenderá también aquellas sociedades que no cumplen con las formalidades en cuanto a los vicios de forma.

Sobre la atipicidad y la nulidad se observa que, sin duda, en el derecho comparado, se ha advertido ya desde hace mucho tiempo, una tendencia hacia la morigeración de las causales y de las sanciones sobre la atipicidad en particular. La legislación comparada ya marca una tendencia hacia la reducción de causales de nulidad y la morigeración de la sanción de nulidad por atipicidad.

Por ello, el proyecto de reformas no sólo recoge esta tendencia de la legislación y la doctrina comparada, sino que también sigue a la letra el proyecto de Código Civil unificado del año 1998. En este sentido, no es ninguna novedad, porque sobre esto se ha insistido desde el proyecto de legislación unificada del año 1987, seguido por la reforma del Código Civil unificado del año 1998 e, incluso, el proyecto de reformas de la Ley de Sociedades del año 2005, que recoge, asimismo, una firme tendencia de la doctrina nacional en cuanto a morigerar la sanción de nulidad por atipicidad y dar a este negocio jurídico, un tratamiento distinto, que no sea su nulidad absoluta.

De cualquier forma, hoy en día también podemos decir que la sociedad que se declara nula, en cuanto a su actuación anterior, indudablemente debe considerarse como si fuese una sociedad irregular o una sociedad de hecho. La diferencia radica en que la nulidad por atipicidad debería ser declarada por un juez a solicitud de parte interesada y, en cambio, el planteo de una irregularidad solamente podría ser hecho por los socios y los socios que no están conformes con la disolución podrían plantear incluso la regularización en virtud del art. 22 de la ley actual.

En definitiva, la sanción de nulidad y la de irregularidad tienen un parentesco muy cercano en cuanto a sus efectos.

Con respecto a las normas que se proponen en esta nueva Sección IV de la ley, se introduce una novedad muy importante con respecto a las sociedades, que podemos denominar residuales o informales, y es la invocación del contrato entre los socios, como también pueden ser invocadas todas las cláusulas relativas a la organización jurídica de la sociedad.

Esto supera muchos inconvenientes actuales que tienen los socios de las sociedades de hecho, donde no pueden plantear, entre otras cuestiones, la rendición de cuentas a los administradores; tampoco demandar que se complete la integración de los aportes que se han comprometido a la sociedad. En alguna medida, esto se vería superado al admitirse que, precisamente, el contrato puede ser invocado entre los socios.

Cambia sustancialmente el régimen de responsabilidad. Se supera el régimen actual de responsabilidad solidaria y limitada sin admitirse el beneficio

de excusión y se modifica por el régimen de las obligaciones simplemente mancomunadas, salvo que se pacte la solidaridad o que ésta pueda derivar de ciertos supuestos que la norma proyectada contempla.

Vemos en esta parte que subyace la sociedad civil y recordamos que ésta tiene un régimen de responsabilidad similar, es decir, el de las obligaciones simplemente mancomunadas, que es aquella obligación a la que cada uno responde por partes iguales. Con respecto a los bienes registrables, se introduce una modificación importante y es que se proyecta que la sociedad pueda adquirir bienes registrables a su nombre, acreditando la existencia y las facultades que tiene su representante ante el registro.

III. LAS SOCIEDADES DE HECHO O IRREGULARES

a) Antecedentes y régimen actual

Suele afirmarse que la teoría de la sociedad irregular en el derecho argentino proviene de la combinación de la legislación francesa con una elaboración doctrinaria del derecho italiano. Por esa razón, el primer Código de Comercio de 1859 adoptaba el modelo francés que preveía las sociedades nulas por inobservancia de las formalidades de publicidad al no ser inscriptas en el Registro. La reforma de 1889 continuó con este modelo, pero a partir de la primera mitad del siglo XX se receptó la teoría de la sociedad irregular de los italianos, que terminó consagrada en la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 de 1972.

Por lo antedicho, se sostiene que la ley 19.550 mejoró las prescripciones del Código de Comercio en la materia. En ella las sociedades irregulares integran una categoría de sociedades viciadas en su forma y sometidas a un régimen único, cualquiera fuese el tipo que los constituyentes hayan querido adoptar. Ello evidencia que haberle otorgado un régimen específico a este tipo de sociedades, otorga mayor claridad al fenómeno de la irregularidad, el cual, según el art. 21 LSC, se presenta cuando existe sociedad de hecho con objeto comercial o sociedad constituida, conforme a alguno de los tipos permitidos, pero afectada por vicios de constitución. Vale destacar que la reforma introducida a la LSC por la ley 22.903 no alteró el mencionado régimen, ya que los conceptos de regularidad y tipicidad, ni las sanciones, ni la adhesión de la ley al sistema normativo -según el cual la sociedad goza de personalidad jurídica por el solo hecho de adoptar un tipo social determinado- se modificaron. No obstante, la ley 22.903 introdujo tres innovaciones importantes, a saber: a) el régimen de regularización; b) la posibilidad de un retiro de uno o varios socios disconformes con el procedimiento de regularización, lo que evita la severidad

Sociedades

disolutiva anterior y c) la figura de la sociedad en formación, prevista en los arts. 183 y 184 LSC (antes consideradas sociedades irregulares).

b) Importancia

Si bien el art. 21 LSC distingue a “las sociedades de hecho con un objeto comercial” de “las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente”, ambas especies son reguladas por las disposiciones comunes previstas en los arts. 22 a 26 LSC; integran una categoría de sociedades viciadas en su forma y sometidas a un único régimen, más allá del tipo que los constituyentes hayan querido adoptar. Amén de ello, no existen diferencias de régimen jurídico entre las sociedades de hecho y las sociedades irregulares.

Igualmente y como sostiene RADRESA², existen subclasificaciones, ya que dentro de las sociedades de hecho pueden diferenciarse las constituidas verbalmente de las instrumentadas por escrito sin adoptar ninguno de los tipos regulados por la LSC.

Dentro de las llamadas sociedades irregulares encontramos: a) las instrumentadas conforme uno de los tipos previstos en la LSC pero no inscriptas en el Registro Público de Comercio; b) las inscriptas en el Registro Público de Comercio a las que les falta algún requisito esencial tipificante; c) las inscriptas en el Registro Público de Comercio a las que les falta algún requisito esencial no tipificante; d) las declaradas así judicialmente como consecuencia de simulación, aplicación de la doctrina de la penetración, etc.

Tanto las sociedades de hecho como las irregulares integran una categoría de indiscutible realidad e importancia en el sistema económico social donde se desenvuelven. Vale la pena destacar que gran parte de las sociedades (especialmente las anónimas) tiene su origen en aquellas *sociedades no constituidas regularmente*. No obstante, la LSC regula aquella sociedad *anómala* (irregular y de hecho) reconociéndole personalidad, aunque precaria (porque habrán de disolverse cuando cualquiera de los socios lo requiera, a menos que opten por su regularización -art. 22, LSC-) y limitada, porque ella no producirá la totalidad de sus efectos normales.

Corresponde destacar que en nuestro ordenamiento jurídico y conforme lo establece el art. 7º LSC, la inscripción registral de las sociedades comerciales es de carácter constitutivo³ (“La sociedad sólo se considera regularmente

2 RADRESA, Emilio. *Sociedades irregulares*, Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 13.

3 El acuerdo de voluntades o acto constitutivo de la sociedad da origen a un sujeto de derecho, “... aunque la plenitud de sus efectos sea adquirida con la regularidad...”. (Voto Dra. Kogan. Fallo “Alcázar Construcciones S.A. s/ Incidente de Revisión”, 02/07/2008).

constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”). De lo antedicho, se desprende que el régimen previsto para las sociedades no constituidas regularmente opera sólo hasta su inscripción registral y luego comienza el régimen de nulidad.

c) Caracterización

La sociedad de hecho es aquella que no se ha instrumentado por escrito o como lo conceptualizó la justicia: la sociedad de hecho es la que funciona como tal sin haberse instrumentado⁴, y se diferencia de la sociedad irregular (no constituida regularmente) a mérito de la existencia o no de contrato escrito⁵. Otros autores amplían esto al incluir a las que -aun redactando su contrato por escrito- se aparten de alguno de los tipos autorizados por la LSC⁶.

Vale decir que la sociedad de hecho constituye una mera situación de hecho, no instrumentada, a la cual el derecho le reconoce virtualidad por imperio de la necesidad que se deriva de la realidad misma⁷.

La distinción entre las sociedades irregulares y las de hecho que tienen en común la falta de inscripción en el Registro Público de Comercio reside en que las primeras constan de contrato social -respecto del cual no se ha completado el “iter constitutivo”, aún cuando el mismo se ajuste al art. 11 LSC y con los elementos y requisitos de los que dispone, encuadre en uno de los tipos societarios allí previstos- en cambio, las segundas son aquellas que, reconociendo objeto comercial, carecen de la debida instrumentación y han prestado el consentimiento societario en forma verbal o tácita (art. 21 LSC)⁸.

A modo de conclusión, podemos clasificar y definir de la siguiente manera: a) la *Sociedad Irregular* es aquella que habiendo nacido con adecuación a uno de los tipos legales previstos, no ha cumplido el proceso formal o lo ha hecho defectuosamente de cualquier modo; de manera que posee un vicio en la forma publicitaria que la ley ha previsto como garantía para terceros. b) *Sociedad de hecho* es aquella para cuya existencia no se requiere documento ni instrumento de forma alguna, en la que los socios han prestado su consentimiento en forma verbal a los fines de realizar una actividad económica determinada,

4 CNCom., Sala A, 07/09/99, LL, 2000-C-357; CCIV. San Isidro, Sala I, 06/04/95, LLB, 1996-105.

5 CNCom., Sala A, 29/08/1997, “Impuestos”, 1198-A-1263 y Rep. LL, 1198-2480, 2.

6 RADRESA. *Sociedades de hecho*. pág. 23.

7 VERÓN, Alberto Víctor. *Tratado de las Sociedades Comerciales y otros entes asociativos*, T. IV, ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 385.

8 ANAYA, Jaime L. y Alegría, Héctor. *Derecho Comercial Doctrinas Esenciales, Sociedades Comerciales*, 1a ed., T. II, La Ley 2008, Buenos Aires, pág. 151.

dispuestos a repartirse las utilidades y soportar las pérdidas, y a dicho fin han efectuado aportes. La aplicación de la LSC a este tipo, dependerá del objeto a realizar por la sociedad, si el mismo es comercial se regirá por sus disposiciones, de lo contrario lo hará por los arts. 1648 y sgts. del Código Civil.

d) La personalidad jurídica de las sociedades irregulares

En torno a esta temática, existe una larga discusión doctrinaria y jurisprudencial, que va desde la teoría de la penetración de VIVANTE, pasa por las de los negativistas encabezados por BORELLI, hasta la idea del derecho de opción propuesta por NAVARRINI, las cuales no están exentas de críticas. COLOMBRES sostiene, que en la sociedad irregular de la LSC argentina existe una personalidad jurídica *precaria y limitada*.

Es *precaria* porque la sociedad se disuelve cuando cualquiera de los socios lo requiera, para lo cual bastará notificar fehacientemente la decisión a los restantes consocios (art. 22 LSC), aunque pueden optar por la regularización societaria (reforma de la ley 22.903).

Es *limitada* porque algunos efectos de dicha personalidad no se producen como en la sociedad constituida regularmente, principalmente en lo que respecta a que cualquiera de los socios represente a la sociedad y que estos no puedan invocar el beneficio de excusión de los bienes sociales (art. 56 LSC), ni el beneficio de las limitaciones en el contrato social (art. 23 LSC), sino que los socios y quienes contratan en nombre de la sociedad quedan obligados solidaria, directa e ilimitadamente por las operaciones sociales, así como la relativización del contrato social, que habiéndose celebrado (sociedades irregulares) sólo vale como prueba de la existencia de esta (art. 25 LSC) y como norma regulatoria para su liquidación (art. 22 LSC).

Lo cierto es que la constitución de una sociedad irregular o de hecho produce el nacimiento de un sujeto de derecho distinto de los socios que la integran, en cuanto tal, aparece dotado de todos los atributos inherentes a la sociedad⁹.

En cuanto a la prueba sobre la existencia de la sociedad irregular, rige el art. 25 LSC que establece: "La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba". Es por ello que cuando algún socio o tercero niegue la existencia de la sociedad, nuestro ordenamiento jurídico permitirá acreditar la existencia de la misma por cualquier medio probatorio, con obvia sujeción al derecho común. Rige en la materia el principio de libertad probato-

⁹ VERÓN, Alberto Víctor. *Tratado de las Sociedades Comerciales y otros entes asociativos*, T. IV, ed. La Ley 2012, Buenos Aires, pág. 396.

ria, debiendo admitirse cualquier medio de prueba, por más que no se encuentre enumerado en el art. 208 del Código de Comercio (por ejemplo: informes, peritos, reconocimiento judicial, etc.). Este principio de libertad probatoria rige igualmente respecto de socios y terceros, ya que la ley no hace ningún tipo de distinción.

e) Bienes registrables

Otra limitación que poseen las sociedades irregulares es la prevista en el art. 26 LSC, el cual establece: “Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratase de una sociedad regular, *excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración*”. La última parte del artículo citado establece que la sociedad no constituida regularmente no puede inscribir a su nombre los bienes registrales, y se los considera como de propiedad de aquél a cuyo nombre figuren registrados. El primer antecedente de esta disposición es el fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal en autos “Pascual Hermanos” de 1921, que confirmó la oposición del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal de inscribir un inmueble a nombre de una sociedad de hecho. Para gran parte de la doctrina, el fundamento normativo de esta disposición se encuentra en la imposibilidad de invocar frente a terceros los derechos nacidos del contrato social (art. 23 LSC) por un lado, y en una cuestión de índole práctica, es imposible para el Registro de la Propiedad individualizar la sociedad, sus integrantes o sus administradores por el otro.

No obstante, existen excepciones a la imperatividad de la norma. Una es el caso de la sociedad de hecho en liquidación, que puede inscribir a su nombre un inmueble a los fines de su venta en el procedimiento liquidatorio. En la etapa liquidatoria, el contrato social se torna plenamente oponible entre los socios y con la inscripción del liquidador en el Registro Público de Comercio existe total certeza en cuanto a la legitimación de quien pretende vender el bien registral. El otro caso es el de la sociedad en formación, que logró la inscripción preventiva del bien a su nombre (art. 38 LSC) y que deviene en irregular. Similar a este es el caso de la sociedad regularmente constituida que tiene el bien inscripto a su nombre y respecto de la cual se descubre un vicio de forma que la convierte en irregular. En este caso el bien continuará inscripto a nombre de la sociedad ahora irregular.

La finalidad de este régimen se encuentra en la imposibilidad de individualizar la sociedad y sus socios, lo que le quita legitimación registral para solicitar la inscripción. Igualmente se establece que cuando el bien continúa respecto de terceros a nombre del socio -haciendo primar la seguridad jurídica- entre los acreedores sociales y los acreedores del socio, el bien debe reputarse como de

Sociedades

éste último. Se trata de una excepción a la regla general prevista en el mismo artículo, en consecuencia, los acreedores del socio podrán afectarlo al cobro de sus créditos.

f) Normativa vigente. Ley 19.550

En la actualidad, la LSC regula a las sociedades irregulares en la Sección IV, del art. 21 al 26, los cuales transcribimos para una mayor comprensión y, a efectos didácticos, compararlos con lo establecido en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, que modifica en determinados puntos.

“Sociedades incluidas

ARTÍCULO 21. Las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta Sección.

Regularización

ARTÍCULO 22. La regularización se produce por la adopción de uno de los tipos previstos en esta ley. No se disuelve la sociedad irregular o de hecho, continuando la sociedad regularizada en los derechos y obligaciones de aquella; tampoco se modifica la responsabilidad anterior de los socios.

Cualquiera de los socios podrá requerir la regularización comunicándolo a todos los socios en forma fehaciente. La resolución se adoptará por mayoría de socios, debiendo otorgarse el pertinente instrumento, cumplirse las formalidades del tipo y solicitarse la inscripción registral dentro de los sesenta (60) días de recibida la última comunicación. No lograda la mayoría o no solicitada en término la inscripción, cualquier socio puede provocar la disolución desde la fecha de la resolución social denegatoria o desde el vencimiento del plazo, sin que los demás consocios puedan requerir nuevamente la regularización.

Disolución

Cualquiera de los socios de sociedad no constituida regularmente puede exigir la disolución. Esta se producirá a la fecha en que el socio notifique fehacientemente tal decisión a todos los consocios salvo que la mayoría de éstos resuelva regularizarla dentro del décimo día y, con cumplimiento de las formalidades correspondientes al tipo, se solicite su inscripción dentro de los sesenta (60) días, computándose ambos plazos desde la última notificación.

Retiro de los socios

Los socios que votaron contra la regularización tienen derecho a una suma de dinero equivalente al valor de su parte a la fecha del acuerdo social que la dispone, aplicándose el art. 92 salvo su inciso 4), a menos que opten por continuar la sociedad regularizada.

Liquidación

La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.

Responsabilidad de los socios y quienes contratan por la sociedad

ARTÍCULO 23. Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social.

Acción contra terceros y entre socios

La sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados.

Representación de la sociedad

ARTÍCULO 24. En las relaciones con los terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad.

Prueba de la sociedad

ARTÍCULO 25. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

Relaciones de los acreedores sociales y de los particulares de los socios

ARTÍCULO 26. Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratase de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración".

IV. SOCIEDADES NO CONSTITUIDAS REGULARMENTE, ATÍPICAS Y QUE OMITAN REQUISITOS ESENCIALES EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

a) Normativa prevista en el proyecto de unificación

Teniendo en consideración que ya hemos visto la normativa actual que regula las sociedades irregulares o de hecho (ley 19.550) y sus aspectos más relevantes, en los párrafos subsiguientes intentaremos abordar las modificaciones que introduce el proyecto y sus posibles consecuencias prácticas.

“ARTÍCULO 21. *Sociedades incluidas.* La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta sección;

ARTÍCULO 22. *Régimen aplicable.* El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros solo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores;

ARTÍCULO 23. *Representación: administración y gobierno.* Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

Bienes registrables. Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.

Prueba. La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba;

ARTÍCULO 24. *Responsabilidad de los socios.* Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes

iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten:

- 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones;
- 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22;
- 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales;

ARTÍCULO 25. *Subsanación.* En el caso de sociedades incluidas en esta sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los 10 (diez) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del art. 92.

Disolución. Liquidación. Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los 90 (noventa) días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad, deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley;

ARTÍCULO 26. Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios. Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables”.

b) Análisis de las reformas proyectadas

En un primer lugar y para poder seguir un orden, diremos que se sustituye la denominación de la Sección IV actualmente designada como “De las sociedades no constituidas regularmente” por la de “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulos 2 y otros supuestos”.

El vigente art. 21 sujeta a sus disposiciones a las sociedades de hecho con un objeto comercial y a las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente.

Sociedades

Para el proyecto pasarán a regirse por las disposiciones de la Sección IV, las enunciadas en la nueva redacción del art. 21 que dice: “La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección”.

El art. 21, que actualmente establece las sociedades destinatarias de la regulación de la mencionada sección y las denomina “sociedades que no se constituyen regularmente” y “sociedades de hecho con objeto comercial”, establece ahora una triple clasificación:

1) Sociedad que no se constituye conforme alguno de los tipos del Capítulo II: dentro de esta categoría cabrían tanto las sociedades que adoptaron algún tipo social pero omitieron algún requisito esencial tipificante, como las que combinaron elementos de dos o más tipos sociales -aun siendo incompatibles-, las que adoptaron tipos desconocidos en nuestra legislación e incluso las que no adoptaron tipo alguno.

Esto es posible porque el proyectado art. 17, dejando de lado la sanción de nulidad, permite la atipicidad y hace expresa remisión a esta sección para su regulación.

2) Sociedad que omite requisitos esenciales: dentro de esta categoría cabrían, por exclusión, las sociedades que omitieron requisitos esenciales no tipificantes, lo cual en el régimen actual se sanciona con la anulabilidad. Cabe acotar que el proyectado art. 17 ya no alude a este supuesto, lo cual es coherente, pues, habiéndose despojado de la sanción de nulidad a la omisión de requisitos esenciales tipificantes, sería absurda una solución distinta en el caso de los no tipificantes.

3) Sociedades que incumplen formalidades exigidas por la ley: se trata de una cláusula que da cuenta del carácter meramente enumerativo del art., que permitiría incluir otros supuestos distintos de la omisión de los requisitos esenciales tipificantes y no tipificantes.

Aquí cabrían varios supuestos:

a) Las sociedades de hecho, es decir, las que no cuentan siquiera con contrato escrito; donde cabrían, por haberse eliminado el requisito de la comercialidad del objeto, sociedades de hecho que se dedican tanto a actividades comerciales como civiles. Por otra parte, observamos que la existencia de las sociedades de hecho como tal está destinada a extinguirse, pues la nueva redacción se refiere recurrentemente a actos de reconocimiento de la existencia social por escrito.

b) Las sociedades civiles: ello es congruente con la sistematización normativa efectuada en el proyecto, la que elimina la distinción entre estas y las sociedades comerciales, coronada por la nueva denominación de la ley 19.550, que ya deja de referirse a las sociedades comerciales exclusivamente, para

regular todo lo atinente a las sociedades en general. Por otra parte, la Sección IV de la LGS refiere a las sociedades no constituidas conforme a los tipos del Capítulo II y otros supuestos, de acuerdo con lo cual, se puede incluir a las sociedades civiles que cuentan con un estatuto formalizado por escritura pública, con una responsabilidad mancomunada por partes iguales frente a las deudas sociales y que, a falta de cláusulas específicas establecidas en su contrato constitutivo, con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva LGS, deberán regirse por esta Sección, con motivo de tratarse de sociedades no inscriptas. Por ello las incluimos dentro de las que han omitido el cumplimiento de requisitos formales como lo es la publicidad registral.

c) También puede incluirse en este supuesto la categoría compuesta actualmente por las sociedades irregulares propiamente dichas, es decir aquellas que se constituyeron por escrito, adoptando un tipo social de los del Capítulo II, pero no inscribieron el contrato en el Registro Público de Comercio.

Con motivo de tratarse de las figuras más disímiles de personas jurídicas, debemos encontrar elementos sensibles que nos permitan agruparlas, ellos serían, en principio, que en todas está ausente la inscripción registral y que también presentan una actuación en común exteriorizada a nombre colectivo, con una organización, aunque sea mínima, que, conforme su estructura, le permite adquirir derechos y contraer obligaciones que serán imputables a ese nuevo centro de imputación diferenciado que se ha generado, con participación en beneficios y pérdidas y que permitirá a sus socios participar en las deliberaciones sociales a través de los órganos previstos para su funcionamiento, con durabilidad de esa manifestación y, obviamente, con reconocimiento de la personalidad jurídica.

Las características principales de este régimen son:

a) Si existe contrato, puede ser invocado entre los socios (a diferencia del actual texto del art. 23 que consagra la ininvocabilidad inclusive entre los socios).

b) Solamente, si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria, ese contrato *es oponible a los terceros*.

c) También (el contrato) puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores (art. 22 proyectado).

d) Las cláusulas relativas a la representación, a la administración y a las demás que disponen sobre la organización y el gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios (art. 23).

e) En las relaciones con terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica (art. 23).

Sociedades

f) El art. 24 proyectado fija el régimen de responsabilidad, estableciendo que “los socios responden frente a los terceros que contrataron con la sociedad como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten:

- 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones;
- 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22,
- 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales”.

Partiendo de la premisa de que la ley mantiene el principio de tipicidad y anticipa en el art. 17 que la sociedad que violente el principio *no produce los efectos propios de su tipo*, interpretamos que las reglas oponibles a los terceros, que conozcan el contrato (*si efectivamente está redactado por escrito*), serán, principalmente, aquellas que individualicen los socios integrantes, que establezcan el término de duración, enuncien el objeto, que determinen la amplitud de la responsabilidad como solidaria o mancomunada en proporción distinta a la igualitaria, o atribuyan la representación en forma conjunta o indistinta, a quienes indiquen. Mientras, será necesariamente ineficaz cualquier estipulación que se aparte de las reglas propiamente típicas, como por ejemplo, conformar órganos de representación atípicos o apelar a regímenes representativos distintos de los que establece el art. 58 de la ley 19.550, cuya aplicación debe sostenerse inexorablemente para la actuación de estas sociedades o establecer sistemas de administración y gobierno incompatibles con las disposiciones imperativas de la ley, cuyas previsiones serían absolutamente ineficaces al permitir las normas aplicables que produzcan los efectos propios de su adopción, conforme lo dispone el art. 17 reformado.

Parece insuficiente enunciar cuáles son las sociedades incluidas en el art. 21; por cuanto soslaya mencionar a la sociedad de hecho. No obstante, entendemos que ésta debe reputarse incluida entre aquellas que no cumplan con las formalidades exigidas, estimamos preferible una referencia concreta y expresa.

Debe admitirse que sostener que las sociedades de hecho están presentes entre aquellas que no han cumplido las formalidades exigidas tiene sustento en la redacción del tercer párrafo del art. 23 que veremos seguidamente, al mencionar un acto de reconocimiento, para adquirir bienes registrables, otorgado por todos los que afirmen ser sus socios, para acreditar la existencia (*de la sociedad*) y las facultades del representante para adquirir bienes registrables, situación que indudablemente debe referirse a sociedades de hecho por cuanto las que dispongan de contrato escrito no inscripto no necesitarán reconocer la existencia de una sociedad que surge de un contrato oponible entre ellos.

Tampoco es suficientemente clara la disposición del segundo párrafo del art. 23 cuando dice que "cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica" (art. 23), sin embargo, pensamos que la norma debió decir concretamente "en las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad" y, a continuación, preceptuar la salvedad de que la sociedad, los socios o los administradores pueden, exhibiendo el contrato, oponer a los terceros, las disposiciones del contrato social, si se prueba que éstos la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica".

Sin perjuicio de ello, de quedar redactado el párrafo tal como está, entendemos que la interpretación debe ser tal como se explicó *ut supra*. El régimen de responsabilidad previsto peca de incompleto e injusto. Por ejemplo, quienes constituyan una *sociedad anónima* y realicen durante el *iter* actos propios del objeto (autorizados o no en el acto constitutivo) tendrán mayor responsabilidad que aquellos que constituyan esa misma sociedad y abandonen, definitivamente, el *iter registral* operando irregularmente, ya que las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar, no consagran la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus integrantes y eso define el marco que los excluye de la solidaridad.

También será más benigna la responsabilidad de quienes operen con una sociedad atípica sin regulación convencional de solidaridad, en comparación con los socios de una colectiva regularmente inscrita. Por otra parte parecería que también será aplicable la simple mancomunidad y la división de las deudas por partes iguales, cuando la sociedad sea de hecho.

Es decir que, a efectos comparativos, el régimen de atipicidad y de omisión de requisitos esenciales en la constitución de las sociedades previstas en el capítulo II de la LSC, sería:

Ley 19.550

ARTÍCULO 17. Atipicidad.

Omisión de requisitos esenciales

"Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. La omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hace anulable el contrato, pero podrá subsanarse hasta su impugnación judicial".

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

ARTÍCULO 17. Atipicidad.

Omisión de requisitos esenciales

Sociedades

“Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”.

La constitución de una sociedad comercial que no adopte alguno de los tipos previstos en la LSC es nula, lo que provoca que la sociedad deba liquidarse siguiendo el procedimiento establecido en los arts. 101 y sgts. LSC. Si se omite algún requisito no tipificante, el contrato social será anulable, aunque podrá subsanarse la omisión hasta tanto se promueva su impugnación judicial.

A diferencia de la LSC, el proyecto no sanciona de nulidad a aquellas sociedades que se constituyan sin adoptar alguno de los tipos previstos en la LSC o que omitan alguno de los requisitos esenciales tipificantes. La consecuencia prevista para los supuestos en que se omitan requisitos esenciales tipificantes o se incluyan elementos incompatibles con el tipo legal en cuestión, es que la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV, que en el proyecto se llama “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos” (que cambia la mención de “no constituida regularmente” que contiene la LSC).

Con respecto a este punto cabe hacer un análisis detallado que determine, si con la entrada en vigencia del proyectado Código no desaparecerían las sociedades que hoy conocemos como de hecho o irregulares.

Como recordamos, la ley 19.550 en su art. 7º -vigente en el proyecto- determina: “La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción...” y, a renglón seguido, en la Sección IV, el art. 21 LSC incluye bajo el título “De la sociedad no constituida regularmente” a las sociedades de hecho con objeto comercial y “las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente...”.

Del juego de los referidos artículos en el régimen de las sociedades comerciales la irregularidad deviene por la no inscripción del contrato constitutivo o mejor expresado por pérdida de la vocación inscriptoria y la actuación del ente frente a terceros.

El art. 21 LSC ha sido reemplazado por el siguiente texto: “La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley se rige por lo dispuesto en esta Sección”.

La primera observación es que la nulidad por atipicidad consagrada en el anterior art. 17 LSC ya no es tal y es tratada en forma conjunta con los restantes supuestos que establece la norma.

Los otros supuestos comprendidos por el nuevo art. 21 son: a) la omisión de requisitos esenciales, y b) incumplimiento de las formalidades exigidas.

La omisión de los requisitos esenciales que expresa el Proyecto reemplaza la terminología de requisitos esenciales no tipificantes del art. 17 (LSC), que tornaban anulable el contrato hasta la impugnación judicial.

La modificación respecto de este supuesto no es menor, ya que la doctrina ha sostenido que todos los supuestos del art. 17 LSC determinan la liquidación de la sociedad, y surge la responsabilidad solidaria, ilimitada y directa de los socios por las obligaciones sociales. El régimen proyectado remite a la omisión de los requisitos esenciales tipificantes o por la omisión de los esenciales a la nueva Sección IV de las sociedades informales, donde el de responsabilidad *prima facie* es simplemente mancomunado.

El último de los supuestos es el incumplimiento de las formalidades exigidas. Si se interpreta esta norma con el tenor del art. 7º, se desprende que la registración es una formalidad exigida por la ley.

Este razonamiento resulta válido -en nuestra opinión- para poder integrar el sistema. Se puede inferir que la registración de un acto no lo integra -por lo menos en el derecho argentino- y los efectos de una no registración son variados conforme a las diversas normativas.

La inscripción en un determinado registro no hace a la forma del acto, sino exclusivamente a su oponibilidad a determinados sujetos. Siguiendo ese orden de ideas, las sociedades se inscribirían sí o sí y las que no se inscribieran no serían sociedades; siendo esto último una postura extrema, sostenida -entre otros- por ISAAC HALPERÍN respecto de la sociedad antes de su registración.

La doctrina societaria ha calificado la registración del acto como constitutiva, no de la personalidad jurídica -que nace a partir del acuerdo de voluntades-, sino de la tipología que los socios han adoptado. Ninguno de los autores que se ha especializado en los temas registrales societarios ha consignado la registración como un aspecto de la "formalidad exigida".

Por todo lo antedicho, sostenemos que la única interpretación valiosa es la de que el concepto "Incumplimiento de las formalidades exigidas" debe interpretarse como incumplimiento de registración, ya que, de otra forma, no se habría previsto un régimen legal para las sociedades que no se inscribieran.

Superado este aspecto, nos falta ubicar las sociedades de hecho -ya sin objeto comercial-, a las que sin lugar a dudas el concepto de "Incumplimiento de las formalidades exigidas" les correspondería claramente a tenor del art. 11 LSC y del proyecto.

La nueva redacción otorgada a la Sección IV -arts. 21 a 26- que reemplaza el texto referido al régimen de sociedades irregulares y de hecho, que contiene la legislación actualmente vigente -sección sobre la cual los fundamentos que

Sociedades

acompañaron al anteproyecto de reforma no efectúan referencia ni explicación alguna, de donde no llega a comprenderse el alcance del nuevo sistema que se pretende implementar- será una fuente de conflictos y de litigios, cuando no de inseguridad jurídica.

Al sancionarse la ley 19.550 se adopta un nuevo concepto dentro del régimen de las anomalías societarias y éste fue el de la “irregularidad societaria”; vale decir, la limitación de la oponibilidad del contrato social y de los efectos frente a terceros del tipo social cuando la sociedad no se encontrase inscrita en el Registro Público de Comercio.

Además del concepto de tipicidad incluido en la LSC, se intentó también que todas las sociedades comerciales estén inscritas en el Registro Público de Comercio, a los efectos de otorgar oponibilidad frente a terceros a las convenciones contractuales y a los efectos propios del tipo elegido.

Sin embargo, como se señala en la Exposición de Motivos, la ley 19.550 no podía dejar de contemplar la existencia de una realidad incontrastable, cual era la existencia de una enorme cantidad de sociedades que normalmente se constituían pero no inscribían sus contratos o estatutos en el Registro Público de Comercio, así como otras tantas sociedades surgidas de relaciones de hecho -con objeto comercial- en las cuales el vínculo societario se deducía por la acción común de sus miembros o sobre la base de determinados instrumentos aislados que permitían determinar la existencia de un sujeto diferenciado¹⁰.

La ley 19.550 procuró mejorar las normas contenidas en el Código de Comercio, pero cometió un grave error al intentar conceptualizar la irregularidad societaria dentro de los vicios de forma. Este error ha continuado a lo largo del tiempo prácticamente en forma unánime en la doctrina y en parte de la jurisprudencia.

Comparto la opinión que sostiene que la irregularidad no es un vicio de forma en el acto jurídico constitutivo de la sociedad, ya que los vicios de forma de los actos jurídicos se vinculan con la validez o invalidez del acto y, más precisamente, con el instituto de la nulidad.

Contrariamente, la irregularidad societaria -que sólo significa “ausencia de inscripción en el Registro Público de Comercio”- no invalida la sociedad constituida a través de uno de los tipos sociales como tampoco aquella surgida de las relaciones de hecho entre los socios. Ninguna de ellas incurre en causal de nulidad por no haber inscripto su contrato o los instrumentos de los cuales deriva el vínculo societario, en el Registro Público de Comercio.

10 VÍTOLO, Daniel Roque. “Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código”, La Ley 06/08/2012.

Prueba de nuestra afirmación es que la ley 19.550 no incluye a las sociedades irregulares y, de hecho, dentro de la Sección III, que regula el régimen de nulidad, sino que le dedicó una sección autónoma, la Sección IV, bajo el título "De la sociedad no constituida regularmente".

Asimismo, si bien los dos casos regulados por la Sección IV mencionada -sociedades típicas no inscriptas y sociedades de hecho con objeto comercial- presentan diferencias sustanciales, razones de política legislativa y de mérito y conveniencia persuadieron a los autores del proyecto de la actual Ley de Sociedades Comerciales 19.550 de asignar un mismo régimen a las sociedades de hecho y a las sociedades irregulares.

El proyecto de reforma de la Ley de Sociedades, remitido recientemente por el Poder Ejecutivo al Congreso, mantiene intacta la redacción del art. 7º de la ley 19.550 y dispone que la sociedad sólo se considera "regularmente constituida" con su inscripción en el Registro Público de Comercio, pero omite en el resto de su articulado toda referencia a las sociedades "no constituidas regularmente" a las que alude la ley actual.

A todas luces resulta claro que la inscripción en el Registro Público de Comercio para adquirir la "regularidad" en modo alguno es una "formalidad", pues es algo que no se conecta con la "forma" del acto, ni tampoco con el "modo de ejecutar el acto". La regularidad se vincula con la "oponibilidad" y con los "efectos" del acto constitutivo o del contrato.

Las formalidades se relacionan con otros elementos, tales como si el contrato es verbal o escrito, si se constituye la sociedad por instrumento público o privado, entre otros supuestos. La confusión deviene de pretender utilizar criterios civilistas para una disciplina diferente y de categoría, como lo es el Derecho Mercantil, en especial en los temas societarios.

Por ello, sostenemos que el proyecto de reforma contiene un error, cual es que mantiene el instituto de la "regularidad" -art. 7º- pero omite establecer qué ocurre con la "falta de regularidad" y las consecuencias de la no inscripción del acto o contrato constitutivo -arts. 21 a 26- en el Registro Público.

El segundo error es que, en este caso, tampoco puede deducirse que la sanción frente a la ausencia de "regularidad" será la falta de oponibilidad frente a terceros del contrato o de las cláusulas, o defensas contenidas en el mismo o en el acto constitutivo, pues la reforma propuesta para el texto del art. 22 permite la oposición del contrato frente a terceros, si se prueba que lo conocieron al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria, y también pueden invocarse las cláusulas de representación frente a terceros que exhiben el contrato -propuesta de nueva redacción para el art. 23-.

Es decir, no hay un tratamiento para las sociedades que no se constituyan regularmente cuando, por otra parte, se mantiene el concepto de "regularidad" en el texto legal.

Sociedades

Asimismo, no se establece qué ocurrirá con las sociedades “no regularmente constituidas” existentes -a las cuales el Proyecto de Reforma ignora-.

Lo expuesto plantea no sólo lo cuestionable de la reforma proyectada, sino también lo controvertida que resulta la regulación y la litigiosidad que puede provocar su entrada en vigencia.

Otro tema y no de menor importancia resulta el de la no inclusión de las sociedades de hechos en el proyectado código. Como ya se ha explicado, la sociedad de hecho es aquella conformada entre socios en virtud de relaciones fácticas y que no se encuentra instrumentada en un documento o instrumento orgánico a través del cual se regulen los derechos, obligaciones y relaciones entre dichos socios.

