

XIV JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

TEMA 1

Seguridad Jurídica en el tráfico de bienes y derechos, con especial referencia al control de legalidad y uso de la nuevas tecnologías

Firma digital y seguridad jurídica: dos conceptos y el notariado latino como elemento en común

Autor: Not. Walter César Schmidt

Delegación Junín - Provincia de Buenos Aires

República Argentina

*No puede impedirse el viento pero pueden
construirse molinos (Proverbio Holandés)*

Introducción. Parte General: Concepto de Seguridad. Seguridad Jurídica. Función notarial en el sistema notarial latino. Parte Especial: Actuación del notario argentino. Transacciones inmobiliarias. Los registros de la propiedad inmueble en la República Argentina. El registrador y el control de legalidad. Seguridad jurídica y seguridad física documental. Registros constitutivos y el notariado. La irrupción de las nuevas tecnologías en el ejercicio funcional, especialmente la firma digital. Considerando y conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La amplitud e importancia del tema en estas Jornadas nos impone, necesaria y lamentablemente, tratar de circunscribir el trabajo a algunos conceptos que debemos reafirmar para afianzar la esencia del notariado latino y a partir de allí fijar las bases para afrontar los embates que permanentemente viene sufriendo. En la Argentina la desregulación de las profesiones fue un ejemplo de ello.¹ Los informes del Banco Mundial², y el avance de los registradores, nos impone reevaluar la función notarial para proyectarnos hacia el futuro, con la firmeza de los principios y la convicción inquebrantable que la capacitación y adaptabilidad a los nuevos desafíos que nos plantean estos tiempos, serán las bases sobre las cuales podremos avanzar en todas aquellas cuestiones pendientes.

Al analizar nuestra actuación en la transmisiones inmobiliarias, hemos de dividir el trabajo en dos partes. Una parte general donde desarrollaremos el concepto de seguridad

¹ El decreto de desregulación, en materia de ejercicio profesional, n° 2284/91 del P.E.N. ratificado por ley 24.307, donde se deroga el carácter público de las escalas arancelarias, eliminó las restricciones cuantitativas para el acceso a las profesiones universitarias y no universitarias, entre otros aspectos. Luego el decreto del P.E. N. 2293/92 estableció la validez de los actos profesionales en todo el territorio nacional sujeto solamente al requisito de una única matriculación.= Ambas normativas se encuentran incluidas en el Pacto Fiscal y son de cumplimiento obligatorio para las provincias que han suscripto dicho acuerdo. (Extraído de la publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires “ La fe pública y la seguridad jurídica en manos del mercado). Con posterioridad, muchas de las Provincias de la República Argentina fueron volviendo al sistema de numerus clausus. En la Capital Federal el sistema de acceso a la función se realiza mediante la aprobación de un examen oral y escrito. En la Provincia de Buenos Aires el acceso a la función se realiza por concurso de antecedentes y oposición mediante la aprobación de un examen oral y escrito.

² Mas conocidos como Doing Bussines, cuya apreciación de la realidad solo es factible ver a través de un prisma netamente economicista

jurídica, describiendo además el sistema notarial de tipo latino, y una parte especial donde analizaremos, desde un punto de vista local, la actuación del notariado Argentino, la función del Registro de la Propiedad Inmueble Argentino, alcances del control de legalidad en el derecho Argentino, para culminar con el impacto de las nuevas tecnologías, especialmente la firma digital y su influencia en el ejercicio notarial.

PARTE GENERAL

CONCEPTO DE SEGURIDAD

La Real Academia Española³ conceptúa al término seguridad como “cualidad de seguro” y a éste como “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo. Seguridad, certeza, confianza”

Cierto es que todos los seres humanos estamos sometidos permanentemente a diversos y diferentes peligros. Salir a la calle significa que nos podrían atropellar, asaltar. Estar en lugares pocos ventilados es propicio para que nos infectemos con algún virus estacional, o peligroso. Consumir determinados alimentos que no hayan sido aprobados por los Organismos Gubernamentales correspondientes, podría generarnos alguna intoxicación. Si no se respetó la cadena de frío, también podríamos intoxicarnos. Viajar en micro⁴, barco y/o avión donde dependemos de la pericia de otras personas, para llegar a nuestro destino, también significa un riesgo.

En estos ejemplos y en todos aquellos incontables casos que podríamos mencionar, lo que se busca es minimizar los riesgos a los cuales nos sometemos al salir a la calle, al

³ Ver www.rae.es

⁴ Depende el país se lo denomina también bus, autobús u ómnibus

viajar, al estar en lugares públicos, tratando que éstos no nos alcancen en la medida que sigamos algunas pautas que permitan alejarlos y sentirnos, en parte, seguros. En definitiva la seguridad sería la protección contra todos los riesgos. Sin embargo no debemos ver en el concepto de seguridad la ELIMINACION del riesgo, es decir, no logramos seguridad eliminando el riesgo sino controlándolo, minimizándolo o acotándolo lo mas posible, para que a través de ello logremos un mínimo sentido de seguridad.