También se explicó que para una parte importante de la doctrina se trata de una sociedad, cuya existencia no requiere de documento ni instrumento alguno y en la que los socios han prestado su consentimiento en forma verbal o a través de cualquiera de los modos por los cuales puede expresarse su voluntad -incluyendo acciones de hecho- para realizar bajo el régimen de sociedad, una determinada actividad comercial, participar en los beneficios y soportar las pérdidas.

Para la conformación de tal sociedad, los socios han realizado aportes de diversa naturaleza y el objeto a ser desarrollado por este sujeto para ser incluido bajo el régimen de la ley 19.550 -conforme su actual redacción- debe tener carácter comercial, lo cual no se limita al mero afán o ánimo de lucro, sino a actividades comprendidas en el art. 8º del actual Código de Comercio -que en el Proyecto de reforma desaparece como cuerpo jurídico-.

Este es el único caso en el que actualmente la Ley de Sociedades determina la comercialidad de una sociedad, dependiendo de su objeto; ya que en todos los otros casos, el carácter comercial de la sociedad y la aplicación del régimen legal derivan de la circunstancia de que se haya adecuado la constitución de la sociedad a alguno de los tipos contemplados por la ley.

Las sociedades de hecho con objeto comercial escapan, hoy, a la regla de comercialidad establecida por el régimen de tipicidad del art. 17.

Nada dice el proyecto de estas sociedades y ello es porque ha decidido directamente ignorarlas, manteniendo el requisito del contrato escrito para que exista sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º de la ley 19.550, el cual establece que el contrato por el que se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado.

La situación es confusa, porque, por otra parte, algunas señales parecen indicar que la intención del legislador es la posibilidad de incluir estas sociedades de hecho en la Sección IV por carecer de la “formalidad” del contrato escrito.

Pero ocurre que el propio régimen previsto por los arts. 21 a 26, a pesar de que mencionan dentro de los supuestos abarcados, a aquellas sociedades en

las cuales "... se incumpla con las formalidades previstas en esta ley", parece referirse sólo a contratos celebrados por escrito, dado lo que los mencionados artículos disponen expresamente, pues como ya se ha expresado, no parecen quedar comprendidas las sociedades de hecho con objeto comercial, en los supuestos regulados en la Sección IV. Estas no sólo son reconocidas actualmente por la ley 19.550, sino que, además, equipara en su regulación a las sociedades "no constituidas regularmente", las que en el proyecto de reforma también desaparecen, sin perjuicio de que se mantenga el instituto de la "regularidad".

En principio tampoco quedarían comprendidas en la norma las sociedades civiles de hecho contempladas por el art. 1663 del actual Código Civil, a las que también nos referiremos en el acápite siguiente.

V. BIENES REGISTRABLES

En lo relativo a esta temática corresponde tener presente que una importante corriente doctrinaria actual -tal como fue explicado con anterioridad- considera que el vigente art. 26 de la ley 19.550 consagra la incapacidad de las sociedades no constituidas regularmente para adquirir bienes registrables, ya que al regular las relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios, exceptúa a los bienes que requieran registración.

No obstante ello, se interpreta el art. 26, hoy vigente, como aquel que solamente regula las relaciones entre los acreedores particulares de los socios y los de la sociedad, por lo que se entendía que la excepción en él contenida se aplicaba a los bienes que no estuvieran inscriptos a nombre de la sociedad en formación.

En nuestra opinión, de ninguna manera el art. 26 impide a las sociedades no constituidas regularmente, adquirir bienes registrables ya que en todo caso el asiento registral publicita el contenido de la adquisición y la indicación de su titularidad. Asimismo, no resultaría válido argumentar la imposibilidad de registrar bienes a nombre de esa sociedad por razones de identificación, ya que en todo caso podría ser viable que si adquiriera una sociedad irregular, bastaría con incluir en su contrato escrito todos los datos que permitieran su individualización, sus constituyentes. En el caso de que la sociedad fuera de hecho, en el documento de adquisición debería constar expresamente la denominación mediante la cual se conoce la entidad, sus integrantes con todos sus datos individualizantes necesarios y el objeto comercial, tal cual lo requiere el vigente art. 21 de la ley 19.550.

El proyecto de unificación, en el mismo art. 23, establece una novedad en esta materia, que ya existe en nuestro derecho en materia de sociedades

Sociedades

civiles no inscriptas: la posibilidad de que las sociedades no constituidas regularmente puedan adquirir bienes registrables. Ello está subordinado a la acreditación ante el Registro de la existencia de la sociedad y las facultades de su representante, por medio de una declaración de reconocimiento de todos los socios, donde conste la participación social de cada uno, hecha por escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas por notario.

Fue objeto de crítica que la norma no hiciera salvedad alguna para los inmuebles cuando alude al instrumento privado con firmas certificadas por escribano; pero ello no resulta acertado -en nuestra opinión-, ya que surge del texto que estas formalidades no refieren a las del acto de transmisión en sí que en materia de inmuebles, siempre será por escritura pública, sino al acto de reconocimiento de la existencia de la sociedad, requisito indispensable para el registro de la adquisición.

El art. 23, contenido en el proyecto de unificación, permite la adquisición de bienes registrables, a cuyo efecto dispone: "Para adquirir bienes registrables la sociedad debe acreditar ante el Registro su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad".

De ello se desprende que si pueden adquirir bienes registrables, pueden gravarlos y enajenarlos.

En este punto, resulta necesario hacer una observación, puesto que no resulta del todo coherente la obligación de registrar un acto declarativo de la existencia de la sociedad, al sólo y único efecto de poder registrar un bien a nombre de ésta, cuando dicha sociedad no existe para la vida registral. Vale decir, no es explicable que para poder adquirir un bien registrable haya que celebrar un acto por escritura pública o instrumento privado con firmas certificadas por escribano público que luego se presentará al registro, si eso es justamente lo que los socios no hicieron con la sociedad, razón por la cual quedó sometida a las normas de la sección IV.

El tercer párrafo del artículo refiere al tema de los bienes registrales, que han dado lugar a posiciones antagónicas en la doctrina a partir de la expresión en la Exposición de Motivos de "personalidad precaria y limitada", y la excepción a las relaciones entre acreedores sociales y acreedores particulares respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración.

En este aspecto, el debate ha finalizado con el reconocimiento para adquirir bienes registrales, sujeto a determinados requisitos razonables por la especial naturaleza de estas sociedades de la nueva Sección IV.

La jurisprudencia ha tenido una mirada restrictiva respecto de la capacidad de las sociedades de la sección IV y, en términos generales, se ha afirmado: "Así las cosas, a los fines de resolver el presente planteo, se tiene presente que el art. 26 LS dispone que los bienes registrables -categoría que alcanza al inmueble que el apelante pretende sea incluido en la liquidación del ente- se encuentran excluidos del régimen de la sociedad de hecho". En este orden de ideas, cabe señalar que el primer antecedente de esta disposición es el fallo plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, *in re 'Pascual Hermanos'* de 1921, que confirmó la oposición del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal de inscribir un inmueble a nombre de una sociedad de hecho. Para parte de la doctrina, el fundamento de ello se encuentra, por un lado, en la imposibilidad de invocar frente a terceros los derechos nacidos del contrato social (art. 23 LSC) y, por el otro, en una cuestión de índole práctica: es imposible para el Registro de la Propiedad individualizar la sociedad, sus integrantes o sus administradores. En esa inteligencia, se ha manifestado que "las sociedades de hecho no pueden adquirir -ni, consiguientemente, ser titulares- de bienes registrables: las adquisiciones en estos supuestos deben entenderse como de propiedad de quien figure registrado en el dominio" (SCBA, 16/11/1982, *in re 'Lanes Longueiras, Juan c. Colángelo, Dante M. y otros'*, DJBA, 124-325).

La solución de la reforma ha sido la acreditación por parte de todos sus socios de la existencia del ente y de las facultades de los representantes.

El artículo proyectado aplicable a todo tipo de registro dispone que dicha individualización se realizará por escritura pública o instrumento privado con certificación de firma notarial. En el caso de los inmuebles por imperio del proyectado art. 1017 (ex 1184 CC), la manifestación deberá realizarse por escritura pública.

El referido artículo dispone que el bien se inscriba a nombre de la sociedad y deba indicarse la proporción en la que participa cada socio. Esta previsión, a primera vista, no resulta coherente con la registración a nombre de la sociedad y la reforma propuesta al art. 26 que dispone que: "Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables".

La solución propuesta no implica un régimen de dominio con las notas de exclusividad propias a favor de la sociedad con una superposición de un condominio entre socios. Todo lo contrario: respecto de terceros, como expresamente lo establece el art. 26 proyectado, los acreedores del socio no podrán embargar el bien registrable de titularidad de la sociedad.

En este sentido, la precariedad del vínculo -menos agravada que en la LSC, habida cuenta de que la acción de disolución está sujeta a la inexistencia de plazo- ha determinado la necesidad de establecer la inscripción a nombre de la

Sociedades

sociedad y conjuntamente en oportunidad de la adquisición -y con base en el acto de reconocimiento de todos los socios-, la determinación de la proporción en que participan estos en la sociedad. El asiento registral se conformará con la denominación social, la individualización del instrumento que determina la existencia del ente y la referida proporción en la cual participan los socios.

Si bien la norma proyectada se refiere a "adquisición", corresponde revisar los aspectos para la enajenación del bien de titularidad de la sociedad. Cabe afirmar que el Registro de la Propiedad Inmueble no registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figura en la inscripción precedente. Por ello, en el caso de que se haya producido una variación en el elenco societario, el tracto sucesivo debería interpretarse, en el sentido de que la sociedad es la titular registral del bien, satisfaciéndose el tenor del art. 15 de la ley 17.801. La individualización del instrumento que determina la existencia del ente surge del asiento registral y el autorizante deberá indicar las eventuales modificaciones que se hayan producido conforme lo prescripto por el art. 23 párrafo 2, cuando el contrato fuera "predispuesto por el propio ente para legitimar y/o convalidar la estructura legal del negocio jurídico vinculante con el tercero".

Una enajenación de un bien inmueble presupone esta conducta por parte de la sociedad y, consecuentemente, las facultades de quien detente su representación, con el cumplimiento de las normas internas contractuales para que la misma obligue al ente. La determinación de la proporción en que participa cada socio en la sociedad, para el caso de enajenación, no es un elemento de reflejo registral y *ergo*, su variación, en caso de venta, resulta extraña al registrador¹¹.

VI. RÉGIMEN DE SUBSANACIONES

En la actualidad, todas las sociedades no constituidas regularmente pueden acudir al régimen de regularización previsto en el art. 22 de la ley 19.550 vigente.

De la lectura del proyectado art. 25, se desprende que la acción de subsanación puede ser iniciada, durante el plazo de duración previsto en el contrato, por:

- la sociedad,
- cualquiera de los socios.

Pueden interponer la acción, la sociedad o los socios de cualquier sociedad incluida en la Sección IV, es decir, las que omitan requisitos esenciales,

11 VÍTOLO, Daniel Roque. "Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código", La Ley 06/08/2012.

tipificantes, las que tengan elementos incompatibles con el tipo elegido o las que omitan requisitos formales (de tipos autorizados no inscriptas o de hecho).

También la sociedad o los socios de la sociedad que omita requisitos esenciales no tipificantes puede interponerlas.

El artículo citado no resulta del todo claro, ya que, al sostener que a falta de acuerdo unánime, el juez puede ordenar la subsanación judicialmente, sin exigir, al menos, de alguna mayoría al respecto; pareciera admitir que la subsanación podría disponerse judicialmente aun cuando el pedido no haya obtenido la mayoría entre los componentes. Tampoco se menciona cuál sería la situación si la decisión de los demás socios, en definitiva, rechazara el pedido formulado y dejara al requirente como único socio dispuesto a subsanar.

En tal caso -interpretamos-, que la solución se obtiene concediendo, a la decisión judicial, margen suficiente como para ordenar la subsanación o bien rechazarla, habida cuenta de las circunstancias del caso planteado y los perjuicios comprometidos; debe evaluarse, en tal caso, la situación que sobrevendría si una minoría obligara a la mayoría disconforme a ejercer el derecho de receso. Por otra parte, la norma tampoco dice qué reglas se aplicarán al receso o cómo se calculará la parte del recedente y por qué, a diferencia de esta solución, en el caso de la disolución, los socios que quisieran permanecer deberán pagar a los saliente su parte social.

Tampoco es clara la disposición acerca de si la falta de acuerdo no es por la subsanación, sino sobre sus circunstancias. Por ejemplo, si la controversia versa sobre qué tipo elegir, qué régimen de administración adoptar, qué aportes habrá que integrar complementariamente, la resolución judicial tendrá que suplir la voluntad de los socios, teniendo el cuidado de no imponer mayor responsabilidad a los socios que no la consientan (el mayor grado de responsabilidad seguramente) en cuyo caso, nuevamente el juez dispondrá de un amplio ámbito de actuación, sin fijar reglas operativas al respecto.

Asimismo, la norma no define anticipadamente cuál es el grado de compromiso primario que los socios sí deben asumir. Pensamos, en este sentido, que el contenido mínimo en materia de responsabilidad personal es el dispuesto por el art. 24 y que en todo caso, todo aumento de ella, requiere consentimiento expreso. Pero la referencia también puede involucrar otras responsabilidades como las derivadas de aportes a integrar o a la responsabilidad por las eventuales prestaciones accesorias que algún socio deba cumplir. En todos estos planteos, el juez interviniente deberá evaluar cuál es la responsabilidad debida, de acuerdo al régimen anterior a la subsanación y cómo resultará la posterior si la subsanación se admite y, luego de compararlas, concluir si hay incremento o no.

Tampoco queda claro si un socio podría impulsar la subsanación como medio de impedir la disolución y liquidación de la sociedad o, a la inversa, re-

Sociedades

querir la disolución como medio de egresar de una sociedad comprendida en la sección IV, sin tener que recurrir al régimen de subsanación del art. 23.

VII. REPRESENTACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y GOBIERNO

En este punto, corresponde realizar un análisis del art. 23 del proyecto, el cual resulta una aplicación del nuevo principio de oponibilidad del contrato entre los socios, siempre que existan cláusulas contractuales que establezcan el régimen de administración y gobierno, a las cuales se estará en su caso.

Con respecto a la representación, se incurre en un absurdo: al igual que en el régimen actual, cualquiera de los socios representa a la sociedad, pero se agrega el requisito de la exhibición del contrato para poder llevar a cabo la representación. Después se establece que la disposición del contrato social puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica, lo cual necesariamente va a ocurrir, ya que no hay forma de que el tercero no conozca la disposición del contrato social si, para poder llevar a cabo el acto, éste debe ser exhibido; es decir que esta concepción de la ley está jugando como medio de prueba de la existencia de la sociedad, conforme a lo determinado por el mismo art. 23 *in fine*, que dice: "La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba". La solución del proyecto entra en conflicto con los principios de la buena fe.

En lo referido al conocimiento del tercero en oportunidad de las reformas no inscriptas, se podrá denominar como de publicidad material, es decir, pre-dispuesta por el propio ente para legitimar y/o convalidar la estructura legal del negocio jurídico vinculante con el tercero.

VIII. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

El art. 24 del proyecto es la tercera gran innovación, porque establece el principio de responsabilidad simplemente mancomunada de los socios -por partes iguales- y la solidaridad -o la distinta proporción en la mancomunación- sólo como excepción, cuando ello resulte:

1) de una estipulación expresa en una relación o conjunto de relaciones (principio de autonomía de la voluntad): ello sucede, por ejemplo, si así se pacta en una cláusula en un contrato celebrado con terceros;

2) de una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22 (invocación del contrato entre los socios): presupone la existencia de un contrato

escrito, una de las pautas que nos da a entender la efímera existencia de las sociedades de hecho;

3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir los requisitos sustanciales o formales -v.gr. una sociedad colectiva-.

El régimen de la mancomunación simple, sin dudas favorece a los socios pero perjudica a los acreedores sociales, torna injusta la norma proyectada en razón de la vulnerabilidad en que los coloca la ausencia de publicidad registral; ello es así toda vez que implica el desecho de la actual posibilidad de accionar contra cualquiera de los socios por la totalidad de la deuda, a su entera elección, y su reemplazo por la de accionar contra cada uno de ellos por una porción independiente de las otras, donde además ninguno está legalmente obligado a responder por la insolvencia de sus codeudores.

El proyecto nada dice sobre la actual prohibición de invocar el beneficio de excusión, con lo cual se dejaría abierta la puerta a la interpretación en el sentido afirmativo, vale decir, que los socios puedan invocar el mencionado beneficio y su responsabilidad sea, por lo tanto, subsidiaria.

En síntesis, en el proyecto, la responsabilidad de los socios de las sociedades incluidas en la Sección IV es ilimitada, simplemente mancomunada -por partes iguales- y subsidiaria. Como puede advertirse, la redacción es mucho más generosa con las sociedades informales que con las sociedades colectivas, por ejemplo, que se encuentran incluidas en el Capítulo II y, por otra parte, comienza desde la simple constitución y no desde la inscripción.

IX. PRUEBA

El contenido del actual art. 25 de la LSC, integrará la última parte del art. 23, sin modificación alguna, es decir que la existencia de estas sociedades va a seguir demostrándose por cualquier medio de prueba, por lo que, para el desarrollo del presente -al no sufrir modificaciones- remitimos al punto III, d).

X. DISOLUCIÓN. LIQUIDACIÓN

Según el art. 25 *in fine*, pueden interponer acción de disolución, los socios de cualquier sociedad comprendida en la Sección IV.

La disolución se produce de pleno derecho, entre los socios, a los noventa (90) días de la última notificación.

Los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social, aunque no es claro el precepto que indica si la voluntad

Sociedades

de permanecer en la sociedad debe comunicarse antes del vencimiento de dicho plazo o resulta oponible al socio peticionante, aunque la reciba una vez vencido el mismo. En este orden de ideas, corresponde dejar constancia de que la norma no menciona si los socios que se quedan deben subsanar o no los vicios existentes.

Vale decir, atento a que el vencimiento del plazo al cual se refiere ese artículo provoca la disolución entre los socios de pleno derecho, estimamos que no habría inconveniente para que, pagando la parte social a los salientes, quienes permanezcan consideren removida la causal de disolución.

El contenido del actual art. 22, que plasma en forma pormenorizada el mecanismo de "regularización" -directa o indirecta como consecuencia del pedido de disolución por parte de alguno de los socios- y el de "disolución" de estas sociedades, quedará plasmado con modificaciones, en el proyectado art. 25, que tratará de la "subsanción" de las omisiones en su primera parte y de la "disolución" de la sociedad, en la segunda.

Con respecto a la primera parte, se agrega como novedad la posibilidad de que sea, además de los socios, la propia sociedad la que solicite la mencionada subsanción. No se mencionan formalidades a cumplir en el trámite. Se modifica la mayoría necesaria para el acuerdo -en el régimen actual es mayoría simple, mientras que en el proyecto se exige unanimidad- y se amplían considerablemente las facultades del juez, pues no sólo se lo faculta a ordenar la subsanción a falta de unanimidad, sino, incluso, en desacuerdo. Esto se ve morigerado por la prohibición al juez de imponer mayor responsabilidad a los socios que no consientan la subsanción y por el otorgamiento -ya existente en el régimen actual- del derecho de receso al socio disconforme.

La segunda parte del proyectado art. 25 trata de la disolución de la sociedad y se incluye aquí, como novedad principal, la imposibilidad de que cualquiera de los socios provoque la disolución cuando medie estipulación escrita del plazo de duración, lo cual es coherente con el resto del sistema proyectado -invocación de las cláusulas del contrato social entre los socios-. Se establece que, fuera del caso mencionado, cualquier socio puede exigir la disolución y que la misma opera *iuris et de iure* a los noventa (90) días de la última notificación.

En el texto proyectado ya no se prevé la regularización por vía de excepción -como consecuencia del pedido de disolución-, sino que establece un supuesto de resolución parcial: si existieran socios con deseos de permanecer en la sociedad, estos deberían pagar a los salientes su parte social. Dicho en otros términos, en el régimen actual, si un socio exige la disolución, la única posibilidad de evitarla estaría dada por la decisión de los otros de regularizar la sociedad. En cambio, en el proyecto, ante la voluntad disolutoria de algún socio se puede continuar con la sociedad en el marco de la informalidad -sin necesidad de regularizarla-, pagándole su parte correspondiente.

XI. RELACIONES ENTRE ACREEDORES

El texto del art. 26, según el proyecto, es prácticamente idéntico al del régimen actual, es decir, las relaciones entre acreedores sociales y particulares de los socios se juzgan como si se tratara de una sociedad regular -en el proyecto, de los tipos previstos en el Capítulo II- con la única modificación constituida por la inclusión de los bienes registrales, lo cual es coherente con el proyectado art. 23.

Como primera conclusión, puede afirmarse que el sistema proyectado, a diferencia del actual que sanciona duramente y con rigurosidad extrema la informalidad social- es un sistema flexible y tolerante que, lejos de desalentar la constitución de este tipo de entes, favorece su creación pues desaparecen las notas características de su personalidad que en el sistema actual las diferencian de las sociedades regularmente constituidas, y estas son: la personalidad precaria, evidenciada por la posibilidad de que cualquier socio pueda demandar en cualquier momento su disolución, porque ello no será posible cuando medie estipulación escrita y la personalidad limitada, cuya máxima manifestación actualmente está dada por la imposibilidad de adquirir socialmente bienes registrales, mientras que el proyecto lo autoriza; la mancomunación simple como principio general en materia de responsabilidad de los socios, que favorece aún más a estos, como se dijo, incluso cuando en los casos concretos pueda perjudicar a los acreedores sociales que se encuentran en desventaja por la ausencia de publicidad registral.

En el nuevo régimen, las sociedades no constituidas conforme a los tipos del Capítulo II dejan de ser un disvalor, como ocurre en la actual Ley General de Sociedades. Ello es así por cuanto el léxico del texto proyectado varía ostensiblemente y reemplaza términos tales como regular, irregular, regularización, por términos que dan a entender en todos los casos el objetivo perseguido. Todo parece dar a entender que estamos efectivamente ante un nuevo tipo social (tipicidad de segundo grado), un género llamado por algunos doctrinarios como "sociedad simple", y no de que se trata de un modelo meramente de transición hacia la tipicidad del Capítulo II, referido a las sociedades en particular.

Se sustituye el sistema de regularización por uno de subsanación, donde no se advierte con precisión cuál es la utilidad del instituto, toda vez que la disolución ya no es un desenlace fatal y necesario, sino eventual, y donde es plenamente natural que la sociedad continúe en el estado en que se encuentra.

La tipicidad sólo será rigurosa en aquellos casos en que se exige un tipo determinado para una actividad reglamentada y sujeta a una autoridad de aplicación que les confiera autorización para funcionar -v.gr. actividad aseguradora, actividad bancaria, sociedades de garantía recíproca, etc.- y, por supuesto,

Sociedades

para obtener los beneficios de la limitación de la responsabilidad en los tipos sociales que la prevén -pues si bien en el proyecto se elimina la solidaridad y parecería admitirse el beneficio de excusión, los socios de una sociedad que no es de los tipos previstos en el Capítulo II continúan respondiendo, por obvias razones, con todo su patrimonio-.

XII. CONCLUSIÓN

Como corolario de todo lo expuesto en el presente trabajo, se puede afirmar que el proyecto nada dice sobre las sociedades de hecho, entendiendo que el fin último es ignorarlas, manteniendo el requisito del contrato escrito para que exista sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º de la ley 19.550, el cual establece que el contrato por el que se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado. La situación es confusa, porque -por otra parte- algunas señales parecen indicar que la intención del legislador es la posibilidad de incluir estas sociedades de hecho en la Sección IV por carecer de la "formalidad" del contrato escrito.

No se puede pretender mantener el instituto de la "regularidad" societaria sin disponer alguna consecuencia para el caso de sociedades "no constituidas regularmente"; tampoco pueden ignorarse fenómenos de la realidad jurídica, económica y social como son las sociedades civiles y las sociedades de hecho -con y sin objeto comercial- a los que debe otorgarse alguna recepción en el nuevo texto legal, acorde a los principios que gobiernan tales institutos.

Por otra parte, no se comprende cuál sería el beneficio de acceder a la regularidad societaria prevista en el art. 7º de la ley, si, manteniéndose fuera de la regularidad, igualmente pueden hacerse valer los efectos del tipo y las defensas y convenciones contractuales o contenidas en el acto constitutivo con el solo hecho de exhibir el contrato social o el estatuto, manteniéndose en todos los casos la responsabilidad solamente mancomunada por las deudas sociales.

Bajo la nueva regulación de las sociedades "simples" o "residuales" que comprenden a las no constituidas bajo alguno de los tipos previstos en el Capítulo II y otros supuestos, puede darse incluso la paradoja de que los socios de una sociedad colectiva o de capital e industria -en lo que hace al socio capitalista- se encuentren frente a terceros en una peor situación de responsabilidad patrimonial que aquellos socios de las sociedades comprendidas dentro de la Sección IV, dado que tendrán una responsabilidad subsidiaria e ilimitada por las obligaciones sociales que estos no tienen.

Cabe destacar a modo de síntesis, que, con respecto a las sociedades incluidas en la sección IV de la Ley General de Sociedades proyectadas se podría afirmar, en síntesis, que se trata de una categoría heterogénea sujeta a idéntica

regulación que se determina por exclusión: todas aquellas que no se encuentren comprendidas en el Capítulo II del mencionado cuerpo legal. En un intento de clasificarlas, podemos agrupar las que hayan omitido requisitos esenciales tipificantes, las que omitieron los requisitos esenciales no tipificantes y las sociedades que no hayan cumplido con los requisitos formales en general -sociedad de hecho- y con la publicidad registral -sociedades irregulares propiamente dichas y sociedades civiles-.

En materia de adquisición de bienes registrables, más allá de su utilidad o no, que no es materia de juristas sino de políticos, se establece curiosamente un sistema que regula un mecanismo similar al que los socios evitaron utilizar con la propia sociedad y que es, en líneas generales, similar al que actualmente rige para la adquisición de bienes registrables por parte de sociedades civiles no inscriptas.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, se celebra la posibilidad de invocar el contrato social entre los socios, solución que la doctrina nacional venía reclamando desde hace muchos años, pues el texto actual es, a todas luces, extremadamente riguroso, injusto y atentatorio de un principio general de nuestro derecho como lo es el de la autonomía de la voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, Jaime L. y Alegría, Héctor. *Derecho Comercial, Doctrinas esenciales, Sociedades Comerciales*, 1ra. Ed., La Ley 2008, Buenos Aires
- BENSEÑOR, Norberto Rafael. *Reforma del Código Civil y Comercial. Unificación Legislativa. Régimen Societario. Principales Características*. Buenos Aires, 2012.
- CESARETTI, Oscar y Cesaretti, María. "La irregularidad societaria en el Proyecto de Código", La Ley 12/04/2013.
- MANÓVIL, Rafael M. "Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código". La Ley 24/10/2012.
- NISSEN, Ricardo. *Sociedades irregulares y de hecho*. Hammurabi, Buenos Aires, 1985.
- PIANTONI, Mario A. *Sociedades de hecho e irregularmente constituidas Civiles y Comerciales*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1979.
- RADRESA, Emilio. *Sociedades irregulares*. Depalma, 1977, Buenos Aires.
- ROITMAN, Horacio. *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y Anotada*, 2º Edición actualizada y ampliada. La Ley 2011.
- VERÓN, Alberto Víctor. *Tratado de las Sociedades Comerciales y otros entes asociativos*, ed. La Ley SAE, e I. 2012, Buenos Aires.
- VÍTOLO, Daniel Roque. "Las sociedades civiles, irregulares y de hecho en el Proyecto de Código". La Ley 06/08/2012.
- VÍTOLO, Daniel Roque. "La irregularidad societaria en el Proyecto de Código". La Ley 2012-D, 1216.



Universidad Notarial Argentina

Teoría y técnica de la inscripción*

La especialidad en cuanto al inmueble en el registro
inmobiliario argentino

Adriana N. Abella

SUMARIO. *I. Introducción. II. Régimen de los Derechos reales inmobiliarios en la Argentina. III. El Registro Inmobiliario. IV. La especialidad en el Derecho Registral. V. El Catastro en la Argentina. VI. La cuestión de la determinación jurídica y catastral del inmueble. VII. Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca en este encuentro nos permite reflexionar sobre cuestiones de la técnica inscriptoria, que como toda técnica es el conjunto de recursos, procedimientos y aplicaciones de la ciencia, y esencialmente consiste en el enfoque científico de los problemas prácticos.

* Trabajo presentado por la autora en el XXIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, realizado en México, del 20 al 24 de septiembre de 2010.

La Carta de Buenos Aires declara que: "La mecanización -simple medio instrumental- debe estar siempre subordinada a los principios sustantivos y finalidades esenciales del sistema registral. El grado que precisa alcanzar la mecanización está, condicionado a las peculiaridades jurídicas y a las circunstancias geopolíticas y socioeconómicas de cada país"¹.

En ese contexto es imprescindible la interpretación sistemáticamente de las normas contenidas en distintas ramas del estudio del derecho, el Constitucional², el Privado³, el Público, y, específicamente, el Registral.

Un sistema jurídico no se reduce a las normas aisladas de una ley, sino que debe tomar en cuenta la totalidad del plexo normativo, sin desvincular el derecho sustancial del adjetivo.

II. RÉGIMEN DE LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS EN LA ARGENTINA

En el Código Civil argentino, el orden público gravita en la determinación de cuáles son los derechos reales, da un nombre y configuración de su esencia y contenido, existe la relación directa con la cosa, oponibilidad *erga omnes*; los requisitos formales de título suficiente y modo suficiente para su transmisión, modificación y constitución, y la necesaria inscripción registral de los títulos para su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. El titular goza de las ventajas inherentes del *ius preferendi*, el *ius persecuendi*⁴.

Nuestro sistema impide al individuo crear los derechos reales con arreglo

1 Argentina, 1972.

2 Propiedad inviolable. Garantías de defensa y debido proceso legal (arts. 5°, 14, 17, 18, 28 y 33 y conc. CN).

3 Efectos de la registración inmobiliaria (art. 2505 CC y arts. 2° inc. b, 19, 21 y 22 LR). La ley de protección al consumidor Ley N° 24.240, art. 4°.

4 Véase ALLENDE, A. *Panorama de derechos reales*, ed. La Ley, Buenos Aires 1967, pág. 18. Molinario, A. *Derecho patrimonial y derecho real*, Buenos Aires 1965, pág. 43. Gatti y Alterini. *El Derecho Real*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, en nota 6, págs. 74 y 75. Gatti. *Teoría General de los Derechos Reales*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, págs. 113 a 116, indicada nota al art. 2828, Código Civil. Los particulares ni siquiera pueden modificar el estatuto de los derechos reales admitidos por la ley, salvo en la medida en que esta lo autorice (así, arts. 2669, 2672, 2851, 2952, 3019, 3226, 3247, 3223, 3253, etc., Código Civil; art. 2°, última parte, ley 13.512). Lacruz Berdejo. *Elementos de Derecho Civil*, vol. I, pág. 5. Para comprender la normativa de los otros países y realizar un estudio comparativo, recordemos que el régimen jurídico de derechos reales puede ser de número abierto o cerrado. En los sistemas de *numerus apertus* (v. gr. el español) se permite convertir en derecho real cualquier relación jurídica concerniente a una cosa o inclusive una prestación a costa de (o garantizada por) una cosa o con un sujeto pasivo designado por ella. Los particulares pueden establecer derechos reales atípicos en el uso de la autonomía de

a su voluntad, lo cual supone una seria limitación de los cauces jurídicos a disposición de los particulares, o sea, una importantísima restricción a la libre disposición jurídica⁵.

Como todo derecho real implica un beneficio o una utilidad para su titular, cada derecho real queda configurado o tipificado mediante la determinación cualitativa y cuantitativa de esa utilidad⁶, como no hay obligación que corresponda a los derechos reales (art. 497 del CC), las prestaciones son ajenas a la estructura de nuestros derechos reales⁷.

El ordenamiento legal argentino recepta la postura romanista del título y modo para que se adquiera el derecho real en forma derivada, por actos entre vivos, con excepción de la hipoteca que basta sólo el título y, como modo de adquisición originario, la prescripción adquisitiva.

En ambos casos, el derecho real adquiere su plenitud fuera de la sede registral.

Especialmente en la adquisición derivada, nuestro Codificador adopta como apotegma la necesidad de la instrumentación por escritura pública de las titulaciones que hagan a la constitución, transmisión, modificación o pérdida de los derechos reales sobre inmuebles, como lo dice en el art. 1184 inc. 1 CC, con excepción de la adquisición en subasta pública.

Es en la escritura pública que ocurren distintas legitimaciones; entre ellas, la subjetiva de los sujetos instrumentales, la sustantiva o de títulos, la registral, la impositiva, de personería y, también en ella consta la descripción de la parcela catastral, las observaciones y restricciones que surgen del certificado que expide catastro en la forma y condiciones que establecen las legislaciones locales⁸.

La determinación, descripción, dimensiones y linderos del inmueble constan en el título de propiedad. Según el art. 2411 CC, "La posesión fundada sobre un título, comprende sólo la extensión del título sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor".

El derecho del titular de dominio se extiende a la cosa y a los accesorios unidos material o artificialmente a ella, a los objetos que la cosa produzca na-

la voluntad, principio recogido para los contratos, lo que hace posible que por contrato se modelen figuras de derecho real distintas de las reguladas por la ley.

5 Un mayor desarrollo sobre el tema de las restricciones a la libre disposición jurídica ver en Highton, Elena I. *Derechos reales. "Dominio y usucapión"*. Vol. 2, 1ra. parte, Buenos Aires, 1983, págs. 97 y sgts.

6 GATTI, E. Ob. cit., págs. 121 y 122.

7 Véase MARIANI de VIDAL. *Derechos Reales*, Zavalía, vol. 2, pág. 410 y sgts.

8 Véase ABELLA, Adriana. *Derecho Notarial. Derecho Documental. Responsabilidad notarial*. 2da. Edición, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2005 y 2010.

turalmente o por el trabajo del hombre, a la propiedad del suelo y del espacio aéreo⁹.

La normativa otorga la presunción de propiedad de todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno; presunción que puede ser desvirtuada, incluso, por medio de testigos (art. 2519 CC)¹⁰. La Constitución Nacional, en el artículo 14 marca el derecho de usar y disponer de la propiedad conforme las normas que reglamentan su ejercicio. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social, porque permite la coexistencia de los derechos de todos y cada uno. En suma, reglamentar un derecho es limitarlo, hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad, sin obviar los intereses superiores de esta última¹¹.

III. EL REGISTRO INMOBILIARIO

III.1. La Inscripción

El sistema registral inmobiliario argentino es declarativo, no convalidante, de títulos, y adopta la técnica de inscripción.

El art. 2505 CC, tras su modificación por la ley 17.711, dice: “La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará

9 El artículo 2518 del Código Civil dice “La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas, u otras ventajas; y puede también demandar la demolición, de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio”.

10 La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentren en ella, material o artificialmente unidos (art. 2520 CC). La propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo que se encuentran sobre el terreno, no causa la presunción de la propiedad del terreno, ni la propiedad de obras bajo el suelo, como una cantera, bodega, etcétera; tampoco crea en favor del propietario de ellas una presunción de la propiedad del suelo (art. 2521 del CC).

11 Véase MARIANI de VIDAL, Marina. *Derechos Reales*, Buenos Aires, Zavalía, 2004. T 1. Actualmente, las constituciones provinciales más modernas contienen también este principio. Así: “El artículo 29 de la constitución de La Pampa -sancionada en el año 1960- determina que “la propiedad debe cumplir una función social...”. La Constitución de Santa Fe -año 1962- determina en su artículo 26 que “La Provincia reconoce la función social de la cooperación en el campo económico, en sus diferentes modalidades...”. La Constitución de Chubut -del año 1957- establece en el artículo 24 que “La propiedad privada tiene una función social y estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común...”.

perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponde. Estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”¹².

La inscripción registral en materia inmobiliaria constituye un nuevo requisito que, con fines de publicidad, se adiciona al título y al modo¹³. Tal es el sentido del artículo 2° de la ley 17.801, a cuyo tenor “de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil para el derecho real de hipoteca, para la publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán...”, y enumera a continuación las distintas categorías de situaciones jurídicas registrables.

En concordancia con los artículos 17 y 23 de la citada ley, si el titular no registra su derecho no estará legitimado registralmente para disponer¹⁴.

Los asientos de los documentos que se registran en el folio asignado al inmueble se formalizan en una síntesis del contenido de tales títulos.

La inscripción no es una condición de validez del acto, porque, por ella, no opera la transferencia ni menos se cubren los vicios que padeciera el acto. Estamos, exactamente, ante una medida de publicidad que cumple una tarea perfeccionadora de la adquisición del derecho real a los fines de oponibilidad a terceros interesados de buena fe¹⁵.

La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes (art. 4° ley 17.801).

La registración del título no significa tener por acreditada la titularidad del derecho ni la buena fe.

En el ámbito inmobiliario, la génesis del derecho real ocurre fuera de la órbita registral; la registración es de título y no de derechos y el principio de exactitud, considerado como presunción legal de correspondencia entre los

12 Según el artículo, estas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas, en igual sentido los arts. 3135 CC y 20 de la ley 17.801 expresan que las partes, sus herederos, el escribano y los testigos, no podrán prevalerse de la falta de inscripción.

13 LLAMBÍAS, J. J. y Alterini, J. H. *Código Civil anotado*, T. IV, pág. 295. Véase VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

14 MOISSET de SPANÉS, Luis y Vaccarelli, Horacio. *Sistema Registral Inmobiliario- Argentina-Paraguay*, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1994. La doctrina advierte que un sistema jurídico no se reduce a las normas aisladas de la ley, sino que debe tomarse en cuenta la totalidad del plexo normativo, con lo que pretende aludir a una suerte de obligatoriedad fáctica de la inscripción en atención al deber profesional de los escribanos que autoricen escrituras públicas en que se transmitan o constituyan derechos reales, de solicitar el pertinente certificado del Registro, teniendo a la vista el título “inscrito” del transmitente o constituyente.

15 Véase ANDORNO, Luis y Marcolín de Andorno, Marta. *Ley nacional registral inmobiliaria*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 45.

asientos e informaciones registrales y la realidad extrarregistral, no ha sido receptado¹⁶.

En las IV Jornadas Sanrafaelinas, en el año 1976, se aprobó en despacho mayoritario: "En los Registros de la Propiedad Inmobiliaria se asientan las situaciones jurídicas reales o personales con relevancia registral, para los distintos efectos previstos por las leyes"¹⁷.

El sistema registral argentino no es convalidante, empero, sí pretende ser íntegro o completo, si bien no se trata más que de una presunción en este último sentido, que además es desvirtuable por prueba en contrario. Ella es característica necesaria, ya que una publicidad registral más eficiente depende de que se inscriban todas las mutaciones reales inmobiliarias y, a falta de la posibilidad de alcanzar la meta tan ambiciosa (principio de exactitud), deberá contentarse con que ello se presuma en función de lo que la praxis indica como lugar común en el tráfico inmobiliario¹⁸.

Ni el Código Civil ni la legislación registral mentan la presunta fe pública registral. El principio de la fe pública registral -fundado en la presunción de exactitud del registro a favor de los adquirentes de buena fe- no habría sido incorporado técnicamente a nuestro Derecho. En efecto, aunque de las normas contenidas en los arts. 2º, 20 y 22 de la ley 17.801 se desprende la inoponibilidad a terceros de los derechos no inscritos, la protección que se acuerda a ellos es de carácter negativo y traduce la vigencia del principio de completividad e integridad¹⁹.

La protección que se brinda a los terceros adquirentes o subadquirentes difiere esencialmente de la que se confiere en otros sistemas.

El derecho argentino siempre exige buena fe diligente y activa que presupone la investigación exhaustiva y crítica de los antecedentes pertinentes del derecho, no limitándose al solo desconocimiento de la inexactitud registral²⁰.

Se ha decidido que "en nuestro sistema legal, la efectiva publicidad registral cumplida en cada caso particular puede ser desvirtuada en sus efec-

16 El despacho de la mayoría en el IX Congreso Nacional de Derecho Registral.

17 IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, Zeus, 11-53, secc. Doctrina.

18 COGHLAN, A. *Derecho Registral Inmobiliario*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

19 ALTERINI, J. "La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral", LL, 14/9/2006.

20 Véase Fallos de la Corte Suprema, "Terrabón S.A. c/ Pcia. de Buenos Aires", 1997.07.15 La Ley 1999-A, 506; "Inverfin Cia. Financiera S.A. c/ Pcia. de Buenos Aires", 11.12.1986, La Ley 1987 C. 144; "Etcheverry O. c/ Provincia de Buenos Aires", La Ley, 1985 E., 43; "Rodríguez Mario c/ Provincia de Buenos Aires", 3.7.1985, La Ley 1985 C. 342; "Martínez Hugo c/ Provincia de Buenos Aires", 19.12.1995; "Phalarope S.A. c/ Santiago del Estero" 2.6.1994; "Menkab S.A. c/ Provincia de Buenos Aires", 5.10.1995 La Ley 1996 E, 139. Cit. Abella, Adriana. *Derecho Notarial, Derecho Documental*, Ob. cit., pág. 179 y sgts.

tos mediante la prueba del conocimiento por el tercero de que su actitud no se ajusta sinceramente al comportamiento debido”²¹. También ha sido resuelto que: “frente a la existencia de la confección de un asiento registral sobre la base de un título falsificado, ni siquiera puede invocarse la función publicitaria de dicho asiento”²². No obstante, como se dirá después, el asiento no puede dejarse sin efecto y sin orden judicial.

III.2. Inexactitud registral

Se habla de inexactitud registral cuando existe desacuerdo entre lo registrado y la realidad extrarregistral. Puede acontecer por un error en el documento que accede, en la minuta rogatoria o por error u omisión material del registrador en el vuelco en el folio.

La presunción de integridad del Registro impone la corrección de asientos que no respondan a la realidad, a fin de restablecer la aptitud de desempeñar una publicidad formal eficiente.

Los caminos para la rectificación son señalados por el art. 35 de la Ley Nacional de Registro de la Propiedad Inmueble. Así, cuando el desajuste proviene “de error u omisión en el documento, se rectificará, siempre que a la solicitud respectiva se acompañe documento de la misma naturaleza que el que motivó la inexactitud o resolución judicial que contenga los elementos necesarios a tal efecto. Si se tratare de error u omisión material de la inscripción con relación al documento a que accede, se procederá a su rectificación teniendo a la vista el documento que la originó”²³.

21 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 08/04/1997, “Masri, Victoria S. c. Registro de la Propiedad Inmueble”, 30/6/96, La Ley 1998-B.

22 CNCiv., Sala F, agosto 27-1979. Sigfrido S.A. en: “Erdman del Carril, Elisa M. E. y otros c. Lozada Mario”, La Ley, 1980-D.

23 ABELLA, Adriana. *Derecho Inmobiliario Registral*, Zavallía, Buenos Aires, 2008. La rectificación, modificación o aclaración de un asiento, sobre la base de lo dispuesto por el art. 35 de la ley 17.801 y sus modificatorias se hará por nota en el rubro pertinente del folio, con los siguientes datos: a) Número y fecha de presentación de la solicitud o documento que la autorice. b) Funcionario autorizante o solicitante. c) Breve síntesis de lo modificado, aclarado o rectificado. Cuando la rectificación, modificación o aclaración fuere originada por errores materiales del documento que originó el asiento, o de éste mismo, ella se efectuará: a) Con la presentación del documento inscripto, rectificado y salvado y con la constancia de que la rectificación concuerda con la escritura matriz. b) Con la presentación de mandato rectificatorio o del documento inscripto rectificado y salvado por autoridad competente. c) Con la presentación del documento inscripto únicamente, cuando el error sólo estuviere en el asiento. En todos los casos se presentará la solicitud indicando la rectificación, modificación o aclaración que se pretende (arts. 71 y 72 DR2080 de la LNR).

Los errores cometidos al confeccionar los asientos no podrán corregirse con enmiendas, tachas o raspaduras, ni colocándose la palabra error, una vez que fue cerrado el asiento. En tal caso, deberá practicarse un nuevo asiento en el que se expresará el error rectificándolo claramente.

Las inscripciones se cancelan a petición de parte o caducan de pleno derecho. Esto se refiere a cualquier tipo de asiento, sea de inscripción o de anotación y, en su caso, definitiva o provisoria. La cancelación de los asientos viciados, provenientes de documentos falsificados, sólo puede provenir de orden judicial, previa tramitación de un proceso llevado en debida forma, cuestión cuyo análisis es ajeno al Registro²⁴.

La inexactitud en la certificación genera la responsabilidad del Estado, en tanto el perjuicio sea producto de la actividad administrativa y esta, a su vez, pueda considerarse un ejercicio objetivo de la función. La responsabilidad surge cuando la inexactitud se traslada al plano externo. La no recepción del principio de fe pública registral no significa el desconocimiento de la "plena fe" que, como instrumento público, confiere las disposiciones del Código Civil a los asientos y certificaciones registrales. Si el certificado no refleja fielmente el contenido del asiento, la información omitida no podrá oponerse a los terceros de buena fe que hubieran escriturado en base a él. El certificado produce una presunción de certeza de lo que en él se hace constar y afirma, y si omite informar la existencia de medidas cautelares y se formaliza el acto en base a éste el adquirente es de buena fe y el título será inscripto²⁵.

IV. LA ESPECIALIDAD EN EL DERECHO REGISTRAL

En los sistemas registrales que toman como base el objeto de la relación jurídica, el principio de especialidad adquiere su máxima relevancia, ya que el bien, su elemento menos cambiante, se convierte en la unidad fundamental y básica del sistema (técnica de folio real), con señalamiento de su ubicación y descripción, medidas, superficie y linderos, y cuantas especificaciones resul-

24 Véase ABELLA, Adriana. *Derecho Inmobiliario Registral*, Zavallía, Buenos Aires, 2008, pág. 78 y sgts.; y sobre "Formas instrumentales de subsanación". Abella, Adriana. *Derecho Notarial, Derecho Documental*, 2da. edición, Buenos Aires, Zavallía, 2010, pág. 470 y sgts.

25 ABELLA, Adriana. *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 74 y sgts. La Cámara Civil en pleno se expidió en este tema y dijo: "La existencia de un embargo sobre el inmueble, anotado en el Registro de la Propiedad, pero omitido en el certificado en virtud del cual actuó el escribano al autorizar la escritura de venta, no obstaculiza la inscripción del acto". 21/4/76, "A. de Malbin s. rec. de Recalificación". Véase "Colección Plenarios Derecho Civil", comentados, Dir. Mariani de Vidal M., Coordinadora Abella, Adriana, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 944.

ten necesarias para su completa individualización. El asiento de matriculación se redactará indicando la ubicación y descripción del inmueble y cuantas especificaciones resulten necesarias para su completa individualización (arts. 12, 14 y CC de la ley 17.801).

La utilización de la unidad del inmueble sustenta la vigencia de especialidad y tracto sucesivo, pues ello resulta indispensable para un buen ordenamiento registral.

Los registros de folio real exigen la necesaria correspondencia entre registro y catastro. El registro puede inventar un derecho que no existe en cabeza de un titular, pero no puede crear un pedazo de tierra que físicamente no tiene existencia; por tanto, cuando tal correlación falta, los registros no ofrecen seguridad²⁶.

Advertimos que si bien el art. 41 de la ley 17.801 dispone que la inscripción no puede restringirse o limitarse por razones administrativas o fiscales, otras disposiciones hacen referencia a la necesaria correlación entre el registro de datos jurídicos y el de determinación física del inmueble.

En los casos de división o unificación de un inmueble, el registrador debe exigir el plano aprobado por las autoridades locales²⁷.

De ocurrir modificaciones en la determinación del inmueble, la registración, ingresado el título, se cumplirá con el procedimiento indicado en la ley 17.801 art. 13: "Si el inmueble se dividiera se confeccionarán tantas nuevas matrículas como partes resultaren, anotándose en el folio primitivo la desmembración operada". Y cuando diversos inmuebles se anexaren o unificaren, se hará una nueva y única matrícula de las anteriores, poniéndose nota de correlación. En ambos casos se vinculará la o las matrículas con los planos de mensura correspondiente"; es decir que, en caso de división, el conjunto de matrículas o submatrículas que conforman el total que compone un edificio dividido en horizontal, genera la publicidad independiente²⁸.

En las condiciones apuntadas, la utilización de la técnica de folio real²⁹ posibilita una adecuada expresión del principio de especialidad en cuanto al inmueble y a la eventual coordinación de sus datos descriptivos con la información utilizada por los órganos urbanísticos.

26 ABELLA, Adriana. *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 105 y sgts.

27 Véase SC Mendoza, sala II, mayo 15-992. I., A.R., DJ 1993-1-230.

28 En la Ciudad de Buenos Aires el número de matrícula se compone por la cifra de la circunscripción y el número ordinal asignado al inmueble; en Provincia de Buenos Aires se abren matrículas por partidos.

29 Recomendada en la Carta de Buenos Aires y reiterada en el II Congreso Internacional de Derecho Registral.

En cuanto a las indicaciones urbanísticas deberá darse cumplimiento a lo que señalen los ordenamientos nacionales³⁰. Tratándose de restricciones parcelarias que consten o estén indicadas en planos de mensura, basta con indicar en el folio mediante un asiento complementario, el número o característica identificatoria del plano correspondiente.

V. EL CATASTRO EN LA ARGENTINA

El catastro en la Argentina es un organismo administrador de datos correspondientes a objetos territoriales y un registro público de los datos relativos a ellos.

La ley nacional 26.209 entiende por relevamiento “el acto de determinación o mensura del estado parcelario de un inmueble ejecutado y autorizado por un profesional con incumbencia en agrimensura”, quien asumirá la responsabilidad profesional de la documentación suscripta.

La regulación parcelaria corresponde a la autoridad con competencia en el ordenamiento territorial y, según el régimen argentino a cada provincia, con principios que rigen la clasificación y calificación de los usos del suelo. Ello en función de la distribución federal, razón por la cual ocurren diferencias en la normativa en cada provincia, y diversos desarrollos de sus catastros.

El catastro territorial está destinado a llevar un censo de la propiedad territorial y, entre sus actos, conocer, determinar y medir el espacio de cada región y sus características, con el fin principal de trasladarlos en forma figurada a documentos cartográficos que los representen con identidad y semejanza, dándoles existencia virtual registrable. Dentro de este marco de análisis, el objetivo principal de un catastro moderno estriba en contar con la información gráfica y digital básica, para: a) la fiscalización apropiada del suelo; b) la planificación del uso del suelo; c) la administración del suelo; y d) la coordinación de la inversión pública en el suelo. Por ello se dice que los catastros tienen carácter *plurifinalista*.

30 En el IV Congreso Internacional de Derecho Registral se trató el tema y se señaló en sus conclusiones: de un lado, en cuanto a la decisión planificadora se refiere directamente y mediante individualización precisa, a fincas o parcelas que constituyan unidades registrales, sus previsiones deberían relacionarse en el asiento registral como elemento colaborador del principio de determinación o especialidad; de otro, la ejecución del planeamiento en cuanto implique modificación física de los predios, alteraciones en la titularidad de los derechos inscriptos, limitaciones de carácter real o gravámenes hipotecarios en garantía de obligaciones urbanísticas, debería ser objeto de inscripción para dotar de la necesaria eficacia frente a terceros a los actos o negocios jurídicos de ejecución derivados de los planes.

Existe coordinación entre el Registro Inmobiliario y el Catastro, empero el objeto y la competencia de estos organismos son específicos, sin perjuicios en la intervencionalidad y apoyo recíproco que deben prestarse y así: 1) el Catastro aporta al Registro los datos descriptivos y gráficos de los inmuebles, especialmente medidas lineales, superficiales y de linderos, como también los demás datos que los individualicen; 2) a su vez, el Registro Inmobiliario aporta al Catastro las modificaciones de las titularidades de los inmuebles, registradas.

Si bien el desarrollo del catastro es importante para el perfeccionamiento del registro no puede cambiar la estructura jurídica, consagrada en la legislación de fondo.

VI. LA CUESTIÓN DE LA DETERMINACIÓN JURÍDICA Y CATASTRAL DEL INMUEBLE

Los inmuebles por su inmovilidad son regulados por la ley del lugar en que se encuentran; su determinación no surge de la propia naturaleza sino de la voluntad humana.

Es en el título de propiedad donde se determina el objeto de ese derecho. Como dijimos, en la escritura surge la descripción del inmueble según el título antecedente y, en caso de existir plano de mensura registrado, según este, se relacionan los datos que surgen de la certificación catastral.

La exacta delimitación del inmueble exige las operaciones de deslinde, amojonamiento y cerramiento. Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad.

Se distinguen como operaciones distintas, el amojonamiento y el deslinde: El amojonamiento se efectiviza a pedido del propietario cuando los confines entre dos fundos, si bien ciertos y determinados, están desprovistos de señales físicas para hacerlos reconocibles, sea porque no se han puesto nunca o porque las señales han ido desapareciendo³¹. Se trata de una facultad inherente a la propiedad y, por consiguiente, imprescriptible. El deslinde es, precisamente, la operación de trazar, sobre el propio terreno o sobre un plano, desde el cual puedan trasladarse a la superficie, los límites entre dos o varias fincas³². La acción de deslinde requiere que haya confusión de límites,

31 La operación consiste en marcar con hitos o mojones los límites establecidos cuando no hay contienda sobre cuáles son estos, o bien, si la contienda ha quedado resuelta, por el deslinde efectuado en cualquiera de sus modalidades.

32 La operación de deslinde se facilita singularmente por el catastro o plano geométrico oficial de la propiedad territorial en el cual se trazan los límites de cada parcela.

de forma que no pueda tenerse conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad. Si existen diferencias o divergencias de deslinde, o estuviesen confundidos los límites se puede dar lugar a la acción prevista en los arts. 2746 al 2755 CC y 673 y sgts. CPCCN, sin perjuicio de lo dispuesto sobre mensura judicial en los arts. 658 y sgts. de este segundo cuerpo legal.

En el plano de mensura, el agrimensor deberá referenciar la ubicación georeferenciada del inmueble, los límites, sus linderos, medidas lineales, angulares y superficie, y la causa que le da origen. La mensura es la operación técnica que consiste en medir y ubicar en el plano las dimensiones que constan en el título de propiedad del inmueble y, si existe diferencia de superficie entre el título y el plano de mensura que excede la demasía, deberá analizarse y resolverse según cada caso.

El plano de mensura determina la realidad física, pero el plano no quita ni agrega superficie al título. Los excesos de la demasía³³, faltantes o reducciones de superficie -excedentes y sobrantes-, se resuelven en cada caso según el procedimiento legal³⁴.

El dominio se adquiere por los modos de adquisición legales y, según el art. 3270 CC no se transmite a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, razón por la cual para ajustar la realidad jurídica a la física es necesaria la intervención notarial o judicial.

También ocurren modificaciones por el ejercicio de actos posesorios que generen la adquisición del dominio por usucapión. En ese caso, el poseedor confecciona un plano para usucapir y la sentencia de usucapión contendrá la determinación del objeto, ocurriendo el cambio en la dimensión jurídica del inmueble. Otra situación común ocurre por la expropiación del inmueble y, como dijimos, puede modificarse la dimensión del inmueble por subdivisiones o por unificaciones parcelarias, claro que el plano debe protocolizarse.

El registrador sólo tomará en cuenta los planos de división, anexión o modificación parcelaria que modifican la configuración del inmueble matriculado, si dicho plano, debidamente registrado en catastro, es acompañado de documento notarial, judicial o administrativo. En todos los casos, toda alteración de los elementos o circunstancias inscriptas en el folio debe llevarse a cabo con las garantías legales.

33 La demasía superficial es toda área que resulte cubierta en los títulos vigentes, mediante operaciones de mensura registrada oficialmente, debiéndose consignar en el balance de superficie del plano de mensura. Conf. arts. 1345 y 1346 del CC.

34 Véase ABELLA, Adriana. *Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 2008, pág. 113.

VII. CONCLUSIÓN

En las consideraciones apuntadas se advierte la incumbencia de distintos funcionarios y profesionales que intervienen en la determinación jurídica y catastral del inmueble y su incidencia en la inscripción registral.

La competencia, aptitud funcional atribuida a un sujeto u órgano para entender con plena eficacia en un asunto dado, adquiere mayor relevancia cuando la ley designa técnicamente la medida en que participa cada órgano en el ejercicio de las funciones y, en ese orden, la actividad notarial, registral y catastral está perfectamente determinada en los respectivos ordenamientos.

Concluimos que la seguridad jurídica en materia inmobiliaria se logra por el acatamiento estricto al marco normativo, respetando el principio general del derecho de propiedad, que tiene protección constitucional en el derecho argentino.



Academia Nacional del Notariado

Análisis de cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera*

Mariano Esper

SUMARIO. *I. Presentación del tema. II. Breve introducción al dinero y a las obligaciones dinerarias. III. Aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual. IV. Cláusulas contractuales usuales vinculadas con el precio en moneda extranjera. V. Aplicación de las cláusulas analizadas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo. VI. Epílogo. VII. Bibliografía.*

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Este trabajo expone la redacción de algunas cláusulas que con frecuencia se insertan en los contratos en general y en los contratos inmobiliarios en particular; vinculadas con la moneda de pago en dinero extranjero, con la finalidad de examinar diversos aspectos de su contenido, su funcionamiento y su ejecución, particularmente a la luz de las medidas gubernamentales de restricción para adquirir moneda extranjera que se han dictado en nuestro país desde octubre de 2011 en adelante.

* Trabajo elaborado por el autor para su exposición en el LXVI Seminario teórico práctico "Laureano A. Moreira" desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 7 y 8 de noviembre de 2013.

II. BREVE INTRODUCCIÓN AL DINERO Y A LAS OBLIGACIONES DINERARIAS

II.1. El dinero

Haremos una sintética presentación de las cuestiones indicadas en el título, dado que la materia es vastísima y su profundo estudio contraría la finalidad y el contenido de este trabajo.

a) La doctrina económica explica, en general, que el *dinero* desempeña las siguientes funciones económicas:

- Sirve como medio de *intercambio* de bienes y servicios que se adquieren con él, sustituye y simplifica el antiguo -pero no por ello desusado- sistema de trueque que se verificaba particularmente en las agrupaciones humanas prehistóricas e históricas.

- Se emplea como *unidad de cuenta* para medir y comparar el valor de los bienes y servicios.

- Es útil como *depósito de valor* o como medio de *atesoramiento*, es decir, como un bien que conserva su propio valor durante largos períodos sin deteriorarse.

b) Desde el punto de vista jurídico, el dinero encuadra dentro de la categoría de cosa, en el sentido técnico-jurídico del art. 2311 CC, esto es, como objeto material susceptible de tener un valor. El valor del dinero estaría dado por la cifra indicada en su cuerpo, por su valor intrínseco o por el poder adquisitivo de ese dinero, según el caso.

El dinero es una cosa mueble, fungible, consumible y divisible, a saber¹:

- *Mueble*, en tanto puede transportarse de un lugar a otro (art. 2318, CC);

- *Fungible*, desde que "todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie" y pueden sustituirse unos por otros de la misma calidad y en igual cantidad (art. 2324, CC);

- *Consumible*, puesto que su existencia termina para quien deja de poseerlo por no distinguirse en su individualidad (art. 2325 y nota al art. 616, CC); y

- *Divisible*, atento a que sin ser destruido enteramente puede ser dividido en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma (art. 2326, CC).

1 Consultar CASIELLO, Juan J. y Highton, Elena I. "Comentario a los arts. 616 y 617", en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2 A, Hammurabi, 2ª ed. 1998, Buenos Aires, págs. 419 y sgts.

Desde otro punto de vista, la moneda o unidad monetaria de un país determinado se puede calificar como:

- De *curso legal*, cuando reviste el carácter de medio de pago obligatorio para cancelar deudas y obligaciones dinerarias, de modo que el acreedor no puede rehusarse a recibirla;

De *curso forzoso*, cuando es inconvertible, esto significa, que no puede ser canjeada, sustituida o convertida por su equivalente en reservas o divisas².

Estas dos categorías en las que la moneda puede ser clasificada no deben ser confundidas, dado que responden a criterios diversos y, por ende, sus consecuencias o efectos jurídicos son diferentes. La diferenciación resulta relevante, además, porque nuestro Código Civil en su texto originario y en su texto vigente alude a "moneda que no sea de curso legal en la República" (art. 617, redacción primitiva y actual, Código Civil).

II.2. La obligación dineraria

II.2.1. Concepto

En nuestro Derecho, las obligaciones de dar cosas se subclasifican en las siguientes especies: a) obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 574 a 600 CC); b) obligaciones de dar cosas inciertas o de género (arts. 601 a 605 CC); c) obligaciones de dar cantidades de cosas (arts. 606 a 615 CC); y, finalmente, d) obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 616 a 624, mismo CC).

Sintéticamente, se puede afirmar que la obligación de dar dinero es aquella que desde su origen tiene por objeto la entrega de una suma de dinero³ o aquella en la que el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación⁴. El primer caso es la hipótesis más frecuente: se pacta entregar equis cantidad de pesos, de dólares estadounidenses o de cualquier otra moneda; el segundo supuesto se verifica cuando, por ejemplo, se acuerda entregar equis cantidad de moneda de curso legal en "tal o cual país o territorio".

II.2.2. Las obligaciones dinerarias en el Código de Vélez

La importancia del dinero en la economía de un país y del mundo en general, por las funciones relevantes y variadas que posee, a las que antes referi-

2 Ver BARREIRA DELFINO, Eduardo A. "Convalidación de la prohibición de indexar", SJA 14/07/2010, pág. 9 y sgts.

3 LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II-A, 6ª ed. act. por Patricio Raffo Benegas, Abeledo Perrot, 2012, Buenos Aires, pág. 127.

4 Cf. Art. 765 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

mos, determina que exija un tratamiento jurídico particular, diferente al previsto para las restantes cosas muebles.

En este sentido, VÉLEZ SARSFIELD reguló las obligaciones dinerarias en los arts. 616 a 624, CC, en un capítulo separado dentro del título destinado a tratar las obligaciones de dar. Sin embargo, como es sabido, el autor diferenció el tratamiento jurídico de las obligaciones dinerarias según si tuvieran por objeto la entrega de moneda de curso legal en el país -monedas nacionales- o si tuvieran por objeto moneda que no poseyera curso legal en la República -monedas extranjeras-.

En el régimen originario del Código Civil, la obligación que tuvo por objeto la dación de moneda nacional era considerada como una obligación de dar sumas de dinero propiamente dicha, a la cual se le aplicaban las disposiciones ya indicadas de los arts. 616 a 624 CC. Esta clase de obligaciones era gobernada por el principio nominalista reflejado en el texto originario del art. 619 CC, según lo sostenía la doctrina y la jurisprudencia⁵.

Por el contrario, si la obligación del deudor tenía por objeto entregar moneda que no tuviera curso legal en el país, la obligación debía considerarse “como de dar cantidades de cosas” (art. 617, texto originario, CC); es decir que la moneda extranjera no era calificada jurídicamente como dinero o, mejor dicho, su régimen jurídico no era asimilable al del dinero nacional. Así, en los supuestos de contratación en moneda que no tenía curso legal en el país, muy frecuentes en la época de sanción del Código Civil, la obligación no era de dinero propiamente dicha, sino que se asemejaba jurídicamente a una obligación de dar cantidades de cosas. VÉLEZ SARSFIELD, en verdad, sostuvo desde siempre que “el dinero pertenece a las cantidades” (nota al art. 616, CC).

II.2.3. Las obligaciones dinerarias en el Derecho vigente

La sanción de la ley 23.928 de Convertibilidad del Austral (B.O. 28/03/1991), autodeclarada de orden público (art. 13), alteró el régimen de las obligaciones dinerarias en general y el de las obligaciones de dar moneda extranjera en particular, al modificar los arts. 617, 619 y 623 CC, y estatuir en su art. 7° un sistema nominalista rígido e indiscutible. Además, esa ley prohibió terminantemente las normas legales y reglamentarias y las cláusulas contractuales que admitieran o autorizaran cualquier tipo de actualización monetaria (arts. 7, 8 y 10, ley cit.).

5 Art. 619, texto originario, Código Civil: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda corriente nacional, cumple su obligación dando la especie designada, u otra especie de moneda nacional al cambio que corra en el lugar el día del vencimiento de la obligación”.

En lo que nos interesa, la ley 23.928 sustituyó el texto originario del art. 617 CC que, como señalamos, establecía que las obligaciones de moneda extranjera se regían por las disposiciones de las obligaciones de dar cantidades de cosas, por la siguiente redacción: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”.

Entonces, desde la vigencia de la ley 23.928 (01/04/1991) -simplificando y evitando participar del inconcluso debate respecto de si la moneda extranjera tiene o no curso legal en nuestro país, o, en su caso, qué clase de moneda extranjera lo tendría⁶-, lo cierto es que desde el año 1991, el Derecho argentino equiparó el tratamiento legal de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera con el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda nacional.

Por otra parte, la modificación del art. 619 CC por la ley 23.928 implicó establecer, para todas las obligaciones dinerarias de moneda nacional o extranjera, un rígido y pétreo nominalismo en estos términos: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento” (art. 619 CC). El mismo sistema nominalista fue consagrado simultáneamente por el art. 7° de la ley 23.928.

Las modificaciones introducidas a la ley 23.928, incluso al art. 7° de esta, por la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario no alteraron la sustancia de ese régimen legal, en lo que aquí se analiza e interesa.

II.2.4. Las obligaciones en moneda extranjera

La antigua y vigente ley 1130 de Unidad Monetaria de la República Argentina, de 1881, que creó el peso oro, unidad monetaria vigente y con curso legal en la República, establecía en su art. 7° una prohibición genérica de circulación de toda moneda extranjera de oro y de plata. Se discutía entonces si esa prohibición se mantenía vigente a lo largo del tiempo o no.

Más allá de ciertas posiciones, la doctrina y jurisprudencia entendieron que no existía prohibición legal para contratar en moneda que no tuviera curso legal en la República, y así se constató y se constata perceptiblemente en la práctica negocial.

6 Consultar HIGHTON, Elena I. Ob. cit., pág. 444 y sgts.

La sanción de la ley 23.928 de Convertibilidad del Austral, al equiparar jurídicamente el régimen a las obligaciones dinerarias cualquiera fuera su objeto -moneda nacional o moneda extranjera-, concluyó con aquellos debates⁷.

La doctrina señala regularmente que la moneda extranjera desempeña en la contratación de nuestro país diversas funciones, a saber:

- Como *cosa u objeto debido*, esto es, funcionando como “moneda-mercancía”. Ejemplos de esta modalidad son el mutuo y el depósito de dinero, y la compraventa de moneda extranjera, entre otros supuestos.

- Como *precio* de los bienes o servicios contratados, esto es, empleada en la función específica de “dinero”. Es la modalidad más usual y extendida en la práctica contractual. Se sostiene que, en virtud de los procesos económicos que han deteriorado el valor de la moneda nacional a lo largo del tiempo y que han provocado la pérdida de credibilidad y de confianza en el signo monetario nacional, esta función de “dinero” que asume la moneda extranjera encierra o cumple una función de verdadera “cláusula de estabilización o de ajuste” de la prestación dineraria, en virtud del valor estable que ciertas monedas foráneas mantienen en el tiempo, ajenas a las fluctuaciones del valor adquisitivo que afectan a la moneda nacional. Una uniforme corriente jurisprudencial admitía, en estos supuestos, que el deudor podía cancelar la obligación dineraria extranjera por su equivalente en moneda nacional⁸. Ejemplos de esta función de precio de la moneda extranjera, que encierra generalmente una verdadera cláusula de estabilización monetaria, son la compraventa, la locación de cosas, de servicios o de obra, *leasing*, contratados por un precio en moneda foránea, entre otras hipótesis.

- Finalmente, una tercera posición, diferente de las anteriores o como variante de la precedente, señalaba la hipótesis de contratos en los que la moneda extranjera debía considerarse como verdadero dinero cuando se había previsto como “moneda esencial” del negocio, supuesto en el cual no se admitía el pago de la prestación dineraria por su equivalente en moneda nacional, dado que el deudor debía entregar, y el acreedor debía recibir, la cantidad exacta de la unidad monetaria especialmente fijada en el contrato⁹.

7 Ver TRIGO REPRESAS, Félix A. “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, RCyS 2012-XI-5.

8 Ver BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1958, pág. 262.

9 Ver C. Nac. Civil, sala C, 26/11/1985, “Vignola, Nidia A. v. Colombo Marchi, José”, LL 1986-B-301.

III. ASPECTOS RELEVANTES DEL ESCENARIO ECONÓMICO-JURÍDICO ACTUAL

Antes de ingresar a examinar ciertas cláusulas contractuales vinculadas con el precio en dinero extranjero que se presentan masivamente en los contratos de nuestro país, de potencial conflictividad judicial, conviene resaltar algunas notas salientes del escenario económico-jurídico de nuestros días, que resultan decisivas para examinar correctamente nuestra temática, a saber:

- La presencia de una *inflación prolongada y elevada*, que afecta simultáneamente el valor adquisitivo de la moneda nacional, y lo deteriora; y el precio de los productos y servicios, encareciéndolos.

- La prohibición legal de indexar o de pactar en los contratos, cláusulas de estabilización monetaria: la tajante veda legal surge de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928 de Convertibilidad del Austral que, si bien fueron modificados por la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, no se modificó la sustancia ni el espíritu de la interdicción legal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó recientemente la vigencia irrestricta de aquella prohibición¹⁰;

- Las medidas dictadas por el Estado Nacional que tienen por objeto restringir la adquisición de moneda extranjera en el mercado único y libre de cambios establecido por el Decreto 260/2002 de Régimen Cambiario. Mercado libre y único de cambios. Aquellas medidas gubernamentales se dictaron a partir de fines de octubre de 2011 y, con el paso del tiempo se fueron acentuando, en el sentido de que se profundizaron paulatinamente las restricciones para acceder al mercado único y libre de cambios, es decir, para adquirir moneda extranjera. Las medidas en cuestión fueron establecidas por un conjunto extenso de disposiciones, compuesto principalmente, entre otras, por las Resoluciones N° 3210/2011, 3212/11, 3333/12 y 3356/12 de la Administración Federal de Ingresos Públicos y por las Comunicaciones "A" 5239, 5240, 5241, 5242, 5245, 5261, 5264, 5318, 5330 y 5377 dictadas por el Banco Central de la República Argentina.

No parece que el alcance de las medidas estatales susodichas tenga por resultado indirecto y extremo llegar a calificar a la moneda extranjera como una cosa *fuera del comercio* en los términos de los arts. 2336 y sgts., CC -desde que su adquisición requiere de una autorización pública previa-, ya que si así se sostuviera llevaría fatalmente a reputar nulo el acto por aplicación de los arts. 953, 1167 y concs., CC, aun cuando pueda válidamente sostenerse que

10 CSJN, 20.04.2010, "Massolo, Alberto J. v. Transporte del Tejar SA", SJA 14/07/2010, pág. 3.

el objeto del contrato en esos casos no sería la moneda extranjera con que se pretende cancelar el precio acordado, sino la cosa, hecho, etc., que se debe entregar o prestar.

IV. CLÁUSULAS CONTRACTUALES USUALES VINCULADAS CON EL PRECIO EN MONEDA EXTRANJERA

Efectuada la introducción breve y necesaria sobre las obligaciones dinerarias y sobre los aspectos relevantes del escenario económico-jurídico actual, nos detendremos en el objeto central de este trabajo, cual es examinar algunas cláusulas contractuales relacionadas con el precio en moneda extranjera que se advierten con frecuencia en la práctica contractual en general y en los contratos inmobiliarios en particular.

Debemos resaltar que resulta sumamente frecuente, como lo demuestra la experiencia profesional, que esas cláusulas se presenten conjuntamente en los contratos de que se trate y que, en numerosas ocasiones, su redacción resulte aglutinada en una sola y única cláusula, con redacciones a veces confusas o intrincadas.

Las cláusulas que concretamente examinaremos en los próximos apartados son las siguientes:

- cláusula “de solvencia” de la parte adquirente;
- cláusula de moneda extranjera como “condición esencial” del negocio;
- cláusula de asunción del riesgo cambiario;
- cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos;
- cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos.

Finalmente, escrutaremos brevemente la aplicación de esas cláusulas en los contratos por adhesión y en los contratos de consumo.

IV.1. Cláusula “de solvencia” de la parte adquirente

IV.1.1. Redacciones usuales

Los textos frecuentes de esta cláusula pueden sintetizarse en los que siguen:

- a) “La parte adquirente declara que realmente posee en el país la cantidad de divisas necesarias para atender el pago de las cuotas de precio convenidas en este contrato”;

b) “La parte adquirente manifiesta en forma expresa tener en su poder el dinero físico en la divisa norteamericana en cantidad suficiente para cancelar la operación que por este acto se instrumenta”.

IV.1.2. Validez de este tipo de cláusulas

Esta clase de pactos o declaraciones son absolutamente válidas en el marco de la contratación libre que provee y protege nuestro ordenamiento jurídico (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CC), en tanto resulten de la expresión libre y no viciada de la voluntad contractual y a salvo de lo que se expondrá respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

IV.1.3. Efectos jurídicos

El impacto jurídico que provocan cláusulas como las transcriptas varía según la posición del acreedor o del deudor en la obligación de dar dinero extranjero de que se trate, a saber:

- *Con relación al acreedor:* esta cláusula refuerza y consolida -aún más- su derecho a obtener la prestación dineraria en la moneda foránea acordada, ahuyentando posibles defensas o argumentaciones del deudor fundadas en eventos externos, complicaciones de diversa índole, casos fortuitos, etc., para evitar el pago en la especie de dinero particularmente pactado;

- *Con relación al deudor:* la cláusula por la cual éste se postula solvente y, en posesión real del dinero extranjero necesario para cancelar sus obligaciones dinerarias pendientes, podría considerarse jurídicamente como la confesión extrajudicial de un hecho, que le impediría posteriormente alegar situaciones externas que pudieran incidir en su autodeclarada posición de solvencia, desde que sí posee el dinero extranjero necesario para cancelar el saldo de precio, las cuotas debidas, etc., entonces las restricciones para adquirir moneda extranjera no podrían perjudicarlo. Así, cualquier evento externo que afecte su titularidad o tenencia de moneda extranjera no podría ser invocado por él en virtud del principio *res perit et crescit domino* (arts. 578 y sgts. y concs., y nota al art. 578 CC).