SEGURIDAD JURIDICA

Si al concepto de seguridad lo circunscribimos a lo jurídico distintas acepciones son posibles apreciar, así: 1) El hombre de la calle desea la “seguridad personal”; 2) El empresario, el inversor externo, requiere la seguridad normativa que implica una previsibilidad de cambios además de una justicia independiente e imparcial ⁵; 3) En materias de derechos reales significa: a) La certeza y seguridad por parte de un titular de un derecho real que no será privado del mismo o que no será privado del ejercicio que el derecho real le confiere salvo que fuese por su voluntad o por causa legal expresamente establecida. b) La validez y eficacia erga omnes del negocio jurídico realizado.=

No hay dudas que nuestra sociedad exige como valores fundamentales en el ordenamiento jurídico no sólo la justicia, la libertad, el respeto a la vida y a la propiedad sino también demanda SEGURIDAD, en todas las acepciones vista. En nuestro ordenamiento existen, atendiendo a esta exigencia de seguridad y aspirando a garantizar

⁵ Si el notario aún viendo la evidente desproporción de las prestaciones autoriza dicho negocio actúa con espíritu parcial, sancionado por el 985 del Código Civil Argentino. MORELLO, Augusto Mario “ La seguridad jurídica nuevas reflexiones”. Revista Notarial 918, pag.407.

la certeza de las relaciones jurídicas, distintos institutos jurídicos e instituciones como lo son, entre otros: la existencia de la fe pública, el notario de tipo latino y atribución de la fe pública a los actos que los notarios narran.

Nuestra constitución no define lo que es la seguridad jurídica aunque establece principios, valores y reglas que la presuponen, por ello se puede decir que la seguridad jurídica es, como lo dice el Tribunal Constitucional español: “la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad”⁶ y además se puede agregar que es la suma de éstos principios, equilibrados de tal suerte que permitan promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.⁷

En definitiva, seguridad jurídica significa la certeza por parte del sujeto de las normas vigentes, el conocimiento y las consecuencias que de ellas derivan en el caso de cumplimiento o incumplimiento, y en éste último caso en que forma y con que rapidez sobrevendrá la intervención de los poderes públicos para restablecer el quebrantamiento de la ley o las convenciones. Por último, significa también, la certeza por parte del titular de un derecho adquirido de que no será perturbado en el ejercicio del mismo y que el negocio jurídico realizado es oponible erga omnes.

Para que se cumpla con la exigencia de certeza, conocimiento y consecuencia de las normas por parte del sujeto es necesario analizar la seguridad jurídica desde dos aspectos:⁸

A) La calidad de la norma, y

⁶ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel “La fe pública como valor constitucional” trabajo presentado en las Jornadas sobre Fe Pública organizadas por el Ministerio de Justicia de España y el Consejo General del Notario Español en España.

⁷ RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel: ob.cit.

⁸ RODRIGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel: ob.cit.

B) La calidad de aplicación de la norma.

El primer aspecto se refiere no sólo a la cantidad de normas que dificultan la aplicación al caso sino, y principalmente, a la redacción, claridad o falta de precisión de la misma. Esto jurídicamente es importante por cuanto el ciudadano debería por un lado poder establecer, sin mayores problemas, las normas aplicables a su situación, pero además estas deben necesariamente ser claras, no contener términos ambiguos que terminan abriendo un espectro tan grande de interpretaciones que sólo cree un factor de incertidumbre tal, que degenera en una inseguridad para el sujeto al no saber a que atenerse, tanto si la cumple como si no la cumple.

El segundo aspecto implica la garantía del cumplimiento de las normas del orden jurídico y la actuación de los organismos encargados de su aplicación.

Manuel Angel Rueda Perez⁹ nos dice que la seguridad jurídica se puede dividir en: a) Seguridad jurídica pública: que es aquella que se da entre los ciudadanos y el Estado y los ciudadanos y la sociedad; y b) seguridad jurídica privada que son las previsiones orientadas a resolver conflictos que se susciten entre los individuos¹⁰. Dentro de éste (la seguridad jurídica privada) se puede, a su vez, diferenciar una faz represiva y una preventiva. La primera de ellas es el mecanismo o sistema judicial que viene a solucionar o reparar el daño ya efectuado a través de la acción coactiva de sus órganos; mientras que la segunda es el mecanismo que tiende a evitar o disminuir, dentro de sus posibilidades, el riesgo de conflictos o controversias que devenguen en un litigio¹¹.