IV.2. Cláusula de moneda extranjera como “condición esencial” del negocio

IV.2.1. Redacciones usuales

Regularmente, esta cláusula presenta textos similares a estos:

a) “El pago del precio establecido en este contrato deberá efectuarse inexcusablemente en la moneda dólar estadounidense pactada, como condición del presente convenio”;

b) "El precio se fija en forma exclusiva y como condición esencial de esta operación en moneda dólar estadounidense, por haber sido libremente convenido entre las partes como condición del presente contrato, debiéndose realizar los pagos en dólares estadounidenses billete sin restricciones y de libre disponibilidad".

IV.2.2. Validez y utilidad de este tipo de cláusulas

Como en el supuesto de la cláusula anterior, esta clase de estipulaciones son plenamente válidas en nuestro ordenamiento jurídico en el marco de la autonomía de la voluntad, en tanto constituyen el resultado de una voluntad expresada de forma libre y sin vicios (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CC).

La inserción de cláusulas de este estilo en los contratos celebrados en moneda extranjera se explica fácilmente como un medio para enfatizar la importancia que las partes han dado a la moneda foránea en el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato y para reforzar la interpretación jurídica del acuerdo de voluntades, en el sentido de asignarle a la moneda extranjera un rol central en el contrato (doct. reglas establecidas en los arts. 217 y sgts., Código de Comercio; aplicables a los contratos civiles)¹¹.

En materia de títulos de crédito, que no son contratos, la ley vigente permite claramente que el librador disponga que el pago debe efectuarse en una moneda determinada. Es la cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera (art. 44, tercer párrafo, respecto de la letra de cambio y art. 103, respecto del pagaré, Decreto-Ley 5965/1963 de Letra de Cambio y Pagaré), lo que elimina cualquier incertidumbre sobre la validez de esas estipulaciones en aquel tipo de actos.

IV.2.3. Efectos jurídicos

Primeramente, corresponde aclarar una cuestión terminológica importante: la expresión "condición" que se utiliza en este tipo de cláusulas no alude ni se refiere en modo alguno a la condición jurídica de que tratan los arts. 527 y sgts. CC, sea en su variante suspensiva o resolutoria, por la cual se subordina la adquisición de un derecho -condición suspensiva, arts. 545 y sgts. CC- o la extinción de un derecho adquirido -resolutoria, arts. 553 y sgts. CC- al acaecimiento de un suceso futuro e incierto.

¹¹ Ver LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Contratos*, t. 11, 2ª ed., La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, act. por Bueres, Alberto J., Mayo, Jorge A., pág. 77, comentario de los actualizadores.

Nada de ello acontece en el supuesto bajo análisis, desde que el derecho a percibir el precio en moneda extranjera ya se ha adquirido con la celebración del acuerdo de voluntades y su existencia no se encuentra supeditada a ningún hecho incierto y futuro, como acontece con la condición.

En verdad, la expresión “condición” utilizada en los contratos en este tipo de cláusulas sólo alude a que la moneda extranjera se erige como *elemento* esencial del acuerdo de voluntades. Las partes así lo han presupuesto y han configurado el negocio asignándole a la moneda extranjera un rol central y determinante en el contrato. Nada de ello se vincula con la condición jurídica a la que alude el Código Civil, puesto que no reúne su naturaleza, requisitos ni efectos.

En segundo término, el análisis de la cláusula en cuestión requiere diferenciar si se trata de contratos celebrados antes o después de las medidas estatales que restringen la adquisición de moneda extranjera. En el primer caso, podría debilitarse la fuerza jurídica de la expresión contractual de “condición esencial”, si la parte afectada solicitara la aplicación de los remedios legales que permiten resolver o readecuar el contrato (doctrina del art. 1198, segunda parte, CC.)¹². Mientras en el segundo supuesto, esto es en los contratos celebrados con posterioridad a la aparición de las normas gubernamentales en cuestión, la base o presupuesto del negocio expresa o tácitamente acordado impediría al deudor desconocer la situación fáctica y jurídica que influía y afectaba toda la operación. En esta última hipótesis, las circunstancias externas en que el negocio se celebró y acordó resultaron determinantes para que los contratantes estipularan la cláusula de “condición esencial” de la moneda del contrato, todo lo cual será sumamente relevante al tiempo de interpretar el convenio celebrado.

Finalmente, entendemos que la situación variaría sustancialmente si los contratantes hubieran indicado en el contrato cuál era el fundamento de que la moneda extranjera fuera una condición *-rectius-* elemento- esencial del acuerdo de voluntades, por ejemplo, indicando que lo era porque el acreedor -el vendedor, por ejemplo- requería indispensablemente esa moneda y no otra para pagar el precio de una operación simultánea que había celebrado o que se disponía celebrar, o para cancelar un préstamo dinerario solicitado, etcétera. En estos supuestos, resulta claro que la voluntad contractual se fundaba en un hecho concreto y real que coadyuvará a exigir el pago de la deuda en la moneda extranjera especialmente acordada.

12 Ver STRATTA, Alicia J. “Aplicaciones de la ‘teoría de la imprevisión’”, LL 1980-A-959.

IV.3. Cláusula de asunción del riesgo cambiario

IV.3.1. Redacciones usuales

Estas cláusulas suelen adoptar fórmulas semejantes a las siguientes:

a) "La parte adquirente declara conocer cabalmente la situación existente con relación a la moneda dólar estadounidense y las restricciones para su adquisición en el mercado cambiario y asume íntegramente el riesgo cambiario de esta operación";

b) "La parte adquirente toma expresamente a su cargo el eventual riesgo cambiario que esta operación implica".

Como lo hemos resaltado con anterioridad, pero lo enfatizamos especialmente en esta cláusula, resulta muy frecuente que esta previsión contractual se encuentre unida o redactada globalmente con la cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos, que analizaremos en los próximos apartados.

IV.3.2. Concepto de "riesgo cambiario"

Puede definirse el riesgo cambiario como la eventualidad de que sucedan hechos externos al contrato -propios del mercado, por ejemplo- u originados en ciertas decisiones gubernamentales en virtud de los cuales se modifique mínima o notoriamente la paridad entre la moneda nacional y la moneda extranjera pactada en el contrato, afectando en definitiva el sacrificio patrimonial a cargo del deudor de la obligación dineraria.

IV.3.3. Fundamentos, finalidad y validez de este tipo de cláusulas

La historia económica argentina desde mediados del siglo XX, aproximadamente, se encuentra infestada de acontecimientos extremos, medidas estatales intervencionistas, rupturas abruptas de variables macroeconómicas, devaluaciones extremas o sorpresivas, etc., el último de los cuales fue la gran crisis y devaluación monetaria ocurridas en los años 2001-2002, que afectaron el normal desenvolvimiento de las variables y relaciones económicas. Esta situación de inestabilidad económica crónica determinó que, desde hace tiempo, los contratantes insertan estipulaciones previendo el posible cambio de determinadas condiciones macroeconómicas vinculadas con el valor de la moneda nacional y su paridad con monedas extranjeras, particularmente con el dólar estadounidense.

Entonces, la finalidad de las cláusulas del estilo que se analiza, reside en regular la conducta debida por las partes ante el acaecimiento o aparición de

eventos externos o medidas gubernamentales que influyan o alteren el acuerdo de voluntades, particularmente en lo que atañe al precio en moneda extranjera acordado en el contrato.

La validez de este tipo de cláusulas se encuentra fuera de discusión, en tanto constituyan el resultado de un auténtico intercambio de voluntades libres y no viciadas, como señalamos en esta presentación (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CC), y a salvo de lo que expondremos respecto de su inserción en los contratos por adhesión y de consumo.

Sin embargo, debe resaltarse un aspecto evidente: en tanto los contratantes o uno de ellos asuma expresamente el denominado riesgo cambiario, esa asunción contractual dejará de ser en verdad un hecho "imprevisible" y, menos, un hecho "imprevisto". Todo lo contrario: se trata de un suceso futuro expresa y especialmente previsto por las partes en el contrato, y la cláusula que examinamos es una prueba concluyente de ello. Cabría preguntarse, por otra parte, a tenor de nuestra triste experiencia y tradición en esta materia, si existen en la Argentina decisiones económicas gubernamentales que puedan calificarse jurídicamente como realmente imprevisibles.

IV.3.4. Efectos jurídicos

La inserción de cláusulas contractuales similares a las que se examinan conlleva trasladar, a una de las partes -usualmente, el deudor de moneda extranjera-, en su perjuicio, el riesgo de que por circunstancias del mercado o debido a decisiones gubernamentales, se modifique la paridad entre la moneda nacional y la extranjera que debía entregarse por el contrato, o se impida adquirir la moneda extranjera de que se trate -entre tantos eventos posibles-, cuando ese riesgo recae normalmente en ambos contratantes si ninguna previsión se hubiera pactado al respecto.

IV.4. Cláusula de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y a alegar otros institutos jurídicos

IV.4.1. Redacciones usuales

Esta cláusula presenta fórmulas muy variadas en la práctica negocial. Un texto bastante usual es el siguiente: "La parte adquirente renuncia en forma expresa e irrevocable a invocar la teoría de la imprevisión, la teoría del abuso del derecho o cualquier otro instituto previsto o no por la ley o por la jurisprudencia y que esté vigente en la actualidad o se establezca en el futuro para pretender la revisión de lo pactado, una disminución o reajuste del precio fijado en forma definitiva en este contrato".

IV.4.2 Validez de este tipo de cláusulas

El análisis de la cuestión indicada en el subtítulo requiere diferenciar previamente cuál es la figura jurídica concreta que una de las partes renuncia invocar. No se puede realizar un análisis genérico sobre la materia, sino que deben discriminarse las distintas renunciaciones insertas en una misma cláusula según cuál sea la figura jurídica afectada.

Así, cabe diferenciar los siguientes institutos jurídicos:

a) *Teoría de la imprevisión*: Esta doctrina fue incorporada expresamente en el art. 1198 CC, con la reforma de la ley 17.771 de Reforma del Código Civil de 1968. Es controvertido si resulta válida la renuncia a invocar esta teoría, puesto que no existe uniformidad de pensamiento respecto de si la denominada teoría de la imprevisión constituye una institución de orden público, que invalidará su renuncia (doct. arts. 19, 21, 530, 872, 953 y concs. CC) o si no lo es y, por ello, su resignación resulta eficaz. Quienes argumentan la viabilidad de esta cláusula razonan que nuestro Derecho admite la renuncia a invocar el caso fortuito (arts. 513 y 889 CC) y que, por ello y con mayor razón, debe validarse la renuncia a esgrimir la doctrina de la imprevisión¹³.

Por otra parte, se suele sostener que la imprevisión no es una vinculación contractual, sino el modo de reajustar o resolver un contrato; entonces, lo que interesa es el carácter de orden público de un contrato dado y no el carácter de orden público de la imprevisión y que, por ello, para determinar la validez de la renuncia anticipada a la imprevisión, será necesario analizar el contrato de que se trata conforme a las circunstancias de lugar, tiempo y etapa.

b) *Abuso del derecho, reajuste o revisión del contrato con fundamento*

13 Rechaza la validez de la renuncia: Mosset Iturraspe, Jorge. *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 379-380; la admite, Llambías, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. 1, 7ª ed. act. por Patricio Raffo Benegas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, págs. 210-211.

Se ha resuelto que “al menos cuando es formulada por la ‘parte fuerte’ del contrato -en el caso, la empresa de construcciones vendedora de departamentos a construir- la renuncia a invocar la teoría de la imprevisión no es pasible de objeciones en cuanto a su validez” (C. Nac. Civ., sala A, 11/08/1978, ED 81-405); y que “ante todo, nunca podrá esgrimirse contra el deudor una renuncia ‘virtual’ a la teoría mencionada, ya que el art. 874 del Código Civil desecha su presunción e impone un carácter restrictivo a la misma” (C. Nac. Civ., sala C, 04/09/1980, JA 1981-III-238).

También se ha señalado que “no es dudoso que el párr. 2º del art. 1198 del Código Civil otorga un derecho a quien se ve perjudicado por el hecho extraordinario e imprevisible, derecho que desde luego puede ser renunciado si se tiene la capacidad prevista por el art. 868 pero esta renuncia, o la intención de realizarlo, no puede presumirse, debiendo ser interpretados restrictivamente los actos que tiendan a probarla, según lo dispone el art. 874” (C. Civ. y Com. Rosario, sala IV, 24/09/1981, “Izquierdo, Juan M. N. v. Miotto, Antonio L.”, JA 1982-IV-108).

en la equidad y enriquecimiento sin causa: Estas figuras jurídicas de diverso contenido, fundamento y aplicación, suelen incluirse en cláusulas de contenido similar a la que se analiza, prohibiendo a la parte adquirente invocarlas como un medio para pretender la revisión del precio acordado en moneda extranjera. El reconocimiento de estas figuras se encuentra en diversas normas del Código Civil (arts. 515, 656, 907, 1071, entre otras) por lo que no puede discutirse su consagración en nuestro ordenamiento jurídico. La inquietud versa sobre la validez o no de las renunciaciones a estos institutos.

Entendemos que estas tres figuras, esto es, la prohibición del abuso del derecho, la equidad y la prohibición del enriquecimiento sin causa, constituyen figuras jurídicas que se encuentran en la base de la celebración de los contratos o, mejor, de los actos jurídicos en general, y constituyen simultáneamente pilares de nuestro Derecho Privado y, aun, del ordenamiento jurídico en general, por lo que su renuncia se encuentra vedada a tenor de lo prescripto en los arts. 19, 21 y 872, entre otros del CC.

c) *Institutos jurídicos previstos en leyes de emergencia económica:* Las normas de emergencia económica que se puedan dictar para alterar el contenido de los contratos libremente acordados, alterando la moneda pactada o su valor o incidiendo en otros aspectos del vínculo jurídico -como ocurría, hace décadas, con las famosas leyes de emergencia en materia locativa que alteraban el precio o el plazo de los arriendos- podrían ellas mismas prever el modo en que se debe recomponer el equilibrio contractual afectado por la emergencia económica y por la propia normativa dictada para paliar ese estado de crisis. Así lo establecieron, por ejemplo, el art. 11 de la ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario y el art. 8º, Decreto 214/2002 de Reordenamiento del Sistema Financiero, que recurrían a la equidad o al denominado “principio del esfuerzo compartido” para solucionar los conflictos jurídicos derivados de la emergencia y de las normas dictadas consecuentemente.

La cuestión sobre la validez o la invalidez de las renunciaciones a esgrimir los institutos que pueda instaurar la normativa de emergencia económica se vincula directamente, como en el caso anterior, con la calificación de ley de orden público o no que merezca la legislación de que se trate. Las normas anteriores, por caso, se autotitularon de tal forma (art. 19, ley 25.561) y, aunque es cierto que ello no es de por sí definitorio para postular que una norma revista la condición de orden público, la intención expresa del legislador debe tenerse especial y primordialmente en cuenta, al tiempo de interpretar una norma jurídica, como se encuentra hartamente establecido.

Entendemos que ninguna duda cabe acerca de que las normas de emergencia económica son de orden público, en tanto la emergencia económica resulte constatada en la realidad y no se trate de una mera fórmula legal que

carezca de respaldo en los hechos y en las situaciones existentes en un momento y lugar determinados.

d) *Figuras jurídicas que puedan existir o crearse en el futuro*: Finalmente, la renuncia que también suele realizarse en los contratos respecto de todas las figuras o institutos jurídicos creados o que puedan crearse en el futuro constituye una renuncia carente de validez desde que, además del notorio abuso que denota una estipulación de estas características, el objeto de la renuncia recaería sobre algo incierto o desconocido que descalificará al acto como pacto jurídico válido y eficaz.

IV.4.3. Efectos jurídicos

Las consecuencias jurídicas de la inserción en los contratos de cláusulas semejantes a las analizadas variarán según si se admite o se rechaza la validez de la renuncia a esas figuras: en el primer caso impedirá, al afectado, fundar su reclamo o pretensión con base en la doctrina o teoría renunciada; mientras, en el segundo supuesto, la renuncia será considerada no escrita, inexistente o inválida, lo que permitirá al afectado ampararse en la figura resignada y esgrimir su derecho dentro de la protección que provea el instituto inválidamente declinado.

IV.5. Cláusula de pago con títulos públicos o con pesos para adquirir títulos públicos

IV.5.1. Redacciones usuales

Las anteriores cláusulas de riesgo cambiario y de renuncia a invocar la teoría de la imprevisión y otros institutos jurídicos, generalmente se complementan con otras cláusulas que prevén posibles situaciones de fuerza mayor que impidan cumplir en la moneda extranjera pactada, para las cuales, la propia estipulación, provee una solución, en el marco de la vigencia del contrato.

Usualmente, esas cláusulas poseen un contenido similar al siguiente:

a) "Para el caso de que disposiciones legales o causas de fuerza mayor hicieran imposible el pago del precio en la especie de moneda pactada, la parte adquirente deberá cumplir su obligación entregando a la otra parte la cantidad de títulos públicos de la República Argentina de la serie que esta última elija cuya venta en el mercado de Nueva York, Zürich o Montevideo, le permita adquirir en ese mismo mercado la cantidad de la moneda extranjera pactada en este contrato, necesaria para cancelar, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, el saldo de precio adeudado o que deba abonarse";

b) “Para el caso de que por decisión de política económica se torne imposible la adquisición de dólares estadounidenses billete...”, y continúa con una redacción similar a la anterior;

c) “Si por causas ajenas a la voluntad de las partes no fuera posible la entrega de dólares estadounidenses billete, la parte adquirente deberá entregar a la contraparte la cantidad suficiente de pesos que fuera necesaria para adquirir en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires o en el Mercado Electrónico Abierto, la cantidad necesaria de títulos públicos de la República Argentina en cualquiera de sus clases y series, para que vendidos en el mercado de Nueva York permita adquirir, libre de todo gasto, impuesto y/o comisión, los dólares estadounidenses billete necesarios para cancelar la obligación debida. Se considerarán válidas las cotizaciones publicadas en XX periódicos especializados”.

IV.5.2. Validez de este tipo de cláusulas

Estas cláusulas son válidas en tanto sean consecuencia de un contrato libremente concertado y sin vicios que lo afecten (doct. arts. 1137, 1143 y 1197 CC) y en tanto no afecten el orden público, no configuren un abuso del derecho, ni tipifiquen ninguna situación jurídica reñida con la moral o las buenas costumbres (art. 21, *a contrario sensu*, CC).

Recientemente, la jurisprudencia ha resuelto un supuesto donde se había pactado una cláusula de contenido similar a las expuestas anteriormente, incli-
nándose por su validez y plena aplicación a las partes contratantes¹⁴.

IV.5.3. Efectos jurídicos

La existencia de una cláusula como la analizada resulta determinante para guiar la conducta debida por los contratantes -especialmente, los pagos a cargo del deudor- en caso de que se verifiquen los supuestos de hecho, establecidos en la estipulación como condición para autorizar el pago mediante la entrega de títulos públicos o con pesos suficientes para adquirir títulos públicos, según se hubiera acordado.

El funcionamiento y operatividad de la cláusula requiere de la mutua cooperación entre las partes contratantes, dado que existen algunos aspectos -fecha de cotización a tomar en cuenta, entidad que intervendrá en la operatoria, etc.- que las estipulaciones de este tipo no precisan concretamente y que necesitan una adecuada implementación con base en la buena fe que las partes

14 C. Nac. Civ., sala E, 12/04/2013, “Torrado, Norberto Leandro v. Popow, Alexis”, LL 2013-D-215.

deben demostrar al tiempo de ejecutar e interpretar el contrato (doct. art. 1198, primera parte CC).

Una rápida lectura de las cláusulas en cuestión podría conducir a creer que nos encontramos frente a una obligación alternativa, de las previstas y reguladas por los arts. 635 y sgts. CC, cuyas diferencias con la obligación facultativa explica VÉLEZ en la nota al art. 651 CC. Entendemos que ello no es así y que la cláusula en cuestión no refleja una obligación alternativa, desde que no existe en la hipótesis que examinamos una obligación cuyo objeto sea diversas prestaciones independientes y distintas unas de otras, cuya elección corresponda ser realizada por el deudor (doct. art. 635 y 637 CC), sino que, en nuestro caso, se trata de una obligación cuya prestación resulta cierta y determinada desde su propia constitución: el deudor debe entregar la cantidad de dinero extranjero pactada en el contrato. Ahora bien: si por las circunstancias externas previstas en el negocio, el pago en ese tipo de moneda resultara imposible, entonces el propio contrato predetermina cuál es el procedimiento a cumplirse, esto es, la entrega de títulos públicos o de pesos para adquirir títulos públicos, en las condiciones que en cada caso se estipulen.

La estructura de la obligación que se analiza no se compadece con el perfil de la obligación alternativa prevista en los arts. 635 y sgts. CC. Se trata, en verdad, de una estipulación contractual que prevé una condición, cumplida la cual, se procederá forzosamente -y no electivamente- como se haya pactado y que, en caso de no cumplirse esa condición, no existirá otra alternativa para el deudor que pagar el precio debido con la entrega de la moneda extranjera particularmente estipulada en el acuerdo.

V. APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS ANALIZADAS EN LOS CONTRATOS POR ADHESIÓN Y EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

V.1. Contratos por adhesión

V.1.1. Nociones generales

El contrato por adhesión o contrato celebrado por adhesión, como es su correcto nombre, puede ser definido como aquel en el cual la formación del consentimiento se produce por la aceptación integral de una de las partes -adherente- al contenido contractual predispuesto unilateralmente por la otra -pre-disponente-, sin poder modificarlo. Es una categoría de contratos que refiere al modo en que el consentimiento contractual ha sido formado: sin negociación

de su contenido, por la sola conformidad de uno de los contratantes al contenido predeterminado por el otro¹⁵. El criterio de clasificación para determinar si se trata de un contrato de este tipo o si no lo es, entonces, reside en verificar si el consentimiento se ha prestado por adhesión de una de las partes al contenido predispuerto por la otra, o si ello no ha ocurrido.

El contrato por adhesión constituye una modalidad extendida desde hace décadas en la práctica negocial destinada a facilitar el consentimiento contractual, especialmente en la contratación en masa. La concertación de contratos a través de esta modalidad posee ventajas y desventajas¹⁶. Constituye una modalidad válida y lícita para celebrar contratos, pese a que usualmente constituye un modo que se presta o se utiliza para enmascarar abusos patrimoniales y prepotencia contractual, con inclusión de cláusulas abusivas, leoninas o vejatorias, o caducidades o renunciaciones de derechos de la parte más débil de la contratación.

Los contratos por adhesión no se encuentran regulados bajo esa categoría o denominación en el ordenamiento jurídico argentino, salvo, principalmente, por lo previsto en el art. 38, ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la aislada mención contenida en el art. 58, ley 19.550 de Sociedades Comerciales. Su régimen jurídico está dado por las normas generales de los contratos, de los actos jurídicos y de las obligaciones en general, y por los principios generales del derecho -buena fe, prohibición del abuso del derecho, etc.-.

Las particularidades del contrato por adhesión en cuanto a la génesis y formación del consentimiento contractual determinan ciertas reglas especiales en materia de interpretación. Entre otros principios y pautas desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, rige en este tipo de acuerdos la regla según la cual el contrato por adhesión se interpreta en contra del predisponente y a favor del adherente.

V.1.2. Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos por adhesión

Las características de los contratos por adhesión y su especial régimen de interpretación conllevan a que la inserción en ellos de cláusulas del estilo de las analizadas en este trabajo modifique algunas de las reflexiones presentadas, puesto que:

15 Ver MOSSET ITURRASPE. Ob. cit, pág. 146 y sgts.

16 Consultar FONTANARROSA, Rodolfo O. *Derecho Comercial argentino*, Zavalía, Buenos Aires, 1993, págs. 94-95, que aunque se refiere a las condiciones generales de contratación, las reflexiones son en general aplicables a los contratos por adhesión.

- en tanto se acredite que el contrato fue celebrado por adhesión, su contenido predispuerto debe ser interpretado en contra del predisponente -acreedor, generalmente- y a favor del adherente -deudor, usualmente-;

- resultará más accesible alegar y obtener la declaración de invalidez de ciertas estipulaciones contractuales que encierren renunciaciones o denoten abusos en la contratación, como podrían ser, en ciertos casos concretos, algunos contenidos de las cláusulas analizadas en esta presentación.

V.2. Contratos de consumo

V.2.1. Nociones generales

El cada vez más amplio Derecho del Consumo posee un impacto notable en la contratación jurídica moderna. Su elaboración se ha desarrollado a partir de la legislación que lo ha reconocido (art. 42, Constitución Nacional, ley 24.240 de Defensa del Consumidor (modif. por Leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361), Decreto reglamentario N° 1798/94, Resolución N° 53/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, y Resolución N° 9/2004 de la ex Secretaría de Coordinación Técnica, entre otras normas).

Esta área del Derecho es particularmente relevante, entre otros motivos, pues la ley 24.240 de Defensa del Consumidor se autodefine como de orden público (art. 65, ley cit.), calificación que cabe extender a todo el Derecho del Consumo en general, por los indudables fundamentos superiores que impulsan su dictado y contenido.

El impacto del Derecho del Consumo en la contratación inmobiliaria es también cada vez mayor, en virtud de las modificaciones que la ley 26.361 del año 2008 introdujo al articulado de la ley 24.240, especialmente en lo que atañe a la categorización como consumidor y como proveedor de bienes y de servicios (arts. 1° y 2°) de los posibles sujetos intervinientes en la relación jurídica, es decir, en cuanto al ámbito de aplicación material de la ley que ha expandido notablemente su campo de actuación en materia de contratos inmobiliarios.

Las consecuencias jurídicas de calificar un contrato como un vínculo de consumo son vastísimas: inciden en su contenido, en su ejecución, en su interpretación y en su potencial reclamo administrativo o judicial. De ese extenso universo de consecuencias, destacaremos la siguiente: la inaplicabilidad de las cláusulas contractuales "que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor" (art. 37, ley 24.240) y la calificación como abusivas de las cláusulas "que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el coitejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes" (art. 37, Decreto N° 1798/1994).

V.2.2. Inclusión de las cláusulas examinadas en los contratos de consumo

La inserción en los contratos de consumo de estipulaciones similares a las analizadas en esta presentación alterará algunas de las conclusiones elaboradas, puesto que determinará la aplicación integral del Derecho del Consumo, que seguramente redundará en beneficio del deudor y en perjuicio del acreedor.

Es decir, en tanto el contrato que corresponda analizar constituya -de manera simultánea a la relación jurídica de que se trate (compraventa, cesión, etc.)-, un vínculo de consumo, siempre que los sujetos que lo hayan celebrado puedan ser calificados como consumidores, en los términos del art. 1º, Ley 24.240, y como proveedores de bienes y servicios a consumidores y usuarios en los términos del art. 2º de la referida ley, el contrato de consumo tendrá la protección legal de orden público que emana del marco normativo anteriormente referido, todo lo cual indudablemente impactará en su contenido, en su ejecución y en su interpretación judicial.

Particularmente y sin pretender agotar las consecuencias que surgen de la calificación de un contrato como de consumo, ese rótulo tendrá un fuerte impacto en las cláusulas que estatuyan renunciaciones o restricciones de los derechos de los consumidores o usuarios, dado que tales renunciaciones se tendrán por no convenidas, siendo inválido cualquier pacto en contrario (doct. arts. 37, inc. a) y 65, ley 24.240).

VI. EPÍLOGO

Hemos realizado una sintética presentación de las cláusulas contractuales vinculadas con el precio en moneda extranjera que mayor difusión tienen en la realidad negocial de nuestro país, en los contratos en general y en los contratos inmobiliarios en particular, con la finalidad de explicar los motivos jurídico-económicos que impulsan la inclusión de este tipo de cláusulas, de examinar su validez o posible invalidez y desarrollar los efectos jurídicos que generan esa clase de estipulaciones.

La vasta materia abordada dista de haber concluido. Esperamos que las reflexiones que contienen estas páginas aporten claridad y elementos para un análisis adecuado de las cláusulas analizadas, de su utilidad y de su interpretación jurídica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARREIRA DELFINO, Eduardo A. "Convalidación de la prohibición de indexar", SJA 14/07/2010, pág. 9 y sgts.
- BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*, t. IV, Ediar, Buenos Aires, 1958.
- CASIELLO, Juan J. y Highton, Elena I., "Comentario a los arts. 616 y 617", en Bueres, Alberto J. (dir.); Highton, Elena I. (coord.). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2 A, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- FONTANARROSA, Rodolfo O. *Derecho Comercial Argentino*, Zavallá, Buenos Aires, 1993.
- LAFAILLE, Héctor. *Derecho Civil. Contratos*, t. 11, 2ª ed., La Ley-Ediar, Buenos Aires, 2009, act. por Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A.
- LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. 1, 7ª ed. act. por Patricio Raffo Benegas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II-A, 6ª ed. act. por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.
- STRATTA, Alicia J. "Aplicaciones de la 'teoría de la imprevisión'", LL 1980-A-959.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. "Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RCyS 2012-XI-5.



Técnica y Práctica Notarial

A propósito de “antiguas” redacciones. Cesión permuta

Gastón R. di Castelnuovo

Dos números atrás decidimos retomar en nuestra revista, la publicación de modelos de escrituras que presentan alguna particularidad, ya que a diario recibimos consultas al respecto.

Advertimos, entonces, que se trataría de brindar algunos “moldes” que podrán resultar conducentes para volcar en ellos la voluntad de nuestros requirentes. Esto sin perjuicio de entender y, así recomendar que para evitar equivocaciones u omisiones siempre deben tenerse en cuenta las especiales circunstancias de cada caso, y que la tarea debe llevarse a cabo como un sastre, es decir, haciendo un traje “a medida” y no uno “de confección”.

También dijimos que recibiríamos con gusto alguna crítica que permitiera mejorarlos o corregir algún error y agregamos, por último, que si bien el propósito era el de dar esos modelos de cierta particularidad, quizá podrían resultar también útiles en su generalidad, ya para actualizar, ya para tener en cuenta o resolver nuevas imposiciones legales -como la de dejar constancia de declaraciones de índole fiscal y tributaria de las partes- en la propia escritura y evitar así el archivo por separado de otros documentos.

Antes de dar una nueva sugerencia de redacción para uno de esos casos de algún modo “especiales”, permítannos comenzar por algunas consideraciones acerca de la única -hasta el momento, cuando menos- crítica recibida.

Un colega, que nos llama “amigo”¹, nos envió unas pocas líneas. Luego de un tan breve como general agradecimiento por la iniciativa y de agregar que “en general encontró el texto bien”, ingresó de lleno en el error en el que, a su entender, habríamos incurrido. Como fácilmente se advertirá, no tiene que ver con el modelo para el caso en sí, sino con la gramática. Veámoslo.

Con referencia al precio de esa compraventa, redactamos así: “El precio es de XX PESOS que la vendedora recibe”.

Escribió nuestro amigo: “Dejando de lado lo escueto del texto, que no comparto, la frase no resulta clara pues no se sabe cuándo se pagó el precio. Debió decir, *al menos*², que: ‘El precio es de XX PESOS, que la vendedora recibe en este acto’, aunque desde ya prefiero -y así la utilizo- la forma ancestral”.

Él, “siguiendo tan antiguas como claras directivas que aprendimos de quienes nos precedieron en el ejercicio de la función fedante”, redacta la cláusula de este modo: “El precio total y convenido de esta compraventa asciende a la suma XX PESOS, importe que la vendedora recibe en este acto, en dinero efectivo, de manos de la compradora, ante mí que certifico, sirviendo la presente de suficiente recibo y carta de pago en legal forma”.

Confieso que al leer el correo no pude evitar que, como dijo uno de mis tardíos maestros, mis mejillas se dilataran, mi surco nasolabial tomara cierta convexidad y las comisuras de mi boca se elevaran. Quiero decir que no pude evitar sonreír.

Como consideramos que no se debe revelar el nombre de quien nos ha escrito, sólo transcribiremos nuestra contestación ya que, independientemente del pensar de cada uno, confiamos en que pueda también arrancar una sonrisa a nuestros lectores.

1 Como tan bien ha sentenciado el saber del vulgo, con amigos como estos no hacen falta enemigos... Recuerdo una vez más las palabras del lúcido e irónico Don Camilo Cela al dedicar su novela *La familia de Pascual Duarte*: “A mis enemigos, a quienes tanto les debo”.

A propósito de esta dedicatoria, cuando estas páginas estaban aún en proceso de corrección para su impresión, mi amigo Domingo Martínez Conte, responsable del Departamento Publicaciones de nuestro Colegio, me comentó que en todas las ediciones del libro que había consultado, la dedicatoria dice: “Dedico esta edición a mis enemigos, que tanto me han ayudado en mi carrera”. Comprobé que tenía razón. Sucede que, como en otras oportunidades dije, escribo un poco al modo de los románticos, es decir sin tener los textos a la vista, y recorro a mi memoria. Evidentemente, así también ocurrió en esta oportunidad y debo entonces haber guardado la cita en mi memoria un tanto “acomodada” a como me pareció que debía ser. Lo curioso es que a Domingo también le parece que la idea queda mejor expresada de este modo, y más aún sin el “les”. Pues en primer lugar sobra y, en segundo, parece darle mayor fuerza a la idea. Así entonces debe leerse: “A mis enemigos, a quienes tanto debo”. Desde ahora las palabras pertenecen entonces a Don Camilo José, a quien esto escribe y a Domingo Martínez Conte. Estamos seguros de que Cela estaría de acuerdo con esta menuda corrección.

2 El destacado es nuestro.

«Estimado colega: Para comenzar agradezco su carta pues no es poca cosa que nos haya leído y me alegro también de que haya encontrado usted el texto “en general, bien”, para utilizar sus palabras, lo que ciertamente es ya más³.

En cuanto a su observación, en lugar de defender *in modo recto* mi redacción, lo haré *in modo oblicuo*, analizando su frase, pues creo que así podrá usted juzgar mejor, comparándolas.

No puedo comenzar sino diciéndole que sigue sorprendiéndome encontrar en “modernas” escrituras redacciones tan antiguas como la que dice usted seguir utilizando, y a la que califica de “ancestral”. Como ejemplo, tengo también muy presente, ya que sigo encontrándolas en muchas escrituras, las tan conocidas palabras “Bajo tales conceptos queda formalizada esta compraventa...”, acerca de las cuales, reservándonos otras apreciaciones, señalaremos que, en todo caso, debería decirse “Bajo de tales conceptos”.

A modo de comentario, me siento en la obligación de decirle que lo ancestral suele ser muy respetable pero que en ocasiones resultará de buena práctica dejar antiguas costumbres, abandonar antiguos modos, como se dejan de lado viejas teorías, al demostrarse científicamente su error. Imagínese usted si continuáramos adscriptos al pensamiento de que la tierra es plana. No tendríamos todavía verdadera noción de nuestro mundo por temor a caernos del plano... a la nada. Felizmente, conocemos muy bien que es bastante redonda y si no fuera porque su etimología nos indica otra cosa, pareciera que lo único que ha quedado como residuo de tal creencia es la antigua denominación “planeta”⁴.

Volviendo a la antigua frase, puedo comprender que esa redacción continúe utilizándose, quizá por la simple razón de adoptar fórmulas una y otra vez repetidas, sin pensar demasiado en ello, o, habiéndolo meditado, por el simple motivo de que “así se hizo siempre y, por lo tanto, debe estar muy bien”; pero se me ocurre que desde el punto de vista gramatical se trata de una forma tan pesada como obvia y reiterativa, y que no debe olvidarse que debemos tratar

3 Es que, entusiasmado, me animo a creer que nos ha aprobado, cuando menos con un cuatro, lo que para un estudiante de Derecho no es poca cosa y nos permitirá continuar con la carrera, inscribiéndonos en la materia correlativa siguiente.

4 Y decimos “pareciera” pues en rigor, etimológicamente hablando, la palabra “planeta” proviene del latín *planeta*, que deriva del griego *planētēs*, y significa “vagabundo” o “errante”, lo que proviene de que, como muchos sabrán, en la antigüedad se creía que la Tierra era el centro del universo y que giraban a su alrededor el sol y los cinco planetas “errantes”, que eran entonces Mercurio, Venus, Marte, Júpiter y Saturno, llamados así porque en su órbita no trazaban ningún círculo alrededor de la Tierra, como sí lo hacía el Sol.

de expresarnos con gracia y con armonía, trátase de lo que se trate, ya al escribir una novela, ya al redactar cualquier escrito, entre los cuales los legales están incluidos, o una simple carta. Escribir es cosa de todos los días, pero no por ello deja de ser el ejercicio de un arte y la tarea debe llevarse a cabo con vocación hacia la verdad pero también hacia la belleza. Lo importante será siempre razonar, aclarar las cosas, generalizarlas, simplificarlas, para, en definitiva, elevarlas.

Agrego que cuando de jóvenes se trata, me sorprende la cuestión un poco pues en otros menesteres parecen esmerarse por ser más que telegráficos y han creado ya casi una nueva lengua, como lo muestran cuando utilizan los modernos medios de comunicación.

Así, no me imagino a la menor de mis hijas, Camila, recién salida de los añorados años “teen”, escribiendo así un mensaje a una amiga: “Querida Sofía: Me dirijo a vos con el objeto de invitarte a que concurras a la casa de mis padres esta noche, ya que a partir de las 23 celebraré mi onomástico. Te espero. Cariños”. No, más bien, escribirá: “Sofi, te espero en casa. Festejo mi cumple” (es que la amiga no necesitaría más información, pues lo demás va de suyo). Claro que -me dirá usted- una cosa es un “emilio”, un *e mail*, y otra una escritura pública, y tendría un poco de razón, pero no tanta.

Confío en que no me tome usted como una versión “Siglo XXI” del Maestro Siruela, pero con el debido respeto, le diré un par de cosas.

Como del género femenino se trata y está próxima la primavera, al modo de una margarita, deshojemos su preferida frase:

-“El precio total y convenido...”: ¿Podría el precio no ser total o no haber sido convenido? ¿Podría ser parcial y estar las partes en desacuerdo con él?

-“... de esta compraventa”: ¿A cuál otro contrato podrían estar refiriéndose las partes sino al que están celebrando?

-“... asciende a la suma de...”: ¿Le parece que haya que ascender a algún lugar para decir algo tan simple? La palabra “suma” en su primera acepción, ¿no es acaso el agregado de muchas cosas y más comúnmente de dinero? ¿Para qué entonces abundar en lo que puede expresarse sencillamente?

-“... importe que la vendedora recibe este acto...”: Ya hablamos de “suma” y cabe igual consideración acerca de la palabra “importe”, pues significa la cuantía de un precio, un crédito, una deuda o un saldo. ¿Qué otra cosa entonces pueden ser esos pesos que... un importe? En cuanto a “este acto”, ¿no dijimos “recibe”? Pues bien, “recibe” corresponde al presente del modo indicativo del verbo recibir. ¿Podríamos entonces referirnos así al pasado o al futuro? No, claro está, pues usaríamos entonces el pretérito “recibí” o el futuro simple “recibirá”. A propósito, respecto de “suma” y de “importe”, recuerdo a nuestro maestro Gattari quien por allí dijo que en una escritura había encontrado la palabra “número”, no recuerdo cuántas veces, precisamente... ¡junto a un número!

-“... en dinero efectivo de manos de la compradora...”: Sigamos por partes. Si hablamos de pesos y nada decimos acerca de que se utiliza algún otro medio de pago (cheque, transferencia bancaria, los tan novedosos como poco utilizados CEDIN, etc.), no otro puede ser el concepto. En el hacer cotidiano, cuando hablamos de dinero todos sabemos a qué nos estamos refiriendo cuando decimos que lo entregamos o que lo recibimos, salvo -reitero- aclaración en contrario. ¿No dijimos ya que el precio es de XX PESOS? Cuando entregamos esos pesos al comprar cualquier mercancía, ¿se le ocurre a alguien aclarar que se trata de dinero? ¿Lo duda quien lo da? ¿Lo hace quien lo recibe? No, para nada. Pero vayamos a lo más curioso: Jurídicamente hablando, ¿importa acaso algo de manos de quién recibe el dinero la vendedora? Por otra parte, ¿debe entregarlo necesariamente la propia compradora? Más aún: ¿Debe, físicamente hablando, recibirlo la vendedora? Quizá se trate de finos caballeros que jamás se permitirían “ensuciar” sus manos con el vil metal y tengan un amanuense que se ocupe de esas tareas tan menores⁵.

-“... ante mí que certifico...”: Si se redacta en presente, ¿ante quién están ocurriendo las cosas sino ante el notario? ¿No está acaso allí? ¿Ante quién otro podría ser que no fuera él, quien en ejercicio de la función pública es el hacedor del documento y lo autorizará al final? Por otra parte, ¿qué agrega eso de “certificar”? Y si se redacta en pasado, pues entonces no será “ante mí”, pues no estuvo en ese acto y mal podría agregar algo al respecto.

-“... sirviendo la presente de suficiente recibo y carta de pago en legal forma...”: Hasta ahora hemos hablado de redundancia y obviedad, pero aquí quizá es donde la frase resulta particularmente descalificante del propio instrumento público, de nuestras tanpreciadas escrituras. En la que propusimos y utilizamos se habla de que el precio se recibe o, para utilizar otro ejemplo, que él se recibió, caso en el cual cabría criticar del mismo modo el habitual agregado “antes de este acto”. Pero, ¿cómo puede ser necesario aclarar que un recibo redactado en escritura pública es un recibo? ¿Qué otra cosa puede ser? Cuando un arquitecto, un ingeniero, un abogado, otro profesional o Rosita, que tiene una librería en la esquina de nuestra oficina, extienden uno, ¿aclaran que ese recibo, es un recibo o que sirve como tal? No, para nada y a nadie se le ocurriría solicitarle tal obviedad. Quien acaba de adquirir un automóvil u otra cosa, quizá de muchísimo valor, ¿piensa que ese papel que le entregan (probablemente un recibo provisorio escrito en una simple hoja) no es un recibo? Aquí nos encontramos ante una escritura pública de la que surge que el precio

5 En público, claro, pues en privado bien que se encargará el fino caballero de que su secretario se lo entregue o lo deposite en una caja de seguridad para así atesorarlo bajo cuatro llaves.

se recibe o se recibió. ¿Acaso el instrumento vale menos que aquella simple hoja? ¿Cómo puede ser que aceptemos semejante redacción? Para colmo se agrega que es una “carta de pago” y que todo ocurre “en legal forma”. ¿Para qué agregar “carta de pago”? Y con eso de “legal”, ¿quiere expresarse que de no decirlo podría ser interpretado como ilegal?

Distinto es el caso en el que se utiliza la frase “en legal forma” cuando el dinero se dice haber sido ya recibido, para de algún modo tratar de “cumplir”, sin más aclaraciones, con lo preceptuado por el tan riguroso -como a nuestro entender de poco valor jurídico- texto de la ley 25.345⁶, que no reconoce valor alguno, tanto frente a terceros como entre las partes a todo recibo si no se cumplió con uno de los medios de pago a los que se refiere⁷.

Podemos decir entonces que rechazamos la redacción no por antigua sino por redundante, obvia y, en definitiva, poco elegante. Como dijimos al comienzo, escribir es un arte y, como notarios, redactar bien constituye un valor a tener muy en cuenta.

Esto que decimos, como suele suceder, no es nuevo. A poco de crear en esta, nuestra revista, la sección “Hace noventa años” (esa era su edad entonces) publicamos un artículo al respecto escrito en marzo de 1895 (sí, ¡1895!) por el notario Félix P. Sagastume⁸. Pues bien, ahora ya han transcurrido más de ciento quince pero... seguimos atados a viejas costumbres.

Sin más, agradeciendo otra vez que nos haya leído y la ocasión que nos ha dado su crítica para agregar algo al respecto del modo de redactar, lo saludo cordialmente».

6 Así lo sugirió Natalio Etchegaray en la primera reunión plenaria de la Asesoría, a propósito de la sanción de la ley y su posible interpretación.

7 Y decimos de “poco valor jurídico”, pues contraría todo el cuerpo normativo de nuestro Código Civil, quitando a la moneda su valor como medio de pago. Nadie dudó nunca de que se trataba de una ley de neto corte fiscalista, que pretendió también llevar agua a los molinos de las entidades bancarias, y de que, hasta donde conocemos, ningún juez dijo que un recibo no es tal aunque haya sido redactado en una hoja de cuaderno escolar o de papel higiénico. Por otra parte, recordemos, que la excepción que se pudo obtener para que se considerara “legal” el pago efectuado ante escribano (decreto 22/01), no incluye expresamente la compraventa. Conocemos la interpretación que prevaleció (entre las que está la de la Asesoría de nuestro Colegio) y actuamos diariamente en consecuencia, sin que en más de diez años se planteara un problema. Hasta donde conocemos, los pocos casos en los que judicialmente se invocó la ley y su modificación por la 25.413, para atacar la validez del pago, lo fue frente a situaciones donde en rigor se trataba de impugnarlo por simulación.

8 Decía allí el notario Sagastume que “... la redacción de las escrituras, que deja mucho que desear, y en las cuales no es extraño leer todavía la cláusula de “se desiste de los derechos de propiedad y dominio que á lo vendido tenía”... Y con razón, si el vendedor dice “vende”, transmite así los derechos inherentes al dominio; cabe decir -con el relativo valor que ello tiene- algo sobre la posesión, pero ¿tiene que agregar que desiste de los derechos? Y peor aún ¿utilizando el reflexivo “se”?

Dicho esto, a las cosas. Vayamos entonces a otro “modelo”.

1. EL CASO

Se trata de uno que, si bien más simple, también en más de una oportunidad nos fue planteado en la Asesoría. Esto es si jurídicamente podía permutarse un inmueble por créditos provenientes de facturas. Desde ya que sabemos que es jurídicamente posible y que estamos aquí frente a lo que la mejor doctrina denomina cesión-permuta.

Como ya adelantamos, la redacción corresponde en rigor a un supuesto un poco más complejo, ya que a esa cesión-permuta se agrega una dación en pago.

Una sociedad era dueña de una tierra y a su vez deudora de facturas por provisión de materiales de construcción a otra. Como, por razones financieras, no podía abonar, ofreció en pago a la acreedora un inmueble que tenía ocioso. Pero a la acreedora, el inmueble no le era de utilidad y la oferta en principio fue rechazada. Ante la consulta, estando en conocimiento de la circunstancia, advertimos que sí podía llevarse a cabo pues la acreedora mantenía relaciones comerciales con otra sociedad que fabricaba ladrillos (que la primera vendía) y a quien la tierra podría interesarle. En definitiva, esa sociedad ingresó en la operación y el negocio se llevó a cabo así: en primer lugar, la sociedad acreedora permutó su crédito con la sociedad fabricante de los ladrillos y luego esta última recibió, de la deudora, la tierra como pago.

2. LAS NORMAS APLICABLES

Como lo hemos adelantado, no abundaremos en cuestiones académicas, pues no es ese el propósito. Sólo recordaremos que la cesión-permuta “*se rige* por las reglas del contrato de permutación en tanto no fueren modificadas por las contenidas en el título de la cesión (art. 1436)”⁹.

Nuestro caso encuadra perfectamente en la noción, pues se cede el crédito a cambio de cosas (ladrillos). Tal como lo señala el autor recién citado “el fenómeno económico (comparándolo con la permuta) es sustancialmente igual. Pero no el jurídico. La posición del cesionario es similar a la de uno de los copermutantes, pero la del cedente, no, porque la cesión transmite, en tanto que la permuta obliga a transmitir”.

9 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos*, Tomo 2, pág. 793, & 87. Talleres Gráficos Leograf SRL, 2000.

Sin perjuicio de entender que de la redacción surgen las nociones que deben tenerse en cuenta, remitimos entonces a los artículos que norman la permuta, la cesión de créditos y la dación en pago.

En cuanto a la cesión de créditos, agregamos que constituye una especie del género “cesión de derechos” y que, como ha señalado toda la doctrina, nuestro Codificador al regularla (arts. 1434-1484) se ha referido también a las reglas que se aplican a toda cesión, bien que se ha ocupado de un modo mucho más prolijo y exhaustivo de la primera que cuando lo hizo de la cesión de derechos en general.

3. LA REDACCIÓN DE LA ESCRITURA

...CESIÓN-PERMUTA: “C.S. S.A.” y “F.A.L. S.A.”, y DACIÓN EN PAGO de “C.A. LIMITADA.” a favor de “F.A.L. S.A.”. En la Ciudad y Partido de Ituzaingó, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el... de diciembre de dos mil..., ante mí, Gastón Renato di Castelnuovo, Notario Titular del Registro 1, COMPARECEN quienes se identificaron y expresaron sus datos personales, así: por una parte, el señor M, argentino, nacido el..., documento nacional de identidad..., empresario, hijo de... y de..., casado en primeras nupcias con..., domiciliado en... de la Ciudad y Partido de..., de esta provincia; por otra parte, el señor S, argentino, nacido el..., documento nacional de identidad..., hijo de... y de..., divorciado de sus primeras nupcias con..., domiciliado en... de..., Partido de..., de esta provincia; y por la otra parte, los cónyuges en primeras nupcias, señor H, argentino, nacido el..., documento nacional de identidad..., ingeniero, hijo de... y señora R, argentina, nacida el..., documento nacional de identidad..., empleada, hija de..., domiciliados en..., de la Ciudad y Partido de..., de esta provincia, y la señorita F, argentina, nacida el..., documento nacional de identidad..., hija de..., soltera, domiciliada en... de la Ciudad y Partido de..., de esta provincia. INTERVIENEN, el señor M en su carácter de PRESIDENTE y en nombre y representación de “C.S. S.A.”, C.U.I.T..., con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sede social en..., y en adelante también “la cedente-permutante”; el señor S en su carácter de PRESIDENTE y en nombre y representación de “F.A.L. S.A.”, C.U.I.T..., con domicilio en esta provincia y sede social en... de la Ciudad de..., Partido de..., de esta provincia, y en adelante también “la cedente-permutante” y “la adquirente”; y los cónyuges H-R y la señorita F, en su carácter de PRESIDENTE, SECRETARIO y TESORERA, respectivamente, de “C.A. LIMITADA”, C.U.I.T..., con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y sede social en..., y en adelante también “la dadora”; y los señores M y S, DICEN que: 1) CESIÓN-PERMUTA: PRIMERO: CEDEN-PERMUTAN: 1. “C.S. S.A.”, EL CRÉDITO EMERGENTE DE ESTAS FACTU-

RAS que adeuda "C.A. LIMITADA" por provisión de materiales, individualizadas así: NÚMERO/ IMPORTE EN PESOS/ FECHA DE EMISIÓN: 1.111/ 2.222,00/ 30-3-2003;... . 2. "F.A.L. S.A.",... LADRILLOS CERÁMICOS HUECOS, de ocho centímetros de ancho por dieciocho centímetros de alto por treinta y tres centímetros de largo. Deberá cumplir con la obligación en... MESES a partir del..., y en el lugar y cantidad que fehacientemente y con treinta días de anticipación requiera "C.S. S.A.", no pudiendo dicho requerimiento superar los... *PALLETS* mensuales. El pago deberá efectuarse en... SEGUNDO: El señor M asegura la vigencia de la representación que invoca. "C.S. S.A." declara que: a) transmite todos los derechos inherentes a la propiedad del crédito; b) no ha realizado otras cesiones de los derechos que aquí transmite; c) entregó a "F.A.L. S.A." las facturas mencionadas. TERCERO: El señor S asegura la vigencia de la representación que invoca. "F.A.L. S.A." declara que: a) acepta la cesión; b) tiene las facturas mencionadas. CUARTO: Las cedentes-permutantes declaran que: a) pueden disponer libremente de sus bienes; b) responden por evicción aun en el caso del artículo 2106 del Código Civil; c) renuncian a cualquier acción tendiente a la resolución del contrato, al derecho a solicitar su anulación y al de repetir lo dado en cambio, acordando como único medio indemnizatorio el reclamo del valor de la cosa dada en cambio con más los daños y perjuicios; c) en caso de incumplimiento de la prestación pendiente, "F.A.L. S.A." incurrirá en mora automáticamente, de pleno derecho y sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna, y "C.S. S.A." podrá dar por operada la caducidad de los plazos acordados y reclamar el total de la deuda, daños y perjuicios. A ello se le adicionará un INTERÉS PUNITORIO de... PESOS diarios, durante el tiempo que dure la mora; d) cumplida la obligación pendiente, consideran que el valor de lo permutado se encontrará totalmente compensado, no teniendo nada que reclamarse mutuamente por concepto alguno; e) la operación se encuentra gravada por el Impuesto a las Ganancias; f) al sólo efecto fiscal, fijan al contrato el valor equivalente al de la suma de las facturas cedidas, de... . QUINTO: "C.S. S.A." agrega que, sin perjuicio de haber renunciado a todos los derechos que le permitirían accionar contra la cesión permuta y la dación en pago que aquí también se instrumenta, a todo evento, aclara que en dicha renuncia también se encuentran incluidos cualesquiera derechos y privilegios que pudieran corresponderle sobre el inmueble que "F.A.L. S.A." recibe en pago del crédito cedido. Los cuatro últimos CONTINÚAN, DICIENDO que: 2) DACIÓN EN PAGO: PRIMERO: "C.A. LIMITADA", en pago de la deuda que tenía con "C.S. S.A." por las facturas aquí cedidas, DA EN PAGO a "F.A.L. S.A." EL INMUEBLE ubicado en la Ciudad y Partido de..., de esta provincia, con frentes a Avenida..., designado en su título como FRACCIÓN..., que mide..., tiene una superficie de... HECTÁREAS... ÁREAS, y linda al... . SEGUNDO: La adquirente da por extinguida la deuda. TERCERO: Los cónyuges

H-M y la señorita F aseguran la vigencia de la representación que invocan. La dadora declara que: a) transmite todos los derechos inherentes a la propiedad; b) responde por evicción, aun en el caso del artículo 2106 del Código Civil; c) puede disponer libremente de sus bienes; d) es propietaria de lo descrito; e) entregó el inmueble a la adquirente; f) renuncia al derecho a reivindicar el inmueble para el caso de pago indebido; g) la dación se encuentra gravada por el Impuesto a las Ganancias. CUARTO: "F.A.L. S.A." declara que: a) acepta la transferencia de la propiedad; b) tiene la posesión; c) conoce la determinación del estado parcelario. QUINTO: Las partes agregan que: a) fueron enteradas de la información que surge de los certificados requeridos; b) cada una, de acuerdo con la oportunidad de la posesión, toma a su cargo todos los impuestos, tasas y contribuciones, devengados y a devengarse, aun aquellos que pudieran surgir por diferencia de valor fiscal, comprometiéndose al pago inmediato de toda deuda exigible en cuanto le fuere requerido por la otra parte o por el autorizante, liberando a este último de toda responsabilidad al respecto; c) conocen los términos de la ley de esta provincia sobre ordenamiento territorial y uso del suelo; d) al sólo efecto fiscal, fijan al contrato el valor equivalente al de la suma de las facturas cedidas, de... . Los comparecientes agregan que: a) se conocen; b) teniendo en cuenta la vigencia de la ley que se relacionará, el otorgamiento de la presente importa la conformidad con la incorporación de sus datos personales y los de sus representadas a los archivos manuales y automatizados existentes en esta notaría, los que serán conservados con carácter confidencial, sin perjuicio de las remisiones de cumplimiento obligatorio. CONSTANCIAS NOTARIALES: I) TÍTULO: El inmueble pertenece a la sociedad por compra que hizo el... a la señora MMG y otras, por escritura... pasada ante el notario de la ciudad capital de esta provincia, FF, en el folio... del Registro... a su cargo. II) REGISTRACIONES:... del..., matrícula... (...). III) INFORME CATASTRAL: Certificado... del... del corriente año. NOMENCLATURA: Circunscripción..., sección..., fracción..., parcela... PARTIDA:... VALUACIÓN FISCAL 2013: \$... VALUACIÓN FISCAL AL ACTO: \$... Del certificado catastral surge: "DATOS DE MENSURA Medidas, Linderos y Superficies NE FTE... "RESTRICCIONES, AFECTACIONES Y SERVIDUMBRES SEGÚN PLANO... LA DIRECCIÓN DE HIDRÁULICA EXPEDIENTE... AFECTA POR OBRA DE CANALIZACIÓN Y RECTIFICACIÓN DE..., LA SUPERFICIE A DESMEMBRAR DE... M2. SUPERFICIE REMANENTE...". "INFORME TÉCNICO DEL PROFESIONAL... Es copia fiel. IV) INFORME REGISTRAL: Certificados... del... del corriente año. Las sociedades y la cooperativa no están inhibidas. El dominio consta a nombre de "C.C. LIMITADA", no reconoce restricciones, interdicciones ni más gravamen que la hipoteca constituida el... por... a favor de "C.C. LIMITADA", por escritura... pasada ante mí en el folio... de este registro, inscrita el... con el número...

Dicha hipoteca fue cancelada hoy, por escritura que inmediatamente antecede.

V) CÓDIGO DE OFERTA DE TRANSFERENCIA DE INMUEBLES (RESOLUCIÓN 2371/2007 AFIP): Agrego la constancia..., emitida por la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (Afip) el... del corriente, cuya autenticidad y vigencia verifiqué.

VI) IMPUESTO A LAS GANANCIAS: Percibo de "C.C. LIMITADA"... PESOS.

VII) IMPUESTO A LA TRANSFERENCIA DE INMUEBLES: No percibo suma alguna de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12°, inciso 1, de la Resolución General 3319/91 de la Dirección General Impositiva.

VIII) REPRESENTACIÓN: La invocada por el señor M se acredita con:

- a) CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD, efectuada el..., por escrituras... pasadas ante la escribana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..., en los folios..., respectivamente, del Registro... a su cargo, inscriptas en la Inspección General de Justicia el... con el número... del libro... de Sociedades por Acciones;
- b) ELECCIÓN DE AUTORIDADES Y DISTRIBUCIÓN DE CARGOS, efectuada por la Asamblea General Extraordinaria del... del corriente año, cuya acta obra a fojas... del libro "*Actas de Asambleas y Directorio 1*" (Rúbrica...);
- c) AUTORIZACIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DEL ACTO, otorgada por el Directorio el... del corriente año, cuya acta obra a fojas... del libro citado. La invocada por el señor S se acredita con:

- a) CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD, otorgada el... por escritura... pasada ante la notaria de la Ciudad y Partido de..., de esta provincia..., en el folio... del Registro... a su cargo, inscripta en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas el..., legajo 1/..., matrícula..., y su segunda copia el..., en el folio... y en el legajo y matrícula citados;
- b) ELECCIÓN DE AUTORIDADES Y DISTRIBUCIÓN DE CARGOS, realizadas por la Asamblea General Extraordinaria del..., cuya acta obra a fojas... del libro "*Actas de Asambleas N° 1 (uno)*" (Rubricado el...);
- c) AUTORIZACIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DEL ACTO, otorgada por el Directorio el... del corriente año, cuya acta obra a fojas... del libro "*Actas de Directorio N° 1 (uno)*" (Rubricado el...). La invocada por los cónyuges H-M y la señorita F se acredita con:

- a) ACTA CONSTITUTIVA Y ESTATUTO SOCIAL, otorgados el... por instrumento privado;
- b) APROBACIÓN DEL ESTATUTO Y AUTORIZACIÓN PARA FUNCIONAR COMO COOPERATIVA, por Resolución... del... del Vocal del Directorio del Instituto Nacional de Acción Cooperativa y Mutual,...; dicho estatuto fue inscripto el... en el folio... del libro sexto de actas, en la matrícula... y acta... del Registro Nacional de Cooperativas;
- c) CAMBIO DE DOMICILIO, comunicado al Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social el...;
- d) ELECCIÓN DE AUTORIDADES, efectuada por la Asamblea General Ordinaria del... del corriente año, cuya acta obra a fojas... del libro "*Actas de Asambleas-Número uno (1)*" (Rúbrica...);
- e) AUTORIZACIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DEL ACTO, resuelta por el Consejo de Administración el..., cuya acta obra a fojas... del libro "*Actas de Reuniones del*

Consejo de Administración Número uno (1)'' (Rúbrica...). Tengo a la vista en su original los documentos relacionados, que en fotocopia agrego, con excepción de los mencionados en los incisos a) de ambas sociedades, que en fotocopia se encuentran agregados al folio..., protocolo 2010, de este registro, y los mencionados en los incisos a) al c) de la cooperativa, en fotocopia se encuentran agregados al folio..., protocolo 2007, de este registro. IX) LEY 25.345: Advierto a la cedente y a la cesionaria la vigencia de las disposiciones de esta ley, modificada por la 25.413. X) LEY 25.326: Sin perjuicio de la conformidad prestada, informo detenidamente a los comparecientes el contenido de esta norma, de su decreto reglamentario 1558/01 y de las disposiciones de la Dirección Nacional de Datos Personales. XI) JUSTIFICACIÓN DE IDENTIDAD. JUICIO DE CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN: Conozco a los comparecientes por haberlos individualizado y los considero capaces. LEO a los otorgantes, quienes firman.



Derecho Comparado

ALEMANIA

Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación*

Wolfgang Ott

SUMARIO. *I. La seguridad jurídica. II. El notario. III. La escritura notarial. IV. El derecho de propiedad. V. El sistema registral de la propiedad inmobiliaria. VI. El mercado inmobiliario. VII. Conclusiones.*

I. LA SEGURIDAD JURÍDICA

1. Los valores jurídicos fundamentales

Los valores jurídicos fundamentales, tal y como nosotros los entendemos y como nos conciernen para el tema que nos ocupa, son la seguridad en el tráfico jurídico y la fiabilidad de las instituciones involucradas en sus respectivos procedimientos.

1.2. La necesidad de certeza y seguridad jurídicas

Para aquellos que participan en el tráfico jurídico y, en particular, para quienes lo hacen en el mercado inmobiliario, es de suma importancia que los actos jurídicos relacionados con la compra y venta de inmuebles se lleven a cabo de la forma más segura, correcta y rápida posible.

* Ponencia de la Delegación alemana, presentada en el tema II del XXVII Congreso Internacional del Notariado, Lima, Perú, 10 al 12 de octubre de 2013.

Derecho Comparado

1.3. La seguridad jurídica y el notariado latino

La seguridad jurídica es un requisito indispensable para quienes invierten en el mercado inmobiliario.

El notariado latino es el instrumento ideal y mejor capacitado para garantizar la seguridad jurídica.

El notario como institución independiente, que no representa a ninguna de las partes, sino que debe velar por los intereses de todos los implicados en el acto jurídico, es la persona mejor capacitada para ejercer como mediador en aras de encontrar un denominador común para los intereses más dispares. Con él se puede elaborar un acuerdo equitativo para todas las partes implicadas a un precio asequible con la ayuda de un único profesional del Derecho, sin necesidad de recurrir a otros profesionales, como es el caso en el sistema anglosajón.

1.4. La seguridad jurídica como elemento indispensable para el desarrollo del mercado inmobiliario y la competitividad de un país

Sin seguridad jurídica no es posible garantizar el buen funcionamiento de los mercados inmobiliarios ni lograr un desarrollo económico sostenible y decente; dicho de otro modo, la seguridad jurídica es el único camino que conduce a la prosperidad económica.

El mercado inmobiliario es uno de los mercados en los que se invierten grandes sumas de dinero, por lo que no puede funcionar sin la seguridad jurídica adecuada.

La mejor forma de garantizar dicha seguridad jurídica es crear un sistema eficaz basado en el sistema latino que esté unido a un sistema de Registro de la Propiedad integral y fiable.

Si en el mercado inmobiliario no hay seguridad jurídica, el país no podrá tener un desarrollo económico razonable.

¿Qué compañía invertiría y abriría una filial o una fábrica en un país en el que no se pueda garantizar la adquisición de bienes raíces ni asegurar y demostrar la continuidad del negocio mediante su respectivo registro en un Registro Público?¹

1 Compárese: Didier NOURISSAT, Coordinateur de la Commission Titrement au Conseil Supérieur du Notariat in apf.francophonie.org/spip.php?article1443

II. EL NOTARIO

1. Su función como profesional de la seguridad jurídica

En conformidad con la definición estipulada en el art. 1º del Reglamento notarial federal, el notario ejerce un cargo público de forma independiente.

De acuerdo con el art. 2º de dicho reglamento, la profesión de notario no constituye ningún negocio.

En Alemania, el notario es lo que llaman un *beliehener Unternehmer*, es decir, un empresario al que, como titular independiente de un cargo público, se le otorga la facultad soberana que él ejerce de forma independiente, sin, por ello, ser equiparable a un profesional autónomo². Obviamente, éste está sujeto al control del Estado en la medida en que debe acatar los límites y las leyes impuestas por el mismo. Dicho control se lleva a cabo regularmente por las autoridades supervisoras y judiciales, por lo que se garantiza que los notarios realicen su labor, acatando la Ley y de forma concienzuda.

2. Su aportación al mercado inmobiliario

La aportación del notario al mercado inmobiliario se plasma en diversas funciones importantes:

1. mediante la elaboración de contratos de compraventa de inmuebles, el notario contribuye a la redacción correcta y equilibrada de las voluntades de las partes en un acto jurídico;

2. mediante la escritura crea un documento provisto de una evidencia específica. Es de suponer que el contenido de la escritura es veraz y que las declaraciones de las partes han sido expuestas tal y como consta en la escritura;

3. mediante las acciones antes mencionadas, el notario también sirve de filtro de acceso para los documentos a los registros públicos. Únicamente pueden presentarse ante el Registro aquellos documentos que hayan sido documentados por un notario o en los que se haya compulsado al menos las firmas de las partes³.

Además, la Ley⁴ le confiere al notario el derecho y el poder para presentar todas las solicitudes ante el Registro en nombre de las partes, así como de formular sus propias solicitudes.

2 Compárese: Frenz in Eylmann/Vaasen de la Ley federal del Notariado (*Bundesnotarordnung*) art. 2 nº marginal 10 ss.

3 Compárese por ejemplo, art. 29 de la ordenanza hipotecaria alemana (*Grundbuchordnung*) o el art. 12 del Código de Comercio alemán.

4 Véase por ejemplo art. 15 de la Ordenanza Hipotecaria alemana (*Grundbuchordnung*).

Derecho Comparado

Las partes conservan su derecho a presentar solicitudes, no obstante, únicamente pueden ejercer dicho derecho en base a las escrituras del notario previamente mencionadas.

En la práctica, este “filtro” cobra mucha importancia, ya que disminuye el trabajo de los tribunales de registro y agiliza los trámites.

Generalmente, las partes no son capaces de formular sus alegaciones y solicitudes de forma correcta, por lo que, de no existir la figura de un notario que resuma, clasifique y presente toda la documentación de forma clara y comprensible ante el Registro de la Propiedad, éste se llenaría de un sinnúmero de papeles y documentos.

3. La función notarial generadora de confianza social, su contribución al desarrollo jurídico y al desarrollo económico sostenible

El notariado latino es la piedra angular que garantiza la seguridad jurídica dentro del ordenamiento jurídico, ya que, cuando interviene un notario, la población tiene la certeza de que sus asuntos están en buenas manos.

No obstante, esto sólo puede funcionar si el notariado es capaz de cumplir las altas expectativas que se le exigen, y de garantizar su cumplimiento de forma sostenible, ya sea mediante inspecciones jerárquicas, formación avanzada para notarios o similares, de manera que pueda asegurar en todo momento los estándares de calidad del notariado.

Sin embargo, contrariamente a lo que exponen algunos defensores del sistema anglosajón, el papel del notariado no es sólo de carácter estático, es decir, su labor no se basa en “frenar” trámites.

Por el contrario: el notario es una de las fuerzas motrices de la evolución jurídica, pues detecta de inmediato y en primera instancia las posibles carencias con respecto al desarrollo del Derecho, ya sea a través de procedimientos legislativos o de sentencias judiciales. A menudo, el notariado por sí mismo es una medida para impulsar la evolución jurídica ya que establece normas para determinados tipos de contrato. Por ejemplo en Alemania, la iniciativa para mejorar y elaborar contratos de promotores urbanísticos más seguros fue promovida por los notarios, que exigían que se cumplieran ciertos requisitos estándar, reivindicación con la que lograron imponerse⁵. En estas cuestiones cobran especial importancia los Colegios oficiales de notarios, cuya tarea es precisamente introducir este tipo de normas a través de sus directrices.

5 Véase en *Kanzleiter* en *50 Jahre BNotK* 1961 hasta 2011, DNotZ-Sonderheft 2011, pág. 89 y ss.

Eso es lo que hizo reaccionar a las autoridades legisladoras, que, a raíz de ello, aprobaron un reglamento aplicable para los agentes inmobiliarios y promotores (la llamada *Makler-und Bauträgerverordnung*)⁶. Dicho reglamento ha estado sometido a diversos cambios y ampliaciones, a menudo impulsadas por los mismos notariados con el fin de fomentar la protección del consumidor⁷.

A tal fin, será necesario que los notariados de los distintos estados federados tengan acceso a los responsables políticos y a sus decisiones a través de sus organizaciones profesionales.

A la inversa, también requiere que los responsables políticos impliquen a los notariados en las decisiones a tomar en las áreas que les incumben.

En Alemania, por ejemplo, el Colegio oficial de notarios tiene voz y voto en los proyectos legislativos que afectan a las áreas en las que se desarrolla la labor notarial, por lo que puede exponer sus propuestas o sugerencias, o bien rechazar o modificar los proyectos ya durante el proceso legislativo.

El hecho de que el trabajo conjunto entre la política y el notariado esté basado en la confianza es, por tanto, de suma importancia.

Un notariado cuyo trabajo sea altamente cualitativo, siempre será considerado por parte del poder legislativo de un país como un interlocutor equitativo y como un ente experto en el proceso legislativo.

Gracias a su aportación a la evolución jurídica y al valor que le concede la opinión pública, quien confía en su labor, el notariado contribuye de forma significativa al desarrollo económico del país, que únicamente es factible cuando se sientan unas bases jurídicas estables.

Ello requiere que el poder legislativo de un país le otorgue al notariado las funciones convenientes. A través de ellas, el Notariado podrá contrarrestar posibles exageraciones y evitar que se formen burbujas financieras.

Me atrevo a afirmar que si Estados Unidos de América tuviera un Notariado Latino, no habría estallado la burbuja inmobiliaria y crediticia en el año 2007 con sus nefastas consecuencias para la economía mundial; porque en ese caso no habría sido posible agrupar pólizas de crédito -supuestamente acordadas verbalmente- ni dudosas "hipotecas" a la americana (para inmuebles que ni siquiera habían sido comprobados debidamente) en paquetes de créditos para, después, venderlos como valores negociables a escala global.

En presencia del notariado, dichos valores al menos hubieran estado basados en préstamos garantizados y créditos reales⁸.

6 *Makler-und Bauträgerverordnung* v. 20.06.1974, BGBL. 1974, I 1314.

7 Compárese con BASTY, *Der Bauträgervertrag*, 7ª edición . 2012, nº marginal 81.

8 Compárese. SHILLER, *The Subprime Solution*, pág. 133 y sgts.

4. La influencia de la globalización y la nueva economía mundial

Después de la caída del “Telón de acero” en el año 1989, la economía mundial ha logrado un desarrollo dinámico a nivel internacional sin precedentes, creando un engranaje cada vez mayor entre los flujos económicos y comerciales a escala global.

Esto también ha incrementado el número de contratos internacionales y de inversiones de operadores extranjeros en los respectivos países.

En el marco de la globalización, ambos sistemas jurídicos (el continental europeo con raíces romano-germanas, y el sistema anglosajón) entran a menudo en conflicto, un choque que supone varios problemas en la práctica.

Valga de ejemplo el uso de los poderes de un sistema en el otro, especialmente los poderes que provienen del sistema anglosajón y se utilizan en el notariado latino.

En aras de proteger a las partes, el Derecho continental europeo y, por consiguiente, el Derecho Latinoamericano, exige con razón ciertos requisitos con respecto al contenido de un poder, así como al cumplimiento de diversas formalidades. Dichas formalidades no existen *per se*, sino que su finalidad es garantizar que los poderes realmente hayan sido otorgados de la forma que se expone y por las personas que constan en los mismos⁹.

La mejor forma de hacerlo es a través de un poder notarial. Como en el ámbito jurisdiccional anglosajón no existe un poder notarial como tal, o en todo caso no como se lo imagina el notariado latino, es complicado encontrar las normas adecuadas para reconocer los poderes del sistema anglosajón.

Resulta sorprendente que este alto nivel de seguridad jurídica sea calificado desde el ámbito anglosajón como una “actitud de bloqueo” por parte del notariado latino, lo que, según sus reivindicaciones, sería razón suficiente para su abolición.

Precisamente exigen una solución para el problema los mismos que lo han originado. Solucionar el problema de la forma que se ha expuesto únicamente puede conllevar un incremento de los costes del asesoramiento jurídico en el ámbito continental europeo, que bien podrían alcanzar los precios actuales en los Estados Unidos, que ya suponen el 2,5% del producto nacional bruto del país.

Puede que este sea el futuro deseado por algunos de los grandes bufetes anglosajones, no obstante, en mi opinión, no ayudará al desarrollo económico o jurídico de los países afectados, ni tendrán ningún efecto positivo para la población, sino que empeorará su situación de forma catastrófica.

9 Para ver la situación en la UE, compárese con *Kohler und Buschbaum*, IPRax 2010, 313.

5. El notario ejerce control de la legalidad, propicia la seguridad y la certeza jurídicas

En aras de lograr los objetivos anteriormente nombrados, el notario de raíces latinas no ejerce únicamente una función formal, es decir, no sólo sirve para sellar documentos y verificar la autenticidad de las firmas, sino que su función además es principalmente activa, ya que es él mismo quien debe redactar el texto del acto jurídico o bien revisar la legalidad de los textos ya redactados.

En este sentido, el notario ejerce como órgano de la llamada justicia preventiva, es decir, previamente al acto jurídico se verifica de forma neutral si dicho acto es legal, de forma que se reducen las probabilidades de que éste derive posteriormente en un conflicto judicial a resolver en los tribunales.

De este modo, el notario alivia, por una parte, la carga de trabajo de los tribunales y crea seguridad jurídica para las partes implicadas en el contrato.

6. El notariado promotor de nuevas instituciones jurídicas

Además del desarrollo del Derecho material previamente expuesto, el notario puede y debería también controlar y, en caso necesario, crear nuevas instituciones jurídicas.