⁹ RUEDA PEREZ, Manuel Angel "La función Notarial en la economía de mercado". Trabajo presentado en las VIII Jornadas Notarial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Veracruz, México en 1998.

¹⁰ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis "Seguridad Jurídica y sistema cautelar" Edit. Bosch, Barcelona, 1989. Tomo 1, cit. por RUEDA PEREZ, Manuel Angel ob. cit.

¹¹ Teniendo en cuenta esta función el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, ha creado el Centro de Mediación, el cual actualmente posee 12 subcentros diseminados en toda la Provincia de Buenos Aires. La mediación es un procedimiento alternativo, no adversarial, **voluntario y confidencial** que

Los mecanismos de la “seguridad jurídica represiva” los encontramos en todos los sistemas jurídicos del mundo, aunque no ocurre lo mismo con la “seguridad jurídica preventiva” ya que para que ésta exista se requieren algunas instituciones con facultades especialmente normadas que algunos ordenamientos no establecen.

Los sistemas jurídicos de corte romano-germánico han encontrado una respuesta a la necesidad de la seguridad jurídica preventiva, el remedio fue el de colocar junto a las partes una tercera persona que sea imparcial para que se encargue de comprender la voluntad de las partes, adecuarlas a derecho y redactar el negocio que han de realizar, así es como nace la figura del NOTARIO DE TIPO LATINO.

En cambio los sistemas jurídicos de corte anglosajón, que desconocen el notariado de tipo latino, privilegian la realización de las transacciones en desmedro de los derechos de las partes, es decir, se cubren los riesgos económicos por vía de indemnizaciones, y así, en el caso de que algo ocurra la compañía aseguradora abonará la suma asegurada. Con lo que se podría concluir que *en estos sistemas hay una seguridad jurídica represiva y una seguridad jurídica previsor, no de prevención sino de previsión.*

FUNCION NOTARIAL EN EL SISTEMA NOTARIAL LATINO

En el sistema notarial latino quien ejerce la función notarial se caracteriza por ser un profesional del derecho que se encuentra en ejercicio de una función pública.= Si bien el Estado delega esta función pública, el notario tiene ciertos caracteres como son:

1) Independencia funcional, es decir que no es empleado del Estado.

facilita la comunicación entre las personas que enfrentan un conflicto. Extraído de la página web www.colescba.org.ar/organismos/mediacion/institucional.html

- 2) Percibe honorarios por sus trabajos profesionales, los que son abonados por los requirentes a los notarios, no abonándole el Estado sueldo alguno.
- 3) Es responsable civil y penalmente por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, en forma directa.
- 4) La función ejercida por el notario es la de asesorar, calificar, instrumentar, autenticar, conservar los originales y dar fe de los actos que otorga¹².
- 5) El documento notarial, producto de la actuación del notario, construye (jurídicamente hablando) solemniza, autentifica¹³ y prueba.
- 6) En cuanto a su competencia comprende, en un sentido amplio, todas las actuaciones que no sean litigiosas¹⁴.

En este sistema la fe pública se encuentra garantizada por el Estado.

PARTE ESPECIAL

ACTUACIÓN DEL NOTARIO ARGENTINO.

¹² La conclusión a del apartado b del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948 dice: “El Notario latino es el profesional del derecho, encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de la partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin, y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticidad de hechos”.

¹³ GIMENEZ ARNAU, “Introducción al Derecho Notarial”, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1994, pág 96.

¹⁴ Entendemos que deberían ser de competencia del notario argentino todos los actos comprendidos en los llamados procesos no contenciosos, como por ejemplo las sucesiones, para ello ver Schmidt Walter C. y Sanchez, Fernando G “Nuevas incumbencias: intervención notarial en procesos no contenciosos” Trabajo presentado en el Tema V de las XXXI Jornada Notarial Bonaerenses de Tandil 1997. También ver trabajo presentado por la Delegación Junín al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y aprobado por el Consejo Directivo en el año 1999. Sabiendo que algunos notariados tienen esta competencia, es nuestro deseo poder llegar a alcanzarla, ya que no existen razones jurídicas para la negación de la misma.

Habiendo destacado las principales características del notariado latino, cabe ahora examinar como desarrolla su función, el notariado Argentino.

La actividad notarial comprende en su ejercicio en tres grandes aspectos:

- 1) un aspecto conformador del negocio,
- 2) un aspecto autenticador del mismo, y
- 3) un aspecto como colaborador del Estado

El primero de ellos se manifiesta a través del consejo y asesoramiento que el notario presta a las partes acerca de las normas jurídicas vigentes que rigen y regulan el negocio que se pretende realizar. De esta manera las ilustra respecto de las consecuencias de su accionar, que en algunos casos una vez conocidas las mismas las partes suelen cambiar de opinión. Es allí donde el notario mediante la interpretación del querer de los comparecientes traduce jurídicamente dicha voluntad para adaptarla a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia. En este aspecto están encuadradas las funciones de asesoramiento, legalidad, calificación para luego culminar con la instrumentación del negocio que, no es mas que, la redacción del instrumento público conforme las leyes.