Siguiendo esta premisa, se fundó hace unos años el Tribunal arbitral constitucional de los notarios alemanes (*Schiedsgerichtshof Deutscher Notare – "SGH"*), que ofrece a las partes sus servicios como tribunal arbitral definido en el contrato y se rige por un principio de aleatoriedad¹⁰.

En el pasado, el notariado también se ha encargado de instaurar en los tribunales, salas especiales para el Derecho profesional de los notarios o del Derecho de responsabilidad civil en el caso de los notarios, para que de este modo, sean los expertos quienes tomen las decisiones en esta temática¹¹.

7. Colaboración del Notariado con las autoridades

Como órgano de la justicia preventiva y como persona a la que el Estado le ha encomendado una tarea de carácter soberano, el notario está obligado a trabajar con el estado en diversos ámbitos, así como a prestar un servicio de asistencia en las tareas administrativas del Estado.

Esto se puede plasmar de varias formas, siendo una de ellas el deber de notificación. El notario alemán tiene el deber de notificar todo contrato de com-

¹⁰ www.dnotv.de/Schiedsgerichtshof.

¹¹ Compárese: Art. 101 de la Ley federal del Notariado (*Bundes-notarordnung*).

Derecho Comparado

praveña de terrenos a la Delegación de Hacienda alemana correspondiente para que ésta pueda cargar a las partes los impuestos sobre transmisiones patrimoniales pertinentes, siendo habitualmente el comprador el que se hace cargo de este pago¹².

En los contratos de donaciones, el notario entrega una copia del contrato a la Delegación de Hacienda alemana correspondiente, para que ésta pueda recaudar el impuesto sobre sucesiones y donaciones¹³.

Obviamente, la labor diaria del notario consiste también en interaccionar con los Registros de la propiedad. El notario es el encargado de entregar las escrituras en la oficina del Registro de la Propiedad, de verificar su ejecución, de resolver los problemas que puedan surgir con la misma y, finalmente, es la persona quien se notifica la inscripción realizada en el Registro.

Por esta razón, el notario está autorizado por ley a presentar, ante el Registro de la Propiedad, solicitudes de inscripción en nombre de las personas que han participado en procesos notariales¹⁴.

Si un negocio está sujeto a autorización previa, como es el caso de la venta de terrenos agrícolas de más de 2 ha en un plazo de 3 años, el notario se encarga de recabarlas y de comunicar dicho acto jurídico a las autoridades pertinentes. El notario también dispone de facultad legal para dicha acción¹⁵.

Al no existir restricciones monetarias ni de exportación, el notario únicamente controla las inversiones de extranjeros en el marco de la Directiva europea sobre blanqueo de capitales, es decir, informa a los organismos estatales pertinentes en caso de observar alguna acción que pueda ser objeto de sospecha.

En Alemania, controlar si se cumplen las normas de urbanización o de protección del medio ambiente no es tarea del notario *per se*, sino que depende del permiso de obra de los organismos gubernamentales correspondientes.

Por tanto, el notario no está directamente implicado en esta tarea.

No obstante, existen varias opciones en las que sería necesaria una mayor participación del notario, siempre bajo la condición de que las normas a cumplir y a controlar sean revisadas previamente.

12 Art. 18 de la Ley alemana sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales.

13 Art. 34 de la Ley alemana sobre el impuesto de sucesiones y donaciones.

14 Art. 15 Párr. 2 de la Ordenanza Hipotecaria alemana (*Grundbuch-ordnung*).

15 Art. 3 Párr. 2 segunda frase de la Ley alemana de Transporte Terrestre.

III. LA ESCRITURA NOTARIAL

1. Su naturaleza, alcance y efectos

El notario deja constancia de su labor en escrituras notariales. Éstas son conocidas como escrituras públicas y disponen de ciertos privilegios, siendo uno de ellos que dan acceso directo al Registro de la Propiedad. También cobran especial importancia en los procedimientos civiles, ya que el contenido de una escritura notarial se considera veraz¹⁶.

Todo aquel que lo cuestione deberá presentar las pruebas correspondientes.

La escritura notarial también es la base para el procedimiento de ejecución forzosa, teniendo en este caso el poder de una sentencia judicial y permitiendo el acceso directo a los bienes del deudor¹⁷.

2. Distinción del documento público y el privado

Toda escritura que sea elaborada por un organismo estatal o dependiente del Estado es pública, por consiguiente, también las escrituras notariales lo son.

Los contratos privados, también llamados escrituras privadas, son todas aquellas actas que han sido elaboradas y firmadas por las partes sin la intervención de un notario, y en las que, además, las firmas no han sido siquiera compulsadas, es decir verificadas.

3. La escritura pública como elemento de forma en los contratos. Su eficacia

La escritura pública elaborada por el notario es un medio para cumplir con el precepto formal que la Ley exige para determinados actos jurídicos.

Estas formalidades tienen diversos propósitos:

Evitar decisiones precipitadas, garantizar que las declaraciones de voluntad de las partes se plasmen de forma correcta e íntegra, que lo allí acordado esté dentro del marco de la ley y que las partes sean informadas durante la redacción de la escritura de las consecuencias legales que acarrea dicho acto jurídico.

Para que el notario pueda ejercer, por tanto, su labor, que se basa en el contenido de la escritura, es necesario preservar dichas formalidades.

16 Art. 415 del Código de Procedimiento Civil alemán.

17 Art. 794 Párr. 1 N° 5 del Código de Procedimiento Civil alemán.

4. La escritura pública como medio de prueba a nivel nacional e internacional

A nivel nacional (Alemania) y en el marco de su Código de Procedimiento Civil (*Zivilprozessordnung*; en lo sucesivo ZPO), la escritura pública, con sus correspondientes formalidades, tiene valor probatorio.

Por lo tanto, el ZPO alemán cuenta con un apartado dedicado a las pruebas aportadas a través de escrituras. En el primer artículo, es decir el art. 415 del ZPO, se establece que toda escritura pública -y por consiguiente también las escrituras notariales- constituye un medio de prueba válido basado en el procedimiento documentado por el fedatario.

Por otra parte, el art. 416 del ZPO relativo a la fuerza probatoria de los contratos privados, estipula que aunque éstos hayan sido firmados por las partes frente al notario con su debida compulsación, únicamente constituyen una prueba de que los autores han hecho dichas declaraciones.

La validez de las escrituras notariales en el extranjero dependerá en primera instancia del ordenamiento jurídico del país receptor.

En Alemania, el art. 438 del ZPO establece que es el mismo tribunal el que debe decidir en base a las circunstancias de cada caso, si una escritura extranjera debe considerarse veraz sin más y puede ser utilizada en el país. Generalmente, las escrituras procedentes de países de la Unión Europea normalmente pueden utilizarse en los demás países miembro¹⁸.

En conformidad con el art. 438 Párr. 2 del ZPO, la legalización por parte de un cónsul en el extranjero basta para probar su autenticidad.

En Alemania, además, existen diversos convenios estatales, como el de la Apostilla de La Haya según el cual determinadas personas (en Alemania el Presidente del Tribunal Regional) pueden legalizar a través de una nueva autenticación que dicho documento fue elaborado por tal persona en su territorio nacional.

5. Su fuerza ejecutiva

En conformidad con el ZPO, la ejecución forzosa procede habitualmente de las sentencias judiciales.

No obstante, el art. 794 del ZPO contempla otros títulos ejecutivos, entre los que constan bajo el número 5 las escrituras notariales otorgadas por notarios alemanes, en las que, dentro del marco de las competencias del notario, esté reflejado dicho título de la forma prescrita. "En la medida en que la escri-

18 Compárese *Kohler und Buschbaum*, IPRax 2010,313. *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2011,1,4.

tura se base en una deuda que sea probamente objeto de una operación, no se trate de una declaración de voluntades ni de un contrato de arrendamiento de vivienda, y siempre que, en conformidad con lo dispuesto en dicha escritura, el deudor esté sujeto a una posible ejecución forzosa inmediata". Por consiguiente, las escrituras únicamente tendrán poder ejecutivo si se incluye en ellas una declaración expresa con respecto a la obligación de someterse a la ejecución forzosa inmediata, es decir, se podrán iniciar todo tipo de vías ejecutivas, ya sea el embargo de bienes inmuebles o la ejecución forzosa sobre bienes raíces.

6. Su libre circulación

En principio, las escrituras notariales pueden circular libremente en todos los ámbitos legislativos, es decir que se puedan utilizar donde se requiera su uso.

7. La escritura pública como instrumento de control de la legalidad y de la validez del contrato

En base al valor probatorio antes citado y a su papel en la ejecución forzosa, se deduce que las escrituras públicas son sumamente importantes con respecto al acto jurídico documentado y a su legalidad y validez.

8. Los documentos notariales electrónicos y su seguridad jurídica

En la actualidad, la única finalidad de los documentos notariales electrónicos en Alemania consiste en la obligación de entregarlos en el Registro mercantil. Para ello son escaneados y codificados con un programa de ordenador especial.

Entonces, el notario deberá firmarlos de forma electrónica. Esto funciona mediante la tarjeta de firma electrónica que es expedida por determinadas instituciones, como por ejemplo la *Bundesnotarkammer*, la Cámara Federal de Notarios alemana. Dicha tarjeta está conectada con el ordenador a través de un lector e identifica al notario que hace uso de dicho terminal.

Además, para obtener la firma electrónica, el notario deberá introducir un código PIN de seis cifras como mínimo que solo él conozca. A partir de dicho momento ya se podrá proceder al envío de escrituras al Registro mercantil¹⁹.

¹⁹ Véase la ley sobre las condiciones marco para firmas electrónicas (*Signaturgesetz, SigG*- Ley alemana sobre la firma electrónica) del 16.05.2001, BGBl (1er tomo del BGB) I, pág. 876.

Derecho Comparado

Es muy probable que en un futuro próximo, también se envíe la documentación al Registro de la Propiedad en formato electrónico.

Según la opinión de los expertos en la materia, la seguridad jurídica queda garantizada gracias al uso de la firma electrónica y del código PIN, así como por el envío en forma codificada.

9. Seguridad documental y seguridad registral

De lo anteriormente expuesto, se deduce que si los documentos son firmados y enviados de forma segura al Registro, su registro también transcurrirá de forma segura.

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD

1. Concepto y características del derecho de propiedad

El derecho de propiedad es un derecho independiente para todos los ciudadanos, regulado expresamente en la Constitución alemana.

El art. 903 del BGB (en lo sucesivo: BGB) regula las facultades del propietario de una manera muy amplia, así que el propietario de una cosa podrá "si no es en contra de la ley o del derecho de terceros, proceder a su conveniencia y excluir a otros de cualquier acción".

2. ¿En su país, qué tratamiento le da la Constitución a la propiedad? Bienes propiedad de los particulares y bienes del dominio público

En el párrafo 14 de la Constitución alemana se garantiza el derecho a la propiedad. No obstante, en el mismo artículo se proclama su función social, es decir, que la propiedad debe contribuir al bien de la comunidad. Huelga decir que hay una disputa jurídica sobre dicha función social. Cabe señalar que está garantizado el derecho a la propiedad de un propietario privado. No obstante, su propiedad puede verse delimitada, especialmente si es por el interés social.

A consecuencia de ello, en Alemania existe, por ejemplo, un límite para el aumento del precio del alquiler. En un plazo de tres años, el alquiler no puede incrementarse más de un 20% -veinte de cien- a no ser que existan circunstancias especiales tales como reformas de la propiedad. Este límite de aumento de alquiler se considera una manifestación de las obligaciones sociales. Esta función social concede al Estado, por tanto, la posibilidad de intervenir estableciendo medidas reglamentarias.

Desde hace décadas, la jurisprudencia alemana está tratando de definir los límites de tal intervención, es decir, determinar cuándo la intervención por parte del Estado adquiere un carácter expropiatorio y cuándo se puede enmarcar dentro de la función social. Para poder decidir sobre estas cuestiones, en Alemania se dispone de un Tribunal Constitucional especial que se ve obligado a pronunciarse reiteradamente sobre dicho tema.

Por un lado, se trata de una propiedad pública cuando ningún propietario privado reclama el terreno, caso que prácticamente no se da en un país tan densamente poblado como Alemania.

La propiedad inmobiliaria pública se basa mayoritariamente en aquellas fincas que antiguamente pertenecían a la nobleza y que pasaron a ser propiedad del Estado con el establecimiento de la república en Alemania en 1918.

No obstante, el Estado también adquiere o vende propiedades. La adquisición de propiedades frecuentemente ocurre para poder llevar a cabo funciones públicas como, por ejemplo, la construcción de carreteras o la ampliación de la red ferroviaria.

3. ¿Cuáles son las principales leyes que regulan la propiedad?

Aparte de la garantía de la propiedad anteriormente mencionada y regulada por el párrafo 14 de la Constitución alemana, la propiedad está principalmente regulada en el BGB.

El Código Civil alemán se compone de cinco libros. El cuarto libro trata del así llamado derecho de los bienes o derecho de propiedad, que diferencia entre la propiedad mobiliaria y la inmobiliaria.

Además del principio fundamental de la libre disponibilidad de la propiedad en virtud del art. 903 del BGB, conforme se ha mencionado anteriormente, la ley regula principalmente la adquisición y enajenación de la propiedad.

Existen, también, aparte de ello, leyes especiales que tratan directa o indirectamente con la adquisición de la propiedad, por ejemplo, la Ordenanza hipotecaria alemana, es decir, la ley que regula la gestión de los libros del Registro de la Propiedad Inmobiliaria (*Grundbuchordnung*).

4. ¿Cuáles son los tipos de bienes inmuebles que regulan las leyes?

En el derecho alemán, sólo existe la propiedad inmobiliaria en sí, sin que se diferencie entre los distintos tipos. La única distinción que se aplica se basa simplemente en saber quién es el propietario.

Derecho Comparado

En el derecho alemán prevalece el principio propiedad de edificios. Esto significa que básicamente no se diferencia entre el propietario de un terreno y el propietario de un edificio que esté situado en éste, a no ser que el edificio esté compuesto por partes no fundamentales que se puedan desmontar en cualquier momento, como, por ejemplo, una cabaña, una casita de jardín o similares.

Por ello, en el derecho alemán, la venta de un terreno está automáticamente asociada con la venta del edificio como parte fundamental de la finca²⁰. No existe, en un principio, una separación de la propiedad entre terreno y edificio.

La única excepción a ello es el así llamado derecho de superficie, conocido en el derecho español como "Fideicomiso". Esto es, independientemente del derecho de un terreno, el derecho sobre un edificio, pero que solo podrá ser adquirido por un plazo determinado. Evidentemente, cuando se trata de dichos derechos de superficie a menudo se opta por un período de tiempo más largo. En caso de edificación de uso comercial, suele ser de unos 20 a 30 años y de unos 99 años en caso de edificios residenciales.

El contrato de establecimiento de un derecho de superficie debe ser protocolizado ante notario. Después del establecimiento de este derecho, se abre un folio registral adicional, en el que se estipula principalmente la duración del derecho de superficie. En el Registro de la propiedad inmobiliaria, el derecho de superficie se registra como carga.

El beneficiario de este derecho de superficie, es decir, el usuario del edificio, paga generalmente un impuesto de derecho de superficie al propietario del terreno, es decir, una especie de arrendamiento que ha de satisfacerse de forma anual o mensual. Para el propietario, esta situación tiene la ventaja de que pueda obtener rendimientos del terreno sin que él mismo tenga que construir un edificio. Para el beneficiario del derecho de superficie la ventaja es de que pueda utilizar el edificio sin necesidad de adquirir el terreno ni mantenerlo.

De esta forma, mediante este tipo de derecho de superficie se fomenta principalmente la construcción de apartamentos pequeños y se combate la especulación del suelo. El beneficiario se ahorra el precio de adquisición del terreno y, al mismo tiempo, es el propietario de un edificio que es alienable y heredable a través del derecho de superficie²¹.

20 Art. 94 del BGB.

21 *Bassenge* en Palandt, edición 71. de 2012, *Einkl. Erbbaurechts- gesetz*, nº marginal 1.

5. Limitaciones o restricciones al derecho de propiedad, de carácter público o privado.

En virtud de lo dispuesto en el art. 903 del BGB, el derecho de propiedad es básicamente ilimitado, no obstante, está sometido, de hecho, a distintas limitaciones jurídicas. Una de las limitaciones más importantes es, por ejemplo, que no se puede construir libremente una edificación y según la arbitrariedad del propietario del terreno. La elaboración de planes urbanísticos es competencia de los municipios y la construcción del edificio sólo puede llevarse a cabo dentro de las limitaciones de este plano. De no existir tal plano, la edificación solo será posible dentro de las limitaciones de construcción limítrofes. De no existir tales edificaciones en los alrededores, entonces y en un principio, no existe derecho de edificación alguno. Sólo existen excepciones para las explotaciones agrícolas.

En el ámbito privado puede haber limitaciones en el uso del derecho de propiedad por los principios generales del derecho de vecindad. En la construcción de edificios se debe mantener, por ejemplo, una distancia de 3 metros de los límites de la parcela vecina. Si los edificios son más altos, la distancia a respetar el mayor. A partir de una cierta altura, las plantaciones también deben acatar ciertos límites de distancia.

Aparte de ello, también podrán darse limitaciones de naturaleza vecinal por servidumbres acordadas contractualmente. En el marco de estas servidumbres se puede acordar no usar un terreno de cierta manera, es decir por ejemplo, mantenerlo libre de edificaciones²².

6. Formas de adquirir la propiedad

Como se ha indicado anteriormente, en el tercer tomo del Código Civil, el así llamado derecho de bienes, se regulan las posibilidades de adquisición de propiedades. Aquí se diferencia entre propiedad mobiliaria y propiedad inmobiliaria.

La propiedad mobiliaria se transfiere normalmente mediante acuerdo sobre la transmisión de patrimonio y de propiedad.

En el caso de la propiedad inmobiliaria, se necesita también de un acuerdo sobre la transmisión de la propiedad y la sucesiva inscripción en el Registro de la propiedad, es decir, el Registro de la propiedad inmobiliario²³.

22 Compárese. *Bassenge* in Palandt aa O Art. 903 BGB n° marginal. 11 ss.

23 Artículos 873, 925 BGB.

Derecho Comparado

El derecho alemán se rige, en este caso, por el así llamado “principio de abstracción”. Eso significa que se diferencia en este caso entre el contrato promisorio sobre la obligación para la obtención de la propiedad, por un lado, y la obtención de la propiedad por el otro lado²⁴.

El contrato promisorio establece aquí la obligación de transferir la propiedad, pagando el precio de compraventa establecido o por la vía de donación.

En base a dicha obligación, el acto de transmisión en sí se realiza mediante la declaración de los participantes sobre la transmisión de la propiedad y la inscripción de la misma en el Registro de la propiedad inmobiliaria.

Este principio de abstracción es una de las diferencias principales del sistema contractual de tipo latino, en el cual la transmisión de propiedad tiene lugar con la firma del correspondiente contrato de compraventa.

El principio de abstracción alemán ofrece una mayor seguridad a las partes durante la realización del contrato de compraventa.

Por tanto, se puede celebrar el contrato de compraventa e incluir en el mismo la obligación de pago del precio de compraventa y la obligación de transmitir la propiedad después del pago del precio de compraventa.

Como garantía provisional para el comprador, en el Registro de la propiedad se puede hacer uso de la anotación preventiva (“Auflassungsvormerkung”), es decir, inscribir o reservar de forma provisional la inscripción del comprador en el Registro de la propiedad inmobiliario²⁵.

Una vez se haya realizado y se haya garantizado la cancelación de posibles cargas en el Registro de la propiedad, entonces el comprador -después del requerimiento del notario- podrá abonar el precio de la compra. Cuando el vendedor haya recibido el precio de venta, debe cumplir con su obligación de declarar la transmisión de la propiedad y el comprador será registrado como propietario en el Registro una vez realizada la correspondiente declaración.

En la práctica, el vendedor realiza esta declaración de transmisión ya con el propio contrato de compraventa y se le instruye al notario presentar la declaración para la inscripción en el Registro de la Propiedad inmobiliaria una vez que el vendedor haya certificado que ha recibido el precio de compraventa.

En el sistema alemán, por lo tanto, no es necesario que el comprador acuda con cheque bancario o dinero en efectivo a la cita ante el notario para poder hacer entrega del mismo en el momento de la firma del contrato de compraventa. En el sistema alemán, el notario puede controlar cómo y cuándo debe satisfacerse el precio de compraventa y asegurar, al mismo tiempo, que se realizará la cancelación de posibles cargas inscriptas en el registro de la

24 Art. 311 b BGB por un lado, Art. 925 BGB por el otro.

25 Art. 883 BGB.

propiedad inmobiliaria, como muy tarde, al momento de la transmisión de la propiedad a nombre del comprador²⁶.

Aparte de ello, también es posible realizar el pago del precio de compraventa mediante una cuenta fiduciaria del notario. El notario no realizará pagos de ésta hasta el momento en el cual se den las condiciones antes mencionadas²⁷.

7. Copropiedad, condominio, tiempo compartido y otras modalidades de la propiedad.

En el sistema alemán de propiedad no constituye problema alguno que varias personas sean propietarias de un mismo inmueble. Pueden adquirir inmuebles en sus distintas cuotas de participación y, en un principio, disponer libremente de dichas cuotas²⁸.

Una forma natural de copropiedad es la comunidad hereditaria. Cuando fallece el propietario de una finca y es sucedido por varias personas, entonces éstas se convierten automáticamente en copropietarios en cuanto a la cuota sucesoria correspondiente de este inmueble. Formarán una, así llamada, comunidad hereditaria y se les registrará como tal, es decir, como comunidad y sin inscripción de las partes correspondientes de copropiedad en el Registro.

La propiedad también puede ser adquirida, aparte de lo mencionado, de forma común mediante sociedades personales.

Se estableció ya la propiedad horizontal en los años 50 del siglo pasado a través de la instauración de la ley alemana que regula la Propiedad Horizontal (*Wohnungseigentumsgesetzes (WEG)*)²⁹.

La propiedad horizontal se compone de una cuota de la finca total, y de una parte privativa. Estas dependencias han de ser marcadas por los números correspondientes en el acta notarial, necesaria para la división de la propiedad y en un plano del edificio adjunto. Esto debe realizarse de tal manera que cualquier tercero pueda reconocerlas inmediatamente y sin medios adicionales³⁰.

La copropiedad supone una declaración de división deliberada (*notarielle Teilungserklärung*) realizada ante un notario seguida de su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Con la inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria, se abre un folio registral para cada una de las propie-

26 Compárese. SCHÖNER/STÖBER, Grundbuchrecht 14. Aufl. 2008 n^o marginal 3152 a.

27 SCHÖNER/STÖBER, op.cit. n^o marginal 3152 b.

28 Compárese: "die Regelungen über die Gemeinschaft" (regulaciones de la comunidad), Art. 741 ss. BGB.

29 Ley alemana de la Propiedad Horizontal del 15.03.1951, BGB alemán I. I, pág. 175.

30 Compárese arts. 1 y 2 de la ley de propiedad horizontal alemana (*Wohnungseigentumsgesetz*).

dades horizontales. La propiedad horizontal tiene un destino propio, puede ser vendida, heredada y gravada de forma independiente de las demás.

Otra figura jurídica es la de las propiedades en régimen de tiempo compartido, no muy extendida en el derecho alemán, pero sí en los destinos turísticos preferidos del sur de Europa. En el derecho alemán, viene representada, preferentemente, como copropiedad o en el marco de una sociedad. En caso de la disolución de una sociedad, la sociedad pasará a ser propietaria de la propiedad horizontal. Los usuarios individuales no adquieren la copropiedad en la finca, sino la participación en una sociedad que es propietaria de una finca. Esta participación en la sociedad está relacionada con el derecho de uso del inmueble durante un determinado periodo de tiempo durante el año.

En aplicación de una de las correspondientes directivas de la Unión Europea, se han incluido también en el BGB normas para proteger al consumidor, válidas independientemente de la forma jurídica de la multipropiedad, que le da al consumidor el derecho de revocar en un plazo de 14 días a partir de la celebración del contrato³¹.

8. La hipoteca: su constitución, inscripción y ejecución

El derecho alemán diferencia fundamentalmente entre la hipoteca y la así llamada deuda inmobiliaria³². El concepto general para ambos institutos es el del derecho de garantía inmobiliaria. Se trata, por tanto, de la correspondiente pignoración de la propiedad inmobiliaria a un acreedor, normalmente, un banco.

La diferencia principal entre la hipoteca y la deuda inmobiliaria reside en que la hipoteca es una garantía accesorio, es decir, su existencia está ligada a la existencia del crédito obligacional subyacente, es decir, el contrato de préstamo. La deuda inmobiliaria, al contrario, es una garantía abstracta, es decir, existe independientemente de la existencia de un crédito subyacente³³.

La ventaja de la deuda inmobiliaria consiste en que puede ser usada una y otra vez como garantía para los distintos créditos, es decir, servir para distintos tipos de crédito sin que por ello deba realizarse modificación alguna en el registro de la propiedad inmobiliaria. Se inscribe en el registro de la propiedad inmobiliaria simplemente el importe de la deuda y el importe máximo de los intereses que se puedan exigir.

El inconveniente principal de la deuda inmobiliaria reside en el hecho de que dicha deuda puede proceder en contra del propietario de una finca, inde-

31 Art. 485 BGB.

32 Art. 1113 y ss. o bien 1191 y siguientes. BGB.

33 Art. 1192 BGB.

pendientemente de la existencia de un crédito. Incluso, puede darse el caso en el cual, por ejemplo, un acreedor que ha concedido el crédito sea el beneficiario de la deuda inmobiliaria, que éste ceda el derecho por la concesión del crédito a una persona y la deuda inmobiliaria a otra persona. Así puede pasar, en un principio, que el deudor, o sea el propietario de la finca, tenga que pagar por duplicado³⁴.

Esta posibilidad, que teóricamente está dada, no suele darse en la práctica, al menos no cuando la deuda inmobiliaria, como suele ser, está constituida para un banco. El banco se haría responsable de los daños si realizara esta cesión doble.

También la autoridad legislativa ha reaccionado frente a dicha problemática, introduciendo, por un lado, el art. 1192, párrafo 1a. De este modo, "las excepciones que pertenecen al propietario en función del acuerdo de seguridad con el acreedor anterior o que resulten de dicho acuerdo de seguridad son vinculantes para cualquier comprador de la deuda inmobiliaria". Para poder establecer la conexión entre la deuda inmobiliaria que se haya registrado a nombre de una entidad bancaria y los créditos que ésta en realidad garantiza, se debe establecer otro acuerdo, el anteriormente indicado contrato de garantía o declaración de finalidad. Ésta se contrata entre el banco y el deudor, aparte de la deuda inmobiliaria y el contrato de crédito y regula por cuáles créditos el banco puede reclamar la deuda inmobiliaria al propietario de la finca.

En estos casos, la formulación suele ser muy amplia, así, por ejemplo, que la entidad bancaria pueda reclamar al deudor por todos los derechos que este mantiene en base de la relación comercial. Durante las negociaciones con el banco, esta finalidad pueda ser limitada a ciertas relaciones deudoras. Debido a su lado práctico y al uso múltiple de la deuda inmobiliaria, al contrario que con la hipoteca, la deuda inmobiliaria ha desplazado completamente a la hipoteca en la vida legal de Alemania.

Casi sólo se van constituyendo deudas inmobiliarias y apenas hipotecas³⁵.

Como otra garantía adicional para el constituyente de una deuda inmobiliaria, la autoridad legislativa introdujo en el año 2008 un plazo de cancelación no dispositivo de 6 meses, antes de que el importe de la deuda inmobiliaria deba satisfacerse y antes de que se lleve a cabo la ejecución forzosa a raíz de esta deuda inmobiliaria³⁶.

34 Compárese. SCHÖNER/STÖBER en el lugar indicado, n° marginal 2311.

35 Compárese. SCHÖNER/STÖBER, en el lugar indicado, n° marginal 2310.

36 Art. 1193 párrafo 2 sección 2 BGB.

Derecho Comparado

La posibilidad de uso de una deuda inmobiliaria alemana llega hasta tal punto que una deuda inmobiliaria no debe ser constituida para un banco en concreto. El propietario de la deuda puede constituirla incluso para sí mismo. Es la llamada deuda inmobiliaria de propietario.

Sobre esta deuda se puede establecer, a petición del propietario, una cédula de deuda inmobiliaria que, en su función, es parecida a una letra de cambio. Si se transmite esta cédula de deuda inmobiliaria, esta deuda será cedida y el propietario de la cédula de deuda inmobiliaria será el acreedor autorizado de la deuda.

Todo ello crea cierta ventaja para los emprendedores que quieren beneficiarse haciendo uso a corto plazo de créditos de distintos bancos. Para garantizar el crédito, se puede, en cada caso, transmitir la cédula de deuda inmobiliaria al correspondiente banco y una vez pagado el crédito, el banco devolverá la cédula de crédito al propietario. Éste, entonces, podrá solicitar un nuevo crédito a aquél u otro banco transmitiendo la cédula. Este método es práctico para la financiación de retrasos a corto plazo por ejemplo, ya que se puede obtener dinero de forma relativamente fácil y ofrecerle las garantías al banco.

Tanto la hipoteca -que prácticamente ya no existe- como la deuda inmobiliaria necesitan para su constitución siempre de dos pasos. Aquí queda patente el principio de abstracción anteriormente mencionado.

Por un lado, el propietario debe ponerse de acuerdo con el acreedor sobre la constitución de la deuda inmobiliaria en el registro de la propiedad y después se registrará la deuda inmobiliaria en el registro de la propiedad como carga que grava la propiedad en una sección del Registro de la Propiedad inmobiliario. Se constituye sólo en el momento de su inscripción³⁷.

Cuando la deuda inmobiliaria esté inscrita y existan problemas de liquidez, el beneficiario, después de un plazo de preaviso de seis meses, podrá proceder directamente a raíz de la deuda inmobiliaria contra el propietario, solicitando la ejecución forzosa o la administración forzosa de la propiedad.

En el caso de la ejecución forzosa -caso que prevalece en la práctica- se subasta la propiedad mediante un proceso de ejecución forzosa ordenado por el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que está situado y mediante el procedimiento de subasta pública. Con el beneficio de la subasta se satisface las deudas inmobiliarias por orden de inscripción en el Registro de la Propiedad inmobiliaria.

37 Art. 873 BGB.

V. EL SISTEMA REGISTRAL DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

1. Principales sistemas del registro público; principios y características

En Alemania, las propiedades se registran en formato libro. En los registros electrónicos se conserva dicho formato libro y se lo adapta al formato electrónico.

Se crea una hoja registral por cada terreno y, en caso de disponer de propiedad horizontal también por cada finca registrada, y a continuación se le atribuye un número dentro de cada término municipal.

El folio registral se compone de cuatro partes.

En la parte superior de la hoja registral, en el llamado inventario, se indica el terreno o, en caso de ser varios, todos los terrenos. Para identificar los terrenos dentro de un término municipal se indica el número de parcela, así como la calle y el número. No obstante, lo que resulta imprescindible para encontrar el terreno es el número de parcela.

Este es uno de los principios fundamentales del sistema de Registro de la Propiedad en Alemania. El número de parcela siempre coincide con el correspondiente número en el Catastro. Por consiguiente, el número de parcela que consta en el Registro de la Propiedad siempre se podrá encontrar en el plano del Catastro con la misma denominación y viceversa. Todo terreno registrado en el Catastro también tendrá su correspondiente asiento, es decir, inscripción en el Registro.

Como consecuencia, en el caso de venta de una parte del terreno éste no podrá ser registrado hasta que se cambie la inscripción en el Catastro. En caso de vender una parte de una parcela se deberá informar al Catastro o a un geómetra para que éste pueda dibujar la nueva delimitación, ya sea con ayuda de mojones fronterizos u otras señalizaciones.

Entonces modificará el plano catastral y al nuevo terreno se le atribuirá un nuevo número de parcela que será inscrito en el Catastro. El nuevo terreno no se podrá inscribir en el Registro hasta que no se le haya adjudicado un nuevo número de parcela.

Por consiguiente, en el Derecho inmobiliario alemán no es suficiente describir las partes de parcelas con simples palabras, como es habitual en otros países. Esto tiene sentido ya que con el transcurso de los años, algunas descripciones pueden resultar incomprensibles porque las parcelas vecinas pueden haber sufrido algunos cambios, porque se pueden haber construido nuevos edificios o carreteras, etc.

En Alemania, se le da mucha importancia a este principio de analogía entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, por lo que se sigue de forma estricta.

Derecho Comparado

A continuación, en el primer apartado de la hoja registral se nombra al o a los propietarios. Si se trata de una copropiedad se indicarán las cuotas de copropiedad. En caso de ser una comunidad sucesoria, el propietario indicado será la comunidad como tal con el nombre de los herederos pero sin incluir las cuotas hereditarias. Lo mismo ocurre con una sociedad civil.

En el segundo apartado del Registro constan todas las cargas reales de la finca, a excepción de las hipotecas o deudas hipotecarias. Aquí es donde se reflejan, por ejemplo, todos los tipos de servidumbres, derechos de usufructo, derecho de uso de vivienda y similares.

En el tercer apartado del libro del Registro se indican las deudas hipotecarias y las hipotecas con su correspondiente importe y los intereses acordados.

La razón por la cual se separan las cargas de los gravámenes en los apartados II y III del libro de Registro es simplemente para asegurar la claridad. Con el fin de no dar lugar a la duda, se prefiere separar los gravámenes que pueden conllevar pretensiones de pago de las servidumbres y cargas similares.

Uno de los principios más importantes en el Derecho inmobiliario está reflejado en el art. 892 del BGB, el cual estipula que toda persona puede confiar en que el contenido del libro de Registro es veraz, a no ser que se sepa de su falsedad.

Este principio es uno de los más importantes en lo que respecta a la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario³⁸. No es necesario presentar ni revisar escrituras previas. La base para toda venta de terreno es el libro de Registro, ya que toda compraventa o donación transcurre en base a los datos reflejados en el Registro. Por consiguiente, no se requiere ni un *"Title research"* ni un *"Title insurance"* (seguro de títulos). Esto incrementa la seguridad jurídica y la fiabilidad del tráfico inmobiliario en Alemania.

2. El Registro de la Propiedad en Alemania

En Alemania, el Registro de la Propiedad está ubicado en los Juzgados de primera instancia, es decir, en los juzgados municipales. Dichos juzgados disponen de departamentos especiales que se encargan de dirigir el Registro de la Propiedad.

Los libros de Registro están divididos por términos municipales dentro de cada juzgado municipal, es decir, por municipios y pedanías, y disponen de una numeración.

El registrador siempre es un juez. Los funcionarios del Registro subordinados son trabajadores del juzgado que han recibido una formación específica,

38 Vgl. *Gursky in Staudingers Kommentar zum BGB 2008*, § 892, Rnr. 9.

los llamados funcionarios de la administración judicial, o como los llamarían en el sistema anglosajón "paralegals".

La organización de la administración de justicia en el marco de la Ley es competencia de los Estados federados, al igual que el Registro de la Propiedad, mientras que su ejecución está regulada por la ordenanza hipotecaria.

En caso de existir quejas con respecto a ciertas decisiones del Registros, se tratarán en primera instancia en el mismo juzgado municipal. La autoridad competente en caso de persistir las quejas es la audiencia territorial del respectivo *land*.

El Registro de la Propiedad por tanto está descentralizado y está ubicado en las proximidades de las zonas afectadas.

3. Documentos inscribibles

La oficina del Registro de la Propiedad está sujeta a una ley propia, la ordenanza hipotecaria. En virtud de lo dispuesto en dicha ordenanza -concretamente en el art. 29-, únicamente son inscribibles las escrituras públicas, es decir, aquellos documentos que hayan sido documentados por un notario o en los que las firmas de las partes hayan sido compulsadas por un notario.

A parte de las actas notariales únicamente son inscribibles los documentos judiciales como, por ejemplo, la hipoteca de garantía, que se suele solicitar en el marco de una ejecución forzosa y que es ordenada por el juzgado municipal en calidad de tribunal ejecutivo; o bien una sentencia judicial que conlleva a un cambio de titularidad, como en el caso de una persona que transfiere su propiedad a otra.

En ningún caso serán inscribibles los documentos privados.

Este es un filtro esencial para acceder al Registro, un filtro que es necesario para acelerar y no dificultar el trabajo de la oficina de Registro.

El notario prepara los documentos y solicita su inscripción en el Registro de una forma que generalmente hace posible su registro inmediato. Esto es importante para poder mantener los altos estándares del Registro, que por otra parte son necesarios para poder garantizar la credibilidad pública del Registro anteriormente mencionada.

4. Inscripciones provisionales

Dado que en el Derecho inmobiliario alemán se aplica el mencionado principio de abstracción, es decir, que debido al contrato obligacional previamente firmado no se hace efectiva la transmisión patrimonial hasta que se procede a la inscripción del nuevo propietario en el Registro, surgió la necesidad de crear un instrumento que grabará la futura adquisición de la propiedad de forma provisional en el Registro.

Derecho Comparado

Dicho instrumento es la anotación preventiva estipulada en el art. 883 del BGB, por consiguiente, una inscripción provisional para asegurarse el derecho al futuro registro de la propiedad.

Dicha anotación preventiva puede incluir no sólo la futura adquisición de la propiedad, sino que también es extensible a otros derechos tales como por ejemplo servidumbres. No obstante, la importancia atribuible a este hecho es mínima, ya que habitualmente las servidumbres y demás gravámenes se nombran de forma expresa en el apartado II de la hoja registral. Si están ligadas a alguna condición, también se pueden registrar como derecho condicional.

En la práctica, la principal utilidad de dicha anotación preventiva yace en el ámbito de los contratos de compraventa de terreno, en los que el comprador se asegura, de forma provisional, el registro mediante una anotación preventiva, y no ha de abonar el precio de compra hasta que se haya efectuado el registro, después de que la finca haya sido posiblemente liberada de cargas.

Como todas las demás inscripciones, la anotación preventiva deberá ser aprobada y solicitada por el propietario actual³⁹. El notario presentará dicha solicitud en la oficina del Registro, donde se procederá a introducir la correspondiente anotación en el libro de registro.

La anotación preventiva no es definitiva, es decir, no impide efectuar futuras anotaciones.

De conformidad con el art. 888 del BGB, se le concede a la persona autorizada a incluir dicha anotación, cuyo nombre constará junto a la misma, el derecho a exigir la eliminación de anotaciones de rango inferior, efectuadas en el Registro por las personas autorizadas a anotar dichas inscripciones de rango inferior.

En caso de insolvencia, la anotación preventiva tendrá un derecho preferente. La persona autorizada a realizar la anotación preventiva podrá solicitar al administrador de insolvencia la transmisión del terreno a su nombre sin que otros acreedores de insolvencia tengan acceso a él⁴⁰.

En principio, el efecto y la protección de la anotación preventiva son ilimitados. La anotación quedará protegida mientras el derecho subyacente persista. Si prescribe, el propietario de la finca tendrá derecho a eliminar la anotación.

Cuando se proceda al registro definitivo del nuevo propietario se borrará la anotación, ya que entonces perderá su sentido.

Todas las inscripciones realizadas en el Registro se efectúan en base a la solicitud previa de las partes, que posteriormente el notario presentará en la oficina de Registro. De conformidad con el art. 15 de la Ordenanza hipotecaria, el notario también está autorizado a solicitar inscripciones.

39 Art. 19 de la Ordenanza Hipotecaria alemana (*Grundbuchordnung*).

40 Art. 106 del Ordenamiento regulador de la insolvencia (Alemania).

5. Avances tecnológicos en los sistemas registrales (medios electrónicos)

Hace ya unos años que en Alemania comenzaron a cambiarse los libros del Registro a un formato electrónico.

Durante el período de transición, se escanearon todos los libros y, a continuación, el trabajo ha proseguido en formato electrónico. Hoy en día, los folios registrales nuevos se crean directamente en el ordenador.

Debido al sistema federal alemán y a que, como se ha mencionado anteriormente, la organización de la justicia y de las oficinas del Registro de la Propiedad atañe a los *Länder*, los 16 estados federados alemanes no han pasado del formato libro al formato electrónico simultáneamente, sino en diferentes momentos. Además, han utilizado diferentes sistemas operativos que no siempre son compatibles los unos con los otros.

6. El acceso del notario por vía electrónica a información inmobiliaria

Cada notario dispone de un acceso propio a los libros electrónicos, un acceso seguro gracias a las contraseñas. Debido a los diferentes sistemas, en cada estado federado, se requiere un acceso distinto para cada *land*, hecho que dificulta el trabajo de los notarios en la práctica, especialmente en el caso de Notariados que realizan escrituras más allá de las fronteras de su propio *land*. En estos casos es necesario solicitar un acceso en todos los demás estados federados y obtener un número y código de acceso con su correspondiente numeración.

El acceso al Registro de la Propiedad también está asociado con costes significativos. El coste de cada información extraída del libro del Registro asciende a un mínimo de 10,00 euros. Sin embargo, según la normativa arancelaria vigente, el notario puede repercutir dichos gastos a sus clientes.

Más allá del acceso electrónico a los libros del Registro de la Propiedad, existe un acceso público al Catastro que está a disposición de todos a través de internet. Tras previa solicitud, se puede recibir por correo electrónico el extracto del plan catastral.

No existe un acceso directo al valor catastral del suelo. Generalmente, en Alemania el valor del suelo no está reflejado en el Registro. Simplemente existe una valoración del terreno efectuada por parte de las delegaciones de hacienda, que, no obstante, se basa en las directrices de valoración de los años 30 del siglo pasado. Dichas valoraciones únicamente se toman en consideración para el impuesto sobre bienes inmuebles, donde se aplica el correspondiente factor de multiplicación. A estos datos no se puede acceder por vía electrónica.

Las normas relacionadas con la protección medioambiental se basan habitualmente en leyes que son de dominio público. Pueden existir otras res-

tricciones relacionadas con el derecho de construcción. Éstas tampoco son accesibles por vía electrónica.

Las restricciones a la propiedad habitualmente están inscritas en el Registro y son accesibles por vía electrónica.

VI. EL MERCADO INMOBILIARIO

1. Su significado para el notariado y para el país

El mercado inmobiliario en Alemania es de gran importancia, tanto para el notariado como para el propio país y su desarrollo.

En Alemania, todos los contratos relativos a la transmisión de bienes inmuebles, ya se trate de contratos de compraventa o de donación, deben ser elevados a escritura pública, independientemente de quiénes sean las partes implicadas⁴¹. Es decir, aunque el Estado o un ayuntamiento necesiten comprar o vender una finca, se requiere la elevación a escritura pública por un notario. Dicha norma es incluso aplicable si, por ejemplo el Estado vende una propiedad a un ayuntamiento.

De ahí se puede deducir fácilmente que las transacciones inmobiliarias son uno de los fundamentos principales del Notariado. Creo que en Alemania no existirá prácticamente ningún Notariado cuyos ingresos por transacciones inmobiliarias no suponga al menos un 50% o 60% del volumen total de ingresos.

El mercado inmobiliario también es sumamente importante para el país y su desarrollo.

Hay que tener presente, que no se puede garantizar el desarrollo económico razonable de un país extensible a todas las clases sociales, sin la existencia de un mercado inmobiliario seguro y controlado. Para poder garantizar la seguridad de las transacciones inmobiliarias, todo mercado inmobiliario debe fundarse sobre Registros de la Propiedad seguros y sobre un notariado fiable, libre e independiente. Sólo de este modo será posible invertir en fincas, instalar fábricas, abrir filiales en Alemania y participar de forma razonable en la vida económica del país sin correr otros riesgos que el de la plusvalía.

De este modo también se puede asegurar una concesión de créditos reglamentaria por parte de los bancos y que dichas concesiones se puedan asegurar al inscribir los derechos de hipoteca inmobiliaria correspondientes.

41 Art. 311 b BGB.

2. Los aspectos positivos y negativos en Alemania

Con lo citado anteriormente, ya se han podido destacar suficientemente los aspectos positivos del mercado inmobiliario en Alemania, en especial teniendo en cuenta el notariado de raíces latinas.

Sin querer parecer presuntuosos, encontrar aspectos negativos se nos antoja una ardua tarea, ya que verdaderamente se puede considerar que el mercado inmobiliario en Alemania funciona bien y está debidamente controlado.

Teniendo en cuenta los plazos de espera impuestos por la Ley, se pueden obtener citas para escriturar ante notario en un espacio de tiempo razonablemente breve, las inscripciones en los Registros de la Propiedad alemanes son generalmente rápidas, y gracias a la previa preparación por parte del notario suelen transcurrir sin dificultades.

En términos generales, se puede decir que el sistema en Alemania funciona de forma reglamentaria, rápida, fluida y efectiva, estando a la disposición de los ciudadanos y empresas nacionales e inversores internacionales.

3. Su repercusión en la paz social y la economía de un país

El buen funcionamiento del mercado inmobiliario no sólo es una condición esencial e imprescindible para la economía y para el desarrollo económico de un país, sino también para la preservación de la paz social a nivel nacional.

La economía únicamente puede funcionar y florecer, si el mercado inmobiliario es seguro y se pueden comprar y vender los inmuebles sin más dificultad.

Lo que ha ocurrido en diversos países nos demuestra que el mal funcionamiento de los mercados inmobiliarios, en los que no se dispone de Registros fiables o en los que algunas partes del país no constan siquiera en los Registros, conlleva también problemas en el desarrollo económico de dichos países.

Esto también tiene consecuencias directas sobre la paz social de un país.

Por una parte, una economía sana con fábricas en terrenos propios de las empresas crea puestos de trabajo, que son necesarios para garantizar los ingresos y los alimentos de las familias.

Por otra parte, ofrece seguridad a la población que trabaja en la agricultura, la seguridad de que las tierras labradas realmente les pertenecen.

Esto no sólo supone una garantía importante en lo que se refiere a la propiedad, sino que también sienta las bases para el desarrollo económico de las explotaciones agrícolas, ofreciéndoles sobre todo la oportunidad de pignorar sus bienes a través del derecho de hipoteca inmobiliaria, lo que le sirve al agricultor como garantía ante su banco o acreedor y le permite por tanto tener acceso a préstamos para invertir en su terreno o en su empresa.

4. La aportación del notariado al mercado inmobiliario. El valor añadido de su función

Como ya se ha expuesto anteriormente en diversas ocasiones, el Notariado latino es una de las piedras angulares de un mercado inmobiliario seguro.

La intervención del notario, previa a la inscripción en el Registro, evita que los Registros reciban un sinnúmero de documentos redactados por personas inexpertas.

La labor del notario, como redactor del contrato de compraventa o de donación de fincas, protege a las partes implicadas del engaño y de la precipitación y constituye una garantía, de que las voluntades de las partes han sido plasmadas en el contrato de forma jurídicamente correcta. Gracias a la intervención del notario, las partes están protegidas también ante perjuicios económicos, que pueden surgir si, por ejemplo, el vendedor pierde su propiedad antes de obtener el precio de compra o si el comprador abona el precio de compra antes de tener asegurada la adquisición libre de cargas.

Por consiguiente, la colaboración del notario no supone únicamente una mejora de la situación jurídica de las partes, sino que también ofrece un valor económico añadido.

Al involucrar al notario, las partes se ahorran tener que consultar -ya sea antes de firmar el contrato o después de redactar un contrato mal formulado- a un abogado u otros asesores jurídicos, cuyos costes serán notablemente superiores a los de una escritura notarial.

Así, el notariado les ahorra gastos de transacción y posibles costos judiciales; con ello, permite que dicho dinero esté disponible para invertirlo en el desarrollo económico, y contribuye de esta manera directamente al desarrollo del país.

Por consiguiente, en este contexto cabe desmentir algunas declaraciones, sobre todo aquellas que provienen del ámbito jurisdiccional anglosajón o de entidades como por ejemplo el Banco Mundial, en las que se afirma que el Notariado Latino supone un gasto mayor⁴².

Estudios económicos independientes muestran que no es precisamente el caso, sino que el notariado, como se ha expuesto anteriormente, contribuye al ahorro de gastos. No sólo se ha de involucrar a menos juristas, sino que no resulta necesario contratar seguros tales como el *title insurance* anglosajón. Es posible que estas declaraciones no gusten a algunos responsables dentro del sistema anglosajón, especialmente a los grandes bufetes multinacionales, pero con los correspondientes estudios son perfectamente probables.

42 Compárese con los informes "doing business" del Banco Mundial.

5. ¿Existe una regulación jurídica confiable y objetiva para el mercado inmobiliario?

Creo que la seguridad y el carácter teleológico del régimen jurídico para el mercado inmobiliario en Alemania ya se han demostrado amplia y detalladamente en los capítulos anteriores.

Se fundamenta, tal y como se ha citado previamente, en los pilares del buen funcionamiento del notariado latino y del sistema catastral, así como en el buen funcionamiento de la oficina de Registro de la Propiedad.

La colaboración entre las tres instituciones garantiza la seguridad y fiabilidad del mercado inmobiliario alemán, tanto para los operadores en el mercado nacionales como los internacionales.

6. Actualmente, en su país, ¿cuáles son los instrumentos de regulación del mercado inmobiliario?

Dichos mecanismos ya se han expuesto anteriormente.

Todas las instituciones anteriormente mencionadas están reguladas por sus correspondientes leyes, que están recogidas en el BGB y en la Ordenanza hipotecaria alemana.

7. ¿Se requieren nuevos instrumentos de regulación del mercado inmobiliario en su país?

Creo que, en vistas de las exposiciones anteriores con respecto al funcionamiento del mercado inmobiliario, en el caso concreto de Alemania no se requieren nuevos instrumentos.

La introducción de nuevos mecanismos no está en debate ni en planificación.

VII. CONCLUSIONES

En resumen, se puede afirmar que la seguridad jurídica del mercado inmobiliario en Alemania está completamente garantizada.

Todos los instrumentos de regulación necesarios existen y funcionan correctamente, comenzando por el hecho de que todas las fincas están registradas en el Catastro, ya sea por las mismas oficinas catastrales o por geómetras empleados por el Estado. El siguiente punto a destacar es la analogía entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, es decir, toda finca inscrita en el Registro también constará en el Catastro con el mismo número de parcela y dentro

Derecho Comparado

del mismo término municipal. Tanto al Registro de la Propiedad como al Catastro puede accederse a través de internet.

La modificación del libro de Registro de la Propiedad siempre requiere la intervención de un notario, a no ser que exista una sentencia judicial. En caso de enajenación de partes de la parcela también se requerirá la colaboración de la oficina catastral, con la correspondiente modificación en el Catastro. Independientemente de los cambios de propietario, para las inscripciones en el Registro siempre se requieren escrituras públicas, es decir, aquellas que han sido firmadas ante notario o, en algunos casos, documentos en los que el notario ha compulsado como mínimo las firmas (éstos casos se dan generalmente cuando se trata de inscribir servidumbres, etc. o al cancelar derechos en el libro de Registro).

El buen funcionamiento del mercado inmobiliario alemán demuestra, que éste solo puede funcionar correctamente si se crean las normas y los requisitos legales previamente mencionados y se logra que trabajen de forma eficiente.

En el caso del notariado latino, no sólo requiere crear el Notariado, sino también un control jerárquico que vigile a los notarios, y que sea llevado a cabo por una institución independiente, preferiblemente del poder judicial. Dicho control jerárquico no solo debe existir sobre el papel, sino que se deberían realizar auditorías reales a los notarios que tengan lugar cada cuatro o cinco años.

En muchos países ya resultará difícil cumplir el primer requisito, es decir, el registro catastral de la totalidad del terreno en el Catastro. Esto plantea muchas dificultades en países con grandes superficies y también en países en los que no se suelen medir las tierras. La ventaja de Europa es sin duda, que las superficies son más pequeñas y que los países están más densamente poblados, por lo que la necesidad de registrar los terrenos en un Catastro surgió hace muchos años. De hecho fue el Estado el que tomó la iniciativa en el siglo XIX. Cabe destacar, que en aquel entonces, los mayores ingresos de los estados europeos no provenían del impuesto sobre la renta o del impuesto de sociedades, sino del impuesto sobre bienes inmuebles. Para poder facilitar el recaudo del impuesto sobre bienes inmuebles, se empezó pronto a trazar planos, a medir terrenos y a registrarlos en el Catastro. El sistema del Registro de la Propiedad no es más que una consecuencia lógica de dichos Catastros. En Alemania, los Registros de la Propiedad no fueron creados hasta que entró en vigor el BGB el 01.01.1900.

Por consiguiente, una de las tareas más importantes en dichos países reside en registrar todos los terrenos. Es evidente que esto no es factible sólo midiendo los terrenos con los procedimientos topográficos convencionales. Sería necesario utilizar métodos modernos, tales como la fotografía por satélite, cosa que ya se aplica en muchos países.

No obstante, el notariado latino debería velar por que la creación de los llamados títulos jurídicos no se asemeje demasiado al sistema de seguro de títulos anglosajón, y si se aboga por un sistema de tal tipo, éste vaya de la mano de un registro sistemático.

La simbiosis entre los títulos jurídicos seguros y su registro en el Registro de la Propiedad es indudablemente el signo distintivo del notariado latino, un estandarte que debe mostrar con orgullo en el ámbito jurídico internacional.



Jurisprudencia

Caducidad de la inscripción de hipoteca

RECURSO PRESENTADO POR EL NOT. JULIO ROBERTO GREBOL A LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Sr. Director del Registro de la Propiedad
La Plata

Julio Roberto GREBOL, Escribano, con domicilio legal en calle La Rioja Nº 1533 de la ciudad de Mar del Plata, al Sr. Director respetuosamente digo:

Que por Escritura Nº... de fecha... de... del 2012 se instrumentó ante el Registro Nº 14 entonces a mi cargo, la compraventa que la sociedad R. S.A. efectuó a favor de don R. S. y doña V. M. referente a un inmueble ubicado en esta ciudad de Mar del Plata, el cual forma parte del edificio de calle Entre Ríos Nº... y se señala como SUBPARCELA 00-02 inscripto en la MATRÍCULA Nº... de Gral. Pueyrredón (45).

Cuando se presentó el título para su inscripción fue devuelto por cuanto se exigía la "cancelación hipoteca vigente".

Se contestó en la misma carátula rogatoria que habiendo caducado la inscripción de la hipoteca asentada en el asiento 1.b) a favor del Banco de Olavarría por haber transcurrido más de 20 años, también se debe dar por extinguida la inscripción de la cesión a favor del Banco de la Nación Argentina, (asiento 2.b) por cuanto este asiento es una consecuencia de aquel.

El Dr. P. D. T. insistió en el rechazo de la inscripción señalando: "Se insiste. Al ser el acreedor actual el Banco de la Nación Argentina, la inscripción de la hipoteca no caduca, por lo tanto deberá reconocer o canc." no fundando en derecho las razones de su rechazo.

Posteriormente presentada una nota fundada con copia de las resoluciones y escrituras que se citan, nuevamente se rechaza la inscripción, señalando simplemente "CANCELAR HIPOTECA".

Es por ello que recurro nuevamente al Sr. Director para que se ordene la inscripción peticionada. En caso de rechazo requiero del Sr. Director la **resolución fundada de la observación**, a fin de interponer el recurso legal administrativo ante la autoridad judicial correspondiente.

Hechos:

Nos encontramos con una hipoteca inscrita en el asiento b.1) a favor del Banco de Olavarría S.A. instrumentada por Esc. 316 del 13.7.90 ante el Esc... (45) e inscrita en forma definitiva N° 075400 el 12.9.90.

Por asiento 2.b) se encuentra anotada la cesión de dicha hipoteca a favor del Banco de la Nación Argentina, instrumentada por Esc. 1055 de fecha 30.8.95 ante el Notario... de Capital Federal e inscrita N° 12222455/9 25-9-95.

Situación jurídica: En primer lugar tenemos que analizar que se cedió por la escritura citada en segundo termino. Se ha cedido el crédito existente entre el acreedor Banco de Olavarría y su deudora R... S.A.

La cesión de créditos está definida en el Código Civil en su art. 1434 como un contrato por el cual el acreedor se obliga a transmitir a un tercero los derechos que le atañen contra su deudor. Señala SPOTA que en la cesión de "créditos nos encontramos con tres personajes: uno que llamamos el cedente, otro el cesionario y el tercero, el llamado deudor cedido. El deudor cedido NO ES PARTE DEL CONTRATO DE CESIÓN DE CRÉDITO. Por tanto tengamos en cuenta que este contrato no es una figura triangular, NO ESTÁ CONSTITUIDO POR TRES PARTES, SINO POR DOS PARTES. LO REPETIMOS: El cedente y cesionario". Esto es de suma importancia por lo que luego desarrollaremos. Además en la cesión de crédito NO HAY NOVACIÓN, es decir no hay transformación de una obligación en otra. (art. 817 CC).

Ello conlleva a que dicha cesión comprenda también la garantía real que pudiera garantizar dicho crédito. Así el art. 1458 del C. Civil nos dice "la cesión comprende por sí la fuerza ejecutiva del título... y todos los derechos accesorios como la... hipoteca... que nace del crédito que existía". En igual sentido se desprende del art. 524 del C. Civil cuando establece "que accesorios de la obligación vienen a ser no solo todas las obligaciones accesorias sino también los derechos accesorios del acreedor como la prenda o la hipoteca" Por tanto lo que se ha instrumentado entre los Bancos es una simple cesión de crédito, comprendiendo la garantía constituida, la cual se mantiene en los términos de su constitución. NO EXISTIÓ EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA HIPOTECA A FAVOR DEL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Como tampoco existió un nuevo crédito. Hay una sola HIPOTECA que es la constituida por el BANCO DE OLAVARRÍA cuyos efectos reales de garantía se extienden a favor del nuevo acreedor a quien se cedió el crédito. Pero la hipoteca es siempre la misma y única. A poco de observar la escritura de cesión, cuya copia expedida por el Archivo del Colegio de Escribanos de la C.A.B.A., se adjunta a la presente, se puede observar claramente lo señalado, ya que la misma instrumenta no solo la cesión del crédito del Banco de Olavarría contra la sociedad R. S.A. sino también varios créditos más, los cuales se encuentran comprendidos en un negocio financiero interbancario, tal como resulta del propio instrumento de cesión:

“El Banco de la Nación Argentina acordó al Banco de Olavarría S.A. préstamos interfinancieros”. Está claro que la relación entablada es interbancos y no con los deudores, quienes no garantizan su crédito con más derecho real que el originariamente constituido. No podemos entonces considerar que la cesión da nacimiento a un crédito garantido con una nueva HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA.

El art. 3151 del C. Civil nos dice que los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renuevan. Y se señala expresamente en el art. 3197 que “Los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen pasados veinte años desde que fue registrada”. La Ley 17.801 en su art. 37 dice: “Caducan de pleno derecho y sin necesidad de solicitud alguna por el transcurso del tiempo... inc. a) La inscripción de la hipoteca al vencimiento del plazo legal, si antes no se renovare”.

Resulta así claro y evidente que la inscripción de la hipoteca se encuentra caduca y extinguida. **Me pregunto: Si no existe la inscripción de la hipoteca, ¿puede existir la inscripción de la cesión de la misma que es su consecuencia directa? Evidente no, caduca la inscripción de lo principal también debe extinguirse la inscripción de la cesión.** La Ley Registral establece taxativamente que la caducidad opera de PLENO DERECHO por el mero transcurso del tiempo. La inscripción de la hipoteca principal y sus cesiones están caducas, extinguidas por el transcurso del tiempo. Además el deudor cedido tiene derecho a oponer al cesionario todas las excepciones que podía hacer valer contra el cedente, tal como así se expide el art. 1469 del CC “El deudor puede igualmente oponer al cesionario, cualquier otra causa de extinción de la obligación y toda presunción de liberación contra el cedente...”. Por ende aplicando la norma resultante de este artículo, la caducidad de la inscripción de la hipoteca produce sus efectos no solo para el acreedor sino también para el cesionario, es decir, para el Banco de la Nación Argentina. Las defensas que el deudor puede oponer al cesionario se encuentran regidas por el principio general del art. 3270 (nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tenía y nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extensos que el que tenía aquel de quien adquiere) en tanto el derecho ha sido transmitido en las condiciones en que era de titularidad del cedente. El deudor cedido puede oponer al cesionario las defensas propias que tuviera contra el cedente. Si el deudor cedido puede oponer la excepción de pago, novación, transacción, renuncia, etc., también podrá oponer la excepción de la caducidad de la inscripción hipotecaria. Ver también al respecto el claro artículo 1474 “El deudor cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que podía hacer valer contra el cedente, aunque no hubiese hecho reserva alguna al ser notificado de la cesión o aunque la hubiese aceptado pura y simplemente, CON SOLO LA EXCEPCIÓN DE LA COMPENSACIÓN” excepción que no es

nuestro caso. Igual interpretación cabe a partir del señalado art. 1458, dado que desde esta norma, el deudor cedido podrá oponer la caducidad de los efectos de la inscripción de la hipoteca constituida a favor del acreedor originario a su cesionario, al ser deudor de una entidad que no goza de la no caducidad de las hipotecas, como es el Banco de Olavarría.

Ya el maestro SALVAT en su *Tratado de Derecho Civil*, "Fuentes de las Obligaciones" (T. Ed 1946) señalaba claramente "La cesión es un acto de enajenación o transmisión de la propiedad del crédito y el cesionario sucede en este en las mismas condiciones en que él se encontraba el día de la cesión, si había pagos parciales esos pagos le eran oponibles, en suma la regla que nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que por sí mismo tiene".

La jurisprudencia también ha seguido esta interpretación: Nadie puede transmitir a terceros mejores derechos que los que tiene y esta regla es aplicable tanto a los derechos reales como a los personales sin perjuicio de las numerosas limitaciones que son conocidas (C.Civ. Sala D. ED. 49-331).

En el *Código Civil Comentado* (Director R. Lorenzetti), "Contratos", T. 1, se dice al comentar el citado artículo 1458: "La norma regula el contenido del Acto de cesión y su alcance respecto del estado jurídico del crédito. El principio que se desprende del texto legal es que el crédito o el derecho se transmite en las condiciones en que regía con la titularidad del cedente". Ha sostenido GREGORINI CLUSELLAS que constituye una aplicación del principio general establecido por el art. 3270.

En consecuencia, es de tener en cuenta la última parte del citado artículo que expresamente nos dice: "...nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere".

El Dr. T. manifiesta que tratándose de "una hipoteca a favor del Banco de la Nación Argentina la misma no caduca". Evidentemente se incurre en un error conceptual, dado que el Banco de la Nación Argentina, no es titular de ninguna hipoteca, sino cesionario de un derecho personal que su cedente había garantizado con una hipoteca. Es decir la hipoteca en cuestión es una sola: la constituida por el Banco de Olavarría. La garantía de la misma se extiende a favor del cesionario del crédito. Pero si se extingue la INSCRIPCIÓN de la garantía principal, evidentemente también se extingue la garantía para el cesionario. **No puede existir una cesión garantizada con una hipoteca con inscripción vigente, si la inscripción de la hipoteca ha caducado. Resulta una contradicción en sí misma.**

Pero además el Dr. T. ha tomado mal el concepto de que la inscripción de las hipotecas constituidas a favor del Banco de la Nación Argentina no se extinguen por el plazo legal del C. Civil.

En efecto el art. 29 de la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina, que en fotocopia adjunto, expresamente señala en su art. 29: "LAS HIPOTE-

CAS DE CUALQUIER GRADO O NATURALEZA **QUE SE CONSTITUYAN A FAVOR DEL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA**, mantendrán las prerrogativas, privilegios y régimen de ejecución especial atribuidos a favor del ex Banco Hipotecario Nacional por su Carta Orgánica...". En igual sentido la disposición Técnico Registral del 3 de octubre del 2005 establece que quedan excluidas de la norma del art. 3197 del C. Civil "las hipotecas constituidas a favor del Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Provincia de Buenos Aires y Banco de la Nación Argentina". De las normas señaladas se desprende claramente que lo establecido en las mismas es que las HIPOTECAS DE CUALQUIER GRADO O NATURALEZA QUE SE CONSTITUYEN A FAVOR DEL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA su inscripción no caduca...". **Pero, ¿dónde está la hipoteca constituida a favor del Banco de la Nación Argentina? No existe.** Claramente no existe porque la hipoteca se constituyó entre el Banco de Olavarría y R. S.A. siendo el Banco de la Nación un mero cesionario del crédito. En la escritura de cesión se negocia una relación financiera entre Bancos a la cual R. S.A. es completamente ajena. R. S.A. NO fue parte de la cesión, NO participa en la misma, siendo un tercero ajena a ella. Simplemente se limita a cumplir con su obligación de pago al nuevo acreedor. Por ende NUNCA CONSTITUYÓ UNA NUEVA HIPOTECA A FAVOR DEL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, como para que le sea aplicado arbitrariamente la norma del art. 29 de la Carta Orgánica del Banco citada precedentemente.

La hipoteca de acuerdo con el C. Civil se define como el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles que continúan en poder del deudor. El art. 3131 nos dice que en el acto constitutivo de la hipoteca se deben consigna los datos del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor. Todo esto está cumplido y consignado en la escritura de constitución de la hipoteca a favor del Banco de Olavarría. ¿Quiénes son las partes de esta relación real?: Banco de Olavarría y R. S.A. Con relación a la cesión a favor del Banco de la Nación no nos encontramos con el nacimiento de una nueva hipoteca. No es este el caso. No hay nueva hipoteca, como tampoco ha habido novación del crédito.

La interpretación que hace el Registro a través del observante agravia los derechos del titular del bien hipotecado, por cuanto le otorga a favor del Banco de la Nación Argentina un privilegio inexistente, agravando enormemente su situación jurídica, creando por interpretación un derecho a favor de esta última entidad que no existe, por cuanto no hay HIPOTECA a favor del Banco de la Nación Argentina. El deudor contrató con el Banco de Olavarría S.A., el cual no goza de esa prerrogativa legal que se otorga en forma especial y taxativamente por Ley a favor de los créditos otorgados y garantizados con hipotecas constituidas especialmente a su favor, tal como es el supuesto del art. 29 de la Carta Orgánica del Banco de la Nación, totalmente inaplicable al caso en cuestión por

Jurisprudencia

las razones señaladas. Tenemos que señalar también que al hablar en el art. 1458 de lo que comprende la cesión, asimila la fianza, hipoteca, prenda y los intereses vencidos a los privilegios del crédito; y estos conforme al 3876 son determinados exclusivamente por la Ley no pudiendo aplicarse por extensión y/o implicancia. El privilegio que tiene el cesionario del crédito debe interpretarse restrictivamente por importar en alguna medida una exclusión de bienes de la prenda común y una excepción a la norma general de disponibilidad del patrimonio. Los privilegios sólo emanan de la Ley y no pueden ser creados por voluntad de parte.

Insistimos, pretender considerar que la cesión a favor del Banco de la Nación Argentina del crédito que tenía el Banco de Olavarría S.A. conlleva el privilegio de estar excluida la inscripción de la hipoteca del régimen común de caducidad, crea a favor del Banco cesionario una posición de "privilegio" que no tiene sustento legal.

En consecuencia, atento a todo lo expuesto, requiero del Sr. Director disponga la caducidad de la inscripción de la hipoteca en cuestión, y la inscripción de la compraventa instrumentada por la escritura adjunta.

Quedo a la espera de una resolución favorable.

Reitero también, Sr. Director, en caso negativo, la necesidad de la resolución fundada del rechazo de la solicitud de inscripción del título, a fin de habilitar la instancia judicial recurriendo la misma.

Saludo al Sr. Director atentamente.

Julio Roberto GREBOL

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD RECHAZANDO LA SOLICITUD

VISTO las presentes actuaciones, expediente N° 2307-3523/2012, por medio de las cuales el Notario Julio Roberto Grebol, titular del Registro Notarial N° 14 (45), solicita la inscripción definitiva de la Escritura N° 19 del 30/1/2012 de Compraventa por el autorizada, y

CONSIDERANDO:

Que el inmueble inscripto en el Folio Real Matrícula N°... subparcela 00-02 (45), a nombre de "R. S.A." consta afectado por la hipoteca instrumentada mediante la Escritura N° 316 del 13/7/90 autorizada por el Notario D.R., Registro Notarial N° .. (45), a favor el "Banco de Olavarría Sociedad Anónima", ingresada a este Organismo el 22/8/90 bajo el N°... (fs. 48/49 y 71/74);

Que dicho gravamen fue cedido a favor del Banco de la Nación Argentina, por Escritura N° 1055 del 30/8/95, autorizada por el notario..., Registro Notarial N°... (201), e ingresada a este Organismo el 25/9/95 bajo el N°... (fs. 48/49 y 75/76);

Que el 10/2/2012 bajo el N°... ingresó la escritura de compraventa N°... del..., autorizada por el notario Julio Roberto Grebol, titular del Registro Notarial N° 14 (045) mediante la cual "R. SA." transmitió a favor de R. F. S. y V. E. M., el inmueble en cuestión, expresándose en dicho acto escriturario que el Registro de la Propiedad debe anotar "... la caducidad de la inscripción de la hipoteca que se registra" (fs. 15/20);

Que el referido acto escriturario fue anotado provisionalmente a fin de que se cancele la citada hipoteca, habiéndose otorgado el 18/7/2012 bajo el N°... la prórroga de dicha inscripción provisional (fs. 43 y 46/49);

Que en su presentación el Notario Julio Roberto Grebol se agravia de la observación antedicha y expresa entre otros argumentos que "... lo que se ha instrumentado entre los Bancos es una simple cesión de crédito, comprendiendo la garantía constituida, la cual se mantiene en los términos de su constitución. NO EXISTIÓ EL NACIMIENTO DE UNA NUEVA HIPOTECA A FAVOR DEL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, como tampoco existió un nuevo crédito. Hay una sola HIPOTECA que es la constituida por el BANCO DE OLAVARRÍA cuyos efectos reales de garantía se extienden a favor del nuevo acreedor a quien se cedió el crédito. Pero la hipoteca es siempre la misma y única. A poco de observar la escritura de cesión, cuya copia expedida por el Archivo del Colegio de Escribanos de la C.A.B.A., se adjunta a la presente, se puede observar claramente lo señalado, ya que la misma instrumenta no sólo la cesión del crédito del Banco de Olavarría contra la sociedad R. S.A., sino también varios créditos más, los cuales se encuentran comprendidos en un negocio financiero interbancario, tal como resulta del propio instrumento de cesión: *"El Banco de la Nación Argentina acordó al Banco de Olavarría S.A. préstamos interfinancieros"*. Está claro que la relación entablada es interbancos y no con los deudores, quienes no garantizan su crédito con más derecho real que el originalmente constituido. No podemos entonces que la cesión de nacimiento a un crédito garantido con una HIPOTECA CONSTITUIDA POR EL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA... En efecto el art. 29 de la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina, que en fotocopia adjunto, expresamente señala... **"LAS HIPOTECAS DE CUALQUIER GRADO O NATURALEZA que se constituyen** A FAVOR DEL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, mantendrán las prerrogativas, privilegios y régimen de ejecución especial atribuidos a favor del ex Banco Hipotecario Nacional por su Carta Orgánica...". Del mismo se desprende claramente que lo establecido en dicha norma es que las HIPOTECAS DE CUALQUIER GRADO O NATURALEZA QUE SE CONSTITUYEN A FAVOR DEL BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA su inscripción no caduca...;

Jurisprudencia

Que en atención a la cuestión planteada, a fs. 50, este Organismo registral procedió a solicitar dictamen al respecto a la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, remitiendo a dichos fines las presentes actuaciones;

Que a fs. 51 el citado Organismo asesor, se expidió señalando que en el caso es dable indicar que la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina, cesionario del crédito y actual acreedor hipotecario, ha previsto la inaplicabilidad de las disposiciones generales contempladas en el Código Civil (artículo 29, Ley 21.799), y que dicha circunstancia ha sido conocida por el deudor hipotecario y por el adquirente en la instancia de celebrar la Escritura de Compraventa cuya inscripción se pretende. Dicho esto, señaló, que debe puntualizarse, que fundamentalmente la inscripción de la Hipoteca en el Registro de la Propiedad torna a dicho derecho oponible a terceros;

Que siguiendo los lineamientos del aludido dictamen, cabe concluir que atento que el titular del crédito hipotecario en cuestión es actualmente el Banco de la Nación Argentina, y en atención a que dicha entidad financiera oficial se encuentra legalmente exceptuada de las disposiciones que sobre renovación de la registración establece el Código Civil (artículos 3151, 3197 y conchs. del Código Civil), corresponde concluir que la inscripción hipotecaria aludida debe considerarse vigente respecto de los terceros interesados, y por tanto resulta óbice para la registración de la escritura de compraventa otorgada hasta tanto se acompañe la cancelación pertinente de la hipoteca en cuestión;

Que a fs. 57/60, el peticionante reitera las argumentaciones expuestas originariamente, no obstante lo cual no logra enervar los fundamentos del dictamen obrante a fs. 52, con asidero en el informe jurídico elaborado y suscripto por el Asesor General de Gobierno que fuera su sustento:

Que teniendo en cuenta lo peticionado y como consecuencia de lo examinado, es procedente ratificar el Dictamen de fecha 11-9-2012, glosado a fs. 52, haciéndole saber al presentante que la inscripción hipotecaria aludida debe considerarse vigente respecto de los terceros interesados, y por tanto se constituye en impedimento para la registración de la Escritura de Compraventa otorgada hasta tanto se acompañe la cancelación pertinente de la hipoteca mencionada.

Por ello, **el Director Provincial del Registro de la Propiedad**

RESUELVE

ARTÍCULO 1°. No hacer lugar a la inscripción definitiva de la Escritura de Compraventa N°... del..., autorizada por el Notario Julio Roberto Grebol titular del Registro Notarial N° 14 (45), ingresada a este Organismo el 10/2/2012 bajo el N°..., en virtud de los argumentos expuestos en los considerandos que anteceden.

ARTÍCULO 2°. Registrar como Resolución Contencioso Registral. Hecho, notificar a parte interesada personalmente o por cédula. Cumplido, pasar al Departamento Recepción y Prioridades, a fin de desglosar la documental de fs. 14/43 bajo constancia de estilo. Por último, transcurrido el plazo previsto en el artículo 45 del Decreto Ley 11643/63, archivar.

Resolución contencioso registral N° 32

SENTENCIA DE LA CÁMARA DE APELACIÓN RESOLVIENDO A FAVOR DE LA PRESENTACIÓN DEL NOT. GREBOL

REG. SENT. N° 133/13, LIBRO SENTENCIAS LXIX, JDO. CONTENCIOSO

En la ciudad de La Plata, a los 22 días del mes de agosto de 2013, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación, Doctores Jaime Oscar López Muro y Ricardo Daniel Sosa Aubone, para dictar sentencia en los autos caratulados: "Recursos de apelación contra el Registro de la Propiedad Inmueble Prov. Bs. As. Resolución contencioso-registral N°32/2012 RECAIDA en el Exp. N°... " (causa:...), se procedió a practicar el sorteo que prescriben los artículos 168 de la Constitución de la Provincia, 263 y 266 del Código Procesal, resultando del mismo que debía votaren primer término el doctor López Muro.

La Sala resolvió plantear las siguientes cuestiones:

- 1ra. ¿Resulta ajustada a derecho la apelada resolución de fs. 7/8 vta.?
- 2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A la primera cuestión planteada el Doctor López Muro dijo:

Por resolución N° 32/2012 de fecha 10-12-12 el Sr. Director Provincial del Registro de la Propiedad denegó la inscripción definitiva de la escritura de compraventa N° 19 del 30-01-2012 autorizada por el Notario Julio Roberto Grebol, titular del Registro Notarial N° 14. (45).

Para así decidirlo, consideró, en consonancia con lo dictaminado por la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, que siendo el actual titular del crédito hipotecario que dio lugar al asiento b.2) del informe de fs. 20/21 el Banco de la Nación Argentina que se encuentra legalmente exceptuado de las disposiciones que sobre renovación de la Registración establece el Código Civil, la inscripción hipotecaria aludida debe considerarse vigente respecto de terceros interesados, lo cual impide la Registración de la Escritura de

Jurisprudencia

Compraventa otorgada hasta tanto se acompañe la cancelación pertinente del gravamen.

Contra esa forma de decidir se alza Julio Roberto Grebol mediante recurso de apelación (art. 44 inc. b del Dec. Ley 11643/63 -texto según art. 85 ley 12.008) que funda con la pieza expositora de agravios de fs. 26/34 vta.

Sostiene el quejoso en lo sustancial que la inscripción registral de la hipoteca en cuestión caducidad se reclamó ha sido constituida a favor del Banco de Olavarría S.A. y que no ha habido una nueva hipoteca a favor del Banco de la Nación Argentina como para prevalerse de las prerrogativas del artículo 29 de la Carta Orgánica de ese Banco Oficial y que ello no puede entenderse derivado del contrato de cesión de créditos antecedente oportunamente celebrado con el Banco de Olavarría.

Radicadas las actuaciones ante este Tribunal por resolución de fs. 36 y vta., se le dio intervención al Banco de la Nación Argentina a fin de que haga valer sus derechos produciéndose el informe y manifestación de fs. 49/50 a instancia del apoderado convencional de dicha entidad oficial.

Un análisis preliminar de la cuestión convocante me lleva a propiciar la fundabilidad del embate traído contra lo decidido en sede administrativa y dando las necesarias razones de tal anticipado criterio comienzo por señalar que no se discute la vigencia del régimen hipotecario excepcional del Banco de la Nación Argentina según se desprende de su Carta Orgánica que en su artículo 29 establece: "... las hipotecas de cualquier grado o naturaleza que se constituyan a favor del Banco de la Nación Argentina mantendrán las prerrogativas, privilegios y régimen de ejecución especial atribuidos a favor del ex Banco Hipotecario Nacional, por su carta orgánica. El mismo régimen será aplicable a las preanotaciones hipotecarias que podrán disponerse con respecto a cualquier obligación contraída con el Banco, aun las que se encuentren en mora. Los efectos del registro de hipotecas durarán hasta la completa extinción de la obligación hipotecaria, quedando exceptuados de lo dispuesto a este respecto por el Código Civil. Tampoco alcanza a los créditos hipotecarios del Banco la limitación que, en cuanto a caducidad del privilegio de los intereses por falta de ejecución, establece el artículo 3936 del mencionado Código" (texto según ley 25.299 art. 4to.). Aduno que la transcripta norma de reenvío se encuentra vigente a pesar de la privatización del ex Banco Hipotecario Nacional y de la derogación de su Carta Orgánica (conf. LEOPOLDO L. PERALTA MARISCAL, *Tratado de Derecho Hipotecario*, Tomo I, pág. 758, III).

Lo relevante para la solución del caso pasa por establecer si con motivo del contrato de cesión de créditos celebrado entre el Banco de Olavarría S.A. (cedente) y el Banco de la Nación Argentina (cesionario) y que da cuenta la copia de escritura de fs. 22/25 vta., la originaria hipoteca accesoria del crédito

cedido, goza del referido privilegio excepcionalmente instituido para los bancos oficiales.

Conforme establece el artículo 1434 del Código Civil, habrá cesión de crédito cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título de crédito, si existiese. Constituye una convención por la cual el titular de un derecho creditorio, llamado cedente, por una causa conforme a la ley (como la venta, la dación en pago, la permuta o la donación) y sin necesidad del consentimiento del deudor, se obliga a favor de otra persona, llamada cesionario, a transferírsele con la fuerza inherente al título del cual resulta su crédito y los derechos accesorios, con la facultad de ejercerlos en idéntica medida en la que él podría hacerlo contra el deudor cedido (conf. DE GÁSPERI, *Tratado de las obligaciones*, II, N° 1471, pág. 709, citado por BELLUSCIO, AUGUSTO; ZANNONI, EDUARDO, *Código Civil*, Ed. Astrea, 1998, Tomo 7, pág. 15).

Se trata entonces de un contrato en virtud del cual una parte se obliga a desprenderse de un derecho que está incorporado a su patrimonio y a hacerlo entrar en el de la otra, que a su vez se obliga a recibirlo, ingresándolo a su patrimonio (conf. C.N. Civ. , Sala A, 26-IX-1974, El Derecho, 62-346, Sala E, 4-X-1968, La Ley, 133-859, C.N.Civ. Sala D, 25-XI-1960, La Ley, 101-649, C.N.Fed. Sala Civ. y Com. 30-IV-1965, La Ley, 120-908, 12.539-S, C.N.Com., Sala C, 16-VII-1959, La Ley, 96-69; BELLUSCIO, AUGUSTO; ZANNONI, EDUARDO, *Código Civil*, Ed. Astrea, 1998, T. 7, pág. 15).

En la especie, la cesión de créditos instrumentada entre el Banco de Olavarría S.A. y el Banco de la Nación Argentina (ver copia de escritura de fs. 22/25) no está limitada al derecho cedido sino que el derecho es transmitido al cesionario "*cum umni causa*" tal cual se halla con todas sus cualidades y con todos sus defectos, desventajas, cargas, restricciones y vicios que tuviere (conf. Cám. Nac. Com. Sala D sent. 09-04-91, E.D. 145-400) y es así que si por efecto de la subrogación legal que otorga el artículo 1458 del Código Civil el cesionario no puede encontrarse objetivamente en peor situación que la del cedente, tampoco puede mejorar su situación frente al deudor cedido, no sólo porque ello contraría la lógica de la economía del contrato de cesión de créditos regulado en nuestro derecho positivo, sino que así lo impone la simple pero contundente aplicación de otro principio general adoptado por el artículo 3270 del Código Civil según el cual nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o mas extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere.

Cabe concluir entonces, que la garantía hipotecaria que garantizaba al crédito cedido, pasó del cesionario con las mismas características no pudiendo entenderse que por una cualidad personal del cesionario como es la de ser Banco Oficial, aquella originaria garantía real se ha convertido ahora en un superprivilegio que antes de la cesión no existía.

Consecuentemente, voto **por la negativa**.

A la primera cuestión planteada el señor Juez Doctor Sosa Aubone dijo que por análogas razones a las mentadas por el colega preopinante adhería a la solución propuesta y en consecuencia también votaba por la **negativa**.

A la segunda cuestión planteada el Sr. Juez Dr. López Muro dijo:

Atendiendo al acuerdo logrado corresponde, y así lo propongo, revocar la apelada resolución de fs. 7/8 vta., en cuanto rechaza el pedido de cancelación de la inscripción de la hipoteca que da cuenta el asiento 2.b) del informe de dominio de fs. 19/21 vta., con fundamento en las prerrogativas que la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina le otorga a dicha institución oficial, debiendo procederse en consecuencia a la cancelación de la inscripción de dicho gravamen, en los términos de los artículos 3197 del Código Civil y 37 de la ley 17.801, si es que se consideran reunidos los extremos previstos en dichas normas legales y en su caso a la inscripción definitiva de la escritura de compraventa N° 19 del 30-01-2012 autorizada por el Notario Julio Roberto Grebol titular del Registro Notarial N° 14 (45). Postulo que las costas sean soportadas por su orden (arts. 68, 69 del CPCC).

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez Doctor Sosa Aubone dijo que por idénticos motivos votaba en igual sentido que el Doctor López Muro.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por ello, y demás fundamentos expuestos, se revoca la apelada resolución de fs. 7/8 vta., en cuanto rechaza el pedido de cancelación de la inscripción de la hipoteca que da cuenta el asiento 2 b del informe de dominio de fs. 19/21 vta., con fundamento en las prerrogativas que la Carta Orgánica del Banco de la Nación Argentina le otorga a dicha institución oficial, debiendo procederse en consecuencia a la cancelación de la inscripción de dicho gravamen, en los términos de los artículos 3197 del Código Civil y 37 de la ley 17.801, si es que se consideran reunidos los extremos previstos en dichas normas legales y en su caso a la inscripción definitiva de la Escritura de Compraventa N° 19 del 30-01-2012 autorizada por el Notario Julio Roberto Grebol titular del Registro Notarial N° 14 (45). Costas por su orden. REG. NOTIFÍQUESE con copia autenticada de la presente y dev.

Obligaciones en moneda extranjera

Jurisprudencia y doctrina. Enero de 2013 a abril de 2014.
Recopilación realizada por la Biblioteca Jurídica Central
"Dalmacio Vélez Sarsfield"

JURISPRUDENCIA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E - 12/04/2013 - "Torrado, Norberto Leandro c/ Popow, Alexis" - La Ley 12/07/2013, 7 - La Ley 2013-D, 215 - La Ley 20/08/2013, 4 - La Ley 2013-D, 617 - DJ 11/09/2013, 84 - AR/JUR/13.507/2013.

"Ante las resoluciones de la AFIP y del BCRA que limitan la adquisición de moneda extranjera, quienes celebraron un mutuo hipotecario en dólares estadounidenses deben ceñirse a las previsiones contractuales en las que contemplaron el posible acaecimiento de circunstancias que imposibilitaran la adquisición de la divisa, previendo para tal caso otros mecanismos para calcular la paridad y efectuar el pago debido; máxime si no se acreditó que fuera imposible el cálculo de la cantidad adeudada conforme a ellas..."

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E - 30/05/2013 - "Rzepnikowski, Lucía y otro c/ Masri, David y otro s/ ejecución hipotecaria" - La Ley 07/10/2013, 8 - La Ley 07/10/2013, 8 - La Ley 2013-E, 499 - DJ 20/11/2013, 91 - AR/JUR/19643/2013.

"Tratándose de una hipoteca contraída en moneda extranjera, el deudor no puede aducir la imposibilidad de cumplir la prestación con fundamento en las normas que limitan la adquisición de aquella divisa, ya que al contratar se previó el posible acaecimiento de esa circunstancia y se establecieron otros mecanismos distintos al estricto pago de dólares estadounidenses, para calcular la paridad de dicha moneda y efectuar el pago debido en pesos y es a ellos a los que deben ceñirse los contratantes -arg. art. 1197, Código Civil-..."

“Dorin Berta c/ Mergherian Santiago Raúl y otro s/ Ejecución Hipotecaria” - CN-Civ - 14/11/2013 - El Dial 3/12/2013 y LL 12/3/2014.

“EJECUCIÓN HIPOTECARIA. Obligación en moneda extranjera. Alegación por parte del deudor de la imposibilidad material de conseguir dólares estadounidenses en virtud de las normas que actualmente restringen su adquisición. FALTA DE ACREDITACIÓN DE QUE ACUDIÓ AL RÉGIMEN IMPLEMENTADO POR LAS RESOLUCIONES DE LA AFIP PARA VERIFICAR SI - EFECTIVAMENTE- EN ESA FECHA SE HALLABA IMPOSIBILITADO PARA ADQUIRIR LA DIVISA. Ausencia de impedimento actual para que los deudores adquieran en el mercado títulos de deuda pública en nuestro país, nominados en dólares estadounidenses y luego los liquiden en el mercado de valores para hacerse de dicha moneda. PREVISIÓN DE MECANISMOS EN EL CONTRATO PARA CALCULAR LA PARIDAD CAMBIARIA. Irrelevancia en el caso de todo lo relacionado a las normas dictadas por la AFIP y el B.C.R.A. respecto del Mercado Único de Cambios, con posterioridad a acordarse el préstamo. Se confirma la sentencia apelada...”.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 11/3/2013 - “Gaiero, María M. s/ sucesión (bajo el régimen de convertibilidad)” - LLBA 2013 (julio), 648 - Abeledo N° 7 (julio), pág. 917. <http://www.scba.gov.ar>

“... dentro de un proceso sucesorio, los herederos reclaman por un plazo fijo en dólares estadounidenses a nombre la causante conformado en un banco privado. Compelido este último a realizar la transferencia del dinero al Banco Provincia en el año 2001 y bajo el régimen de convertibilidad, realizó la transferencia en pesos argentinos. Hecho el reclamo para que se depositara en la moneda de origen o pesos necesarios para adquirirla, el banco demandado interpone recurso de inaplicabilidad de ley.”

“... la pretensión de liberarse de la deuda mediante la entrega de una moneda distinta de la pactada importa un incumplimiento al requisito de la identidad del pago (arts. 725, 740 y concs. del CC).”

“L., C. A. c/ C., A. V. s/ Reconocimiento y compensación de mejoras” - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín (Buenos Aires) - 01/10/2013, El Dial 9/12/2013.

“CONDominio. MEJORAS. Adquisición de lote en condominio durante la relación de noviazgo. Edificación. Demanda por reconocimiento del valor de las mejoras y cobro de sumas de dinero. Contradicciones acerca de los aportes efectuados por cada una de las partes. Valoración de la comunidad de intereses.

IMPOSIBILIDAD DE CONSIDERARLA COMO UNA DEUDA DINERARIA AUTÓNOMA. Proyecto en común cristalizado en la celebración del matrimonio. Ponderación de las mejoras realizadas durante la etapa previa y posterior al matrimonio (Artículo 1272 párrafo 7° del Código Civil). CONTRIBUCIÓN EN MAYOR MEDIDA POR PARTE DEL ACCIONANTE. Se confirma la sentencia que hace lugar a la demanda, elevándose la suma adeudada. SUMAS EN MONEDA EXTRANJERA. RESTRICCIONES CAMBIARIAS. Imposibilidad de adquirir divisas extranjeras en el mercado cambiario interno para satisfacer la deuda. Conversión a moneda nacional según la cotización del dólar oficial a tipo vendedor...”.

“Pimentel Pirán, Emiliano c/ Estado Nacional - Consolidar Compañía de Seguros de Retiro S.A. s/ amparos y sumarísimos” - CFSS, 25/10/2013, El Dial 9/12/2013.

“RENDA VITALICIA PREVISIONAL. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. OBLIGACIÓN DE ABONAR LA SUMA ADEUDADA EN DÓLARES O EN LA CANTIDAD SUFICIENTE DE PESOS PARA ADQUIRIR EN EL MERCADO LIBRE DE CAMBIOS LA SUMA CORRESPONDIENTE EN DÓLARES. Ausencia de especificación del tipo de cambio adoptado al momento de pagar la liquidación aprobada. Imposibilidad de comprobar si la demandada dio total cumplimiento con la sentencia ejecutada. Orden a la ejecutada para que acredite el tipo de cambio utilizado para la conversión de los dólares a pesos...”.

CNCiv, Sala C, 15-8, 2013. “Press SRL c/ BBV Banco Francés SA s/ escrituración” - DJ 12/2/2014.

“OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO. Contrato de locación de inmueble con opción a compra celebrado con un banco. Acción de escrituración y daños. Precio pactado en dólares. Emergencia económica. Pesificación. Aplicación de la doctrina del esfuerzo compartido. Procedencia parcial de la acción”.

Expte. N° 6309/2011 - “Rutois, Gregorio c/ Calzolari, Raúl Alberto s/ Ejecución Hipotecaria” - CNCiv - Sala M, 03/12/2013. Sobre obligaciones en moneda extranjera. El Dial 30/1/2014.

“CONTRATOS. MONEDA EXTRANJERA. EJECUCIÓN HIPOTECARIA. Apelación de la resolución que aprueba la liquidación. CONTRATO EN DÓLARES ESTADOUNIDENSES. Partes que acordaron dar una solución equitativa al tema planteado respecto a la imposibilidad de acudir al mercado cambiario.

Jurisprudencia

OBLIGACIÓN DE DAR SUMAS DE DINERO QUE FUE PACTADA EN MONEDA EXTRANJERA O SU EQUIVALENTE A LA CANTIDAD DE DIVISAS EN LA FORMA CONVENIDA. ARTÍCULO 1197 DEL CÓDIGO CIVIL. Ausencia de uso abusivo del derecho ni de enriquecimiento sin causa, al encontrarse la opción acordada por las partes. Ausencia de excesiva onerosidad.

CORRESPONDE RECHAZAR EL RECURSO Y CONFIRMAR LA SENTENCIA APELADA...”.

Expte. N° 42.761/2011 - “Guarnera Norma Iris c/ Villalba Vanesa Elisa s/ Ejecución hipotecaria” - CNCiv - Sala M, 07/11/2013. Sobre obligaciones de pago en moneda extranjera. El Dial, 27/1/2014.

“EJECUCIÓN HIPOTECARIA. Apelación de la resolución que aprueba la liquidación. Referencias a las restricciones cambiarias y a la imposibilidad de que se le exija recurrir al “mercado paralelo”. Agravio que deviene abstracto. Liquidación aprobada que se encuentra en pesos argentinos. PARTES QUE ACORDARON DAR UNA SOLUCIÓN EQUITATIVA AL TEMA PLANTEADO RESPECTO DE LA IMPOSIBILIDAD DE ACUDIR AL MERCADO CAMBIARIO NACIONAL Y DEL VALOR AL QUE DEBA COTIZARSE LA MONEDA EXTRANJERA PACTADA. Corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia apelada...”.

N. 85. XLIX “Naccarato, Silvia Beatriz c/ Bessone Díaz, Florentino Ernesto Celestino y Otros s/ Resolución de contrato” - CSJN, 12/11/2013. Sobre obligaciones en moneda extranjera. El Dial, 3/1/2014.

En la resolución de un boleto de compraventa se decide aplicar las normas de la pesificación. La Cámara modifica el fallo y aplica la teoría del esfuerzo compartido.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - sala A, 04/09/2013. “Konisberg, Rubén Gabriel c/ Castro Biardo, Walter Hugo y otros s/ ejecución prendaria”. Sobre obligaciones en moneda extranjera - SJA 19/02/2014, 94 SJA 2014/02/19-94 JA 2014-I JA 2014-I.

“OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO - Obligaciones en moneda extranjera - Ejecución prendaria - Sentencia que reconoce al deudor la facultad de acceder al mercado cambiario para convertir a dólares los fondos depositados judicialmente - Inaplicabilidad de la normativa dictada por el BCRA sobre

prohibición de compra de divisa extranjera - Principio de reserva - Facultades del Poder Judicial...”.

Expte. N° 111.089/2012 - “Altieri, Carlos Alberto y otro c/ Zilang Pingling s/ Ejecución Especial Ley 24.441” - CNCiv - Sala A, 03/10/2013. Sobre obligaciones en moneda extranjera. El Dial, 13/3/2014.

“CONTRATOS. MUTUO HIPOTECARIO. Ejecución. Obligación pactada en moneda extranjera. RESTRICCIÓN DEL ACCESO AL MERCADO CAMBIARIO.

Circunstancia que no es suficiente para tornar de imposible cumplimiento la obligación asumida. Pretensión de que se aplique la doctrina del esfuerzo compartido. Improcedencia. Aplicación en casos en los que las circunstancias fácticas y jurídicas eran diferentes a las del presente expediente. PREVISIÓN CONTRACTUAL que obliga al deudor a cumplir con su obligación con la cantidad de moneda de curso legal para adquirir bonos externos, serie 2012 u otro título que convertido en dólares estadounidenses equivalga a los montos de pago establecidos en la moneda pactada. Se declara desierto el recurso y se confirma el pronunciamiento apelado...”.

C.Nac. Com. Sala C. 26/2/2013 - “Yara Argentina SA v. Agrosemillas Noviello SH y otros”. Sobre obligaciones en moneda extranjera. En: Abeledo Perrot, Derecho Comercial y de las Obligaciones, septiembre/octubre 2013, N° 262, pág. 542 (dentro de Jurisprudencia comercial 5/2013).

“Obligaciones en moneda extranjera. Compraventa de insumos agrícolas. Emergencia económica. Pesificación. Aplicación de la res. 143/2002 y 24/2002 de los Ministerios de Economía y Producción. Sociedad de hecho. Contabilidad y libros”.

“Se condenó a la sociedad de hecho al pago de las facturas reclamadas debiendo aplicarse lo que surge de la res. M.E. y M. Prod. 143/2002 y 24/2002 por tratarse de una compraventa de insumos agrícolas en dólares estadounidenses. Asimismo, se dispuso que el pago recibido en pesos debía ser considerado como pago a cuenta, al cambio correspondiente”.

C.Nac. Com., Sala A, 18/9/2013 - “Ciocale, Juan Augusto v. Iribarren, Ricardo O. s/obligaciones de dar sumas de dinero”.

“Obligaciones en moneda extranjera. Juicio ejecutivo. Sentencia que reconoce al deudor la facultad de acceder al mercado cambiario para convertir

Jurisprudencia

a dólares los fondos depositados judicialmente. Inaplicabilidad de la normativa dictada por el BCRA sobre prohibición de compra de divisa extranjera. Principio de reserva. JA 10, 2014-I, pág. 96”.

Actualización 28/4/2014 - “Cooperativa de Vivienda de Crédito y Consumo Finanzas e Invers. Ltda. c/ Michelich Renzo s/ cobro ejecutivo” - Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro (Buenos Aires) - 27/03/2014 - En El Dial 25/4/2014, N° 3983, año XVI.

“MONEDA EXTRANJERA. Obligación contraída en dólares estadounidenses. Artículos 617 y 619 del Código Civil. Ley 23.928. CORRESPONDE LLEVAR ADELANTE LA EJECUCIÓN POR EL CAPITAL RECLAMADO EN DÓLARES. Resolución 3210/11 de la AFIP que no modifica lo determinado. Ausencia de elementos que indiquen que el deudor carece de la moneda en cuestión. Circunstancia no mencionada al oponer excepciones. Mecanismo actual para obtener los billetes y saldar la deuda. Modificación de la tasa de interés punitivo y compensatorio”.

Expte. N° 86.016/2012 - “Bejarano Rito, Pedro y otro c/ Casabe, Alberto Moises y otro s/ Ejecución Especial Ley 24.441” - CNCiv - Sala H, 20/09/2013 - En El Dial.

“CONTRATOS. MUTUO HIPOTECARIO. Ejecutados que alegan la imposibilidad de abonar en moneda extranjera (dólares estadounidenses). Restricciones al acceso al mercado de cambios. Vigencia de los arts. 617, 619 y 623 del Código Civil. Posibilidad de celebrar contratos en moneda extranjera. Contrato que prevé las dificultades que pudieren suscitarse para adquirir las divisas en la misma moneda en que se pactó su devolución.

Existencia de alternativas para pagar la suma en pesos necesaria para adquirir la suma pactada en dólares estadounidenses. SE CONFIRMA LA SENTENCIA APELADA”.

Expte. N° 030505/2013 - “F., G. M. c/ P., J. E. s/ Ejecución hipotecaria” - CNCiv - Sala I, 24/09/2013 - En El Dial.

“CONTRATOS. MUTUO HIPOTECARIO. Ejecución. Restricciones en el acceso al mercado de cambios. Defensa basada en el Art. 1198 del Código Civil.

Excesiva onerosidad sobreviniente. Improcedencia. Acontecimiento que en modo alguno puede ser considerado imprevisible. Situación oportunamente prevista en el contrato. Estipulación de modos alternativos para el cumplimiento de lo pactado. Ausencia de prueba tendiente a demostrar gestiones a los efectos de obtener autorización administrativa para la compra de dólares. Se desestima el recurso interpuesto. Se confirma la sentencia apelada”.

LOCACIÓN. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

C.Nac. Civ. Sala B, 20/11/2013. S. de M., M. R. v. V., C. J. R. Locación. Elementos. Precio. Alquiler en moneda extranjera. Aplicación de las normas de emergencia económica. Acción declarativa. Aceptación del pago en pesos. En: JA N° 12, 2014-I. Bs. As, 19/3/2014., pág. 67.

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE PAGO PREVISTOS EN EL CONTRATO

Expte. N° 67037/2012 - “García de Buratti, Nélide Ethel c/ Corti, Guillermo Fabián y otro s/ Ejecución Hipotecaria” - CNCiv - Sala M, 11/10/2013.

“CONTRATOS. MUTUO HIPOTECARIO. Moneda extranjera. Restricciones del acceso al mercado de cambios. Posibilidad de cumplimiento de la obligación pactada. Previsión contractual. Estipulación de distintos métodos para la conversión y actualización del gravamen hipotecario. Partes que deben estarse a lo indicado en dicha cláusula. Art. 1197 del Código Civil”.

Expte. N° 068569/2012 R. 627.141 - “Ortega, Rafael Fermín c/ Arrieu, María Marta s/ Ejecución hipotecaria” - CNCiv - Sala F, 18/10/2013 - En El Dial.

“CONTRATOS. MUTUO HIPOTECARIO. Moneda extranjera. Ejecución. Procedencia. Restricciones del acceso al mercado de cambios. Posibilidad de cumplimiento de la obligación pactada. Previsión contractual que obliga al deudor a cumplir con su obligación mediante la utilización de otros métodos previstos en el contrato. Rechazo del planteo efectuado por los ejecutados”.

Expte. N° 90309/2012 - "Chouela, Mario León y otros c/ Bellinaso, Roberto Esteban s/ Ejecución Hipotecaria" - CNCiv - Sala L, 21/10/2013 - En El Dial.

"CONTRATOS. MUTUO HIPOTECARIO. Obligaciones contraídas en moneda extranjera. Ejecución. Procedencia. RESTRICCIONES CAMBIARIAS. Situación que no puede encuadrarse dentro del "hecho del príncipe".

Previsión contractual que obliga al deudor a cumplir con su obligación con el equivalente en pesos para adquirir bonos dolarizados o dólares en plazas extranjeras. Posibilidad de cumplimiento de la obligación pactada".

Expte. N° 67228/2011 - "Subirana, Beatriz Raquel y otro c/ Trapani, María Cristina y otro s/ ejecución hipotecaria" - CNCiv - Sala H, 06/11/2013 - En El Dial.

"CONTRATOS. MUTUO HIPOTECARIO. EJECUCIÓN. RESTRICCIONES CAMBIARIAS. Incumplimiento de la ejecutada que motivó la imposibilidad de adquirir dólares estadounidenses. Previsión contractual que establece un método para el cálculo de la paridad monetaria. Posibilidad de cumplimiento de la obligación pactada".

Expte. N° 31774/2012 - "Peralta Urquiza, Rita Nelly c/ Matteo, Luis Alberto y otro s/Ejecución Especial Ley 24.441" - CNCiv - Sala J, 08/11/2013 - En El Dial.

"CONTRATOS. MUTUO CON GARANTÍA HIPOTECARIA. Ejecución. RESTRICCIONES CAMBIARIAS. Previsión contractual que establece un método para el cálculo de la paridad monetaria. Obligación de entregar moneda extranjera. Principio de "identidad del pago". Art. 740 del CC. Modos de acreditación de pagos".

Expte. N° 100988/2012 - "Beccar Varela, Adrián Isidro y otros c/ Cinque, Guillermo Francisco s/ Ejecución Hipotecaria" - CNCiv - Sala B, 20/11/2013 - En El Dial.

"EJECUCIÓN HIPOTECARIA. OBLIGACIÓN DE DAR SUMAS DE DINERO EN MONEDA EXTRANJERA. Partes que acordaron modalidades de cumplimiento de la obligación frente a las restricciones para la adquisición de dólares estadounidenses. OPCIÓN DE EFECTUAR EL PAGO EN BONOS. Vencimiento de los títulos "Boden 2012". Innecesariedad de contar con dicha moneda para adquirir otros títulos en dólares disponibles. Planteo para pesificar la deuda. Improcedencia. NORMAS QUE PROHIBEN EL ACCESO AL MERCADO ÚNICO Y

LIBRE DE CAMBIOS PARA LA ADQUISICIÓN DE DÓLARES ESTADOUNIDENSES AL TIPO DE CAMBIO OFICIAL. PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD. INADMISIBILIDAD. Se rechaza el recurso y se confirma la sentencia apelada”.

Expte. N° 17.630/13 - “Aparicio, Alberto O. c/ Silva de los Santos s/ Ejecución Hipotecaria” - CNCiv - Sala C, 21/11/2013 - En El Dial.

“MONEDA EXTRANJERA. Mutuo hipotecario. Ejecución. Alegación por parte del deudor de la imposibilidad de cumplir con el pago estipulado, en razón del las restricciones para la compra de divisa extranjera en la que fue pactado. Contrato en el que se previeron mecanismos, distintos al estricto pago de dólares estadounidenses, para calcular la paridad de dicha moneda, y efectuar el pago en pesos. ARTÍCULO 1197 DEL CÓDIGO CIVIL. SE DESESTIMA EL PLANTEO FORMULADO POR LA DEMANDADA. Se modifica el pronunciamiento en cuanto a la tasa de interés establecida, confirmándola en los restantes aspectos”.

MANDA PAGAR DEUDA CONVERTIDA EN PESOS AL TIPO DE CAMBIO OFICIAL

Expte. N° 024323/2011 - “Castelново, Patricia Elena c/ Saborido, Oscar Alberto s/ejecutivo” - CNCCom - Sala A, 13/07/2012 - En El Dial.

“JUICIO EJECUTIVO. Reclamo de una deuda en dólares estadounidenses. TIPO DE CAMBIO AL QUE DEBE CONVERTIRSE LA DEUDA (dólar oficial - dólar paralelo o marginal). Falta de presentación de la liquidación de deuda a fin de fijar el monto de condena a abonar, ausencia de depósito u ofrecimiento de depósito de suma alguna para cancelar la deuda. INEXISTENCIA DE AGRAVIO ACTUAL PARA EL DEUDOR. Rechazo de los agravios. Posibilidad de introducir el planteo en la oportunidad procesal correspondiente. TASA DE INTERÉS APLICABLE. Obligaciones constituidas en moneda extranjera. Consideración como obligaciones de dar sumas de dinero. Fijación por el *a quo* de una tasa de interés del 7% anual. Imposibilidad de ser calificada de ‘excesiva’”.

Expte. N° 83.785/05 - “Sombra, Carlos Ovidio c/ Fernández, Stella Maris s/ escrituración” - CNCiv - Sala M, 02/08/2013 - En El Dial.

“CONTRATOS. ESCRITURACIÓN. Cesión parcial de boleto de compra-venta. Condena a escriturar el 50% de los derechos que corresponden al accionante. Procedencia. MONEDA EXTRANJERA. Multa fijada en dólares para

Jurisprudencia

el caso de incumplimiento contractual. RESTRICCIONES CAMBIARIAS. Actora que cuestiona por insuficiente la cláusula penal otorgada por el *a quo*, máxime cuando se verá imposibilitado de percibir la multa en moneda estadounidense, y lo será al cambio oficial. Retraso respecto del valor real de comercio de la moneda extranjera. Se confirma la sentencia apelada. SUMA QUE NO SE ADVIERTE INSUFICIENTE PESE A LAS ALTERACIONES POR EL CEPO CAMBIARIO. Acumulación de la multa y de la indemnización sustitutiva de la obligación de escriturar, de acuerdo a lo pactado en el contrato”.

Expte. 112529/2011 - “D., A. J. c/ D., M. A. s/ Ejecución de convenio” - CNCiv - Sala I - 02/10/2013

“DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL. EJECUCIÓN DE CONVENIO. MONEDA EXTRANJERA. Inmueble ganancial adjudicado a uno de los cónyuges. Compensación pactada en dólares estadounidenses a favor de la otra parte. RESTRICCIÓN A LA COMPRA DE DIVISA EXTRANJERA EN EL MERCADO CAMBIARIO. Obligación reclamada que se ha tornado de imposible cumplimiento. Ausencia de previsión de una solución en el contrato. EJECUCIÓN DEL CONVENIO CONVERTIDO A LA SUMA DE PESOS EQUIVALENTE A LA CANTIDAD DE DÓLARES ADEUDADOS, SEGÚN LA COTIZACIÓN EXISTENTE EN EL MERCADO OFICIAL DE CAMBIOS. Excepción de pago opuesta por la demandada. Desestimación. Cláusula penal pactada. Aplicación que conduciría a un resultado decididamente injusto y abusivo para la obligada. Ponderación de las actuales condiciones de la economía”.

DOCTRINA

Obligación de dar sumas de dinero. Obligaciones en moneda extranjera. Proyecto de Código Civil y Comercial 2012.

ABATTI, Enrique L. Rocca (h), Ival Guzmán, María Cristina. "Los contratos inmobiliarios en moneda extranjera, restricciones cambiarias e imprevisión". LL 9/9/2013.

"Algunas implicancias del uso del lenguaje en el Anteproyecto argentino de Código Unificado". El Dial Sup. Esp. Julio de 2012.

BARREIRA DELFINO, Eduardo. "La moneda de contratación en el devenir de la economía". El Dial, Edición Especial, 8/1/2014.

BRINDICI, Martín. "Comentario sobre los nuevos arts. 765 y 766 del Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial (Análisis sobre posible pesificación de los contratos)". Abeledo Perrot, SJA-2012/08/01-3; JA-2012 - III.

BURGOS, Osvaldo R. "¿De otras fuentes de las obligaciones? Algunas implicancias del uso del lenguaje en el anteproyecto argentino de Código Unificado" El Dial, 11/06/2012.

CANÉ, Fernando Luis y Crespo, María Florencia. "Las problemáticas en torno a las obligaciones en moneda extranjera". El Dial, 3/1/2014.

CANÉ, Fernando Luis y Crespo, María Florencia. "Impacto del Proyecto de Código Civil y Comercial sobre las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda que no es de curso legal". El Dial, 12/12/2012.

CANNA BORREGA, Silvia A. "Obligaciones dinerarias en el Código Proyectoado. Régimen propuesto por la Comisión Redactora y el Poder Ejecutivo. Viabilidad, consecuencias y comentarios". L.L. D.J. 27/03/2013.

CANNA BORREGA, Silvia Amelia. "Obligaciones dinerarias (arts. 765 y 766 del proyecto de la Comisión Redactora) y la sustitución por el art. 765 redactado por el Poder Ejecutivo Nacional. Análisis del régimen propuesto por ambas partes. Viabilidad, consecuencias y comentarios". ED, [251] - (01/02/2013, N° 13.173).

CONESA, Eduardo. "El Anteproyecto de Código Civil, la moneda y la indexación". El Dial Sup. Esp. Julio de 2012.

DAIREAUX, Santiago. "Comentario al Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (II)" - ED, (13/06/2013, N° 13.259).

DEBRABANDERE, Martín. "Deudas en moneda extranjera y depósitos judiciales" El Dial, 5/12/2013.

FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. "¿Pueden pesificarse las obligaciones negociables locales emitidas en dólares?," LL 18/10/2012.

FERNÁNDEZ, Luis Omar. "Operaciones de adquisición de moneda extranjera para atesoramiento" (Entrevista al Dr. Luis Omar Fernández). LL On Line, 28/1/2014.

Jurisprudencia

GALMARINI, Pedro. “‘Cepo cambiario’: enfoque y alternativas”. SJA 2013/11/13-3; JA 2013-IV.

LAVIGNE, Roberto H. “Pesificación, en la letra del nuevo Código Civil”. El Dial, 22/11/2012.

MANILI, Pablo L. “Inconstitucionalidad de la ‘pesificación’ prevista por el Proyecto de Código Civil y Comercial”. LL 25/9/2012.

PAGLIOTTO, Silvina M. “Obligaciones celebradas en moneda extranjera y actuales normas cambiarias”. ED, [255] - (15/11/2013, N° 13.365).

RAMONDA, Margarita. “El mutuo en moneda extranjera”. LL 20/8/2013. JA, 28/8/2013.

ROLANDO, Félix J. y Dreiling, Paola E. “Operaciones de adquisición de moneda extranjera para atesoramiento”. Entrevista a los Dres. Félix Rolando, Paola E. Dreiling. LL On Line, 28/1/2014.

SARRACINO, María Juliana. “Operaciones cambiarias - Últimas modificaciones”. LL On Line, 28/1/2014.

SASOVSKY, Iván L. “Se abre la compra de dólares para atesoramiento”. RG 3583/2014 AFIP. LL On Line, 28/1/2014.

TRIGO REPRESAS, Félix A. “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”. LL RCYS, 2012-XI, 5.

ZURUETA, Mariano Ramiro. “Las obligaciones en moneda extranjera en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”. LL D.J. 19/06/2013, 95.