El segundo aspecto es el autenticador o el de dación de fe, y significa dar “autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes”¹⁵. Es éste, el efecto típico de la actividad desarrollada por el notario, que se impone jurídicamente como consecuencia del accionar del mismo, invistiendo a todos sus actos de una presunción de veracidad para

¹⁵ Transcripto por JUAN VALLET DE GOYTISOLO, "La función Notarial de tipo latino" Conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Brasilia el 08 de abril de 1978 durante el V Congreso Notarial Brasileño

tratar de alcanzar la paz social que el tráfico jurídico necesita.= Es el basamento donde se apoya la seguridad jurídica¹⁶.

La función notarial tiene, además, otras particularidades como son la obligatoriedad de la prestación del servicio y la matricidad, esta última sirve para la conservación de los originales, prolongando la eficacia del documento y haciéndolo duradero.

Para que la función notarial latina se desarrolle en toda su magnitud, como conformador y autenticador del negocio, nuestro ordenamiento impone como requisito ineludible para su eficacia la IMPARCIALIDAD¹⁷ del notario interviniente.=

Así la función notarial está encaminada a lograr la seguridad jurídica que las partes reclaman en el tráfico negocial diario.

En el tercer aspecto, el notario, en tanto colaborador del Estado Nacional y Provincial, es agente de retención y de información.

Como colaborador del Estado Municipal, debemos mencionar que en virtud del carácter federal de la República Argentina, depende de cada una de las normativas provinciales si el notario debe ser o no agente de retención.

En la Provincia de Buenos Aires se discute actualmente si el notario es agente de retención o solo de información para el Estado Municipal.¹⁸

¹⁶ ARMELLA, Cristina y otros “ Medios de prueba documental Valoración “ R.N. nro. 856 Año 1981.

¹⁷ El artículo 985 del Código Civil Argentino menciona: “Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, pero si los interesados lo fueren solo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido”

¹⁸ La doctrina notarial expresa que los Municipios no pueden crear agentes de retención, ya que dicha facultad no fue delegada por la Provincia a las Municipalidades en la Ley Orgánica de las Municipalidades. En consecuencia los notarios cumplen con su función, solicitando el estado de la deuda e informado a los requirentes del Estado actual del mismo. A raíz de una ordenanza Municipal sancionada por la Municipalidad de la ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires, donde consideraba a los Notarios como agentes de retención, un grupo de notario presentó una demanda por inconstitucionalidad de la ordenanza. El expediente se caratula

Relación con el Fisco Nacional

En su relación debemos dividir su tarea en: a) Agente de retención y b) Agente de información.

En la primera el notario retiene e ingresa, al Fisco Nacional, los importes correspondientes al impuesto a la transferencia de inmuebles y/o al impuesto a las ganancias.

En la segunda el notario informa dichas retenciones en forma discriminada, es decir, la fecha, número de escritura, monto retenido, monto de la operación, nombre y apellido del sujeto retenido, número de clave tributaria, domicilio y código postal.¹⁹

Informa, además, las ventas superiores a \$. 80.000²⁰, y las hipotecas entre particulares cualquiera sea el monto.²¹

En los casos que uno de los requirentes sea un extranjero también es informado al Estado Nacional.²²

“Itoiz, Luis Damián y otros c/ Municipalidad de la ciudad de Junín” y se encuentra pendiente de resolución ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

En la práctica el notario, solicita el estado de deuda municipal e insta al vendedor a abonar la misma. A veces percibe y abona la misma a solicitud del vendedor para no generar conflictos posteriores entre las partes, tratando de lograr la tranquilidad y paz negocial que debe reinar entre ellas. Una vez más y avanzando mas allá de sus responsabilidades legales, el notario argentino actúa como un eficaz y gratuito colaborador del Estado, en pos del bienestar general, prestando un servicio que no le es exigible pero que en mucho ayuda a la seguridad jurídica que las partes buscan en el ordenamiento jurídico y en el profesional del derecho.

¹⁹ El aplicativo mediante el cual se informa dichas retenciones es el SICORE. La información se realiza en forma mensual, generando un archivo que luego se envía via web en la página del Organismo recaudador A.F.I.P (Administración Federal de Ingresos Públicos). La página web donde se informan las retenciones y se envía el archivo es www.afip.gob.ar. Posteriormente el notario abona el monto. Algunos lo hacen directamente mediante pago electrónica desde la misma web y otros imprimen el archivo resultante y los abonan en el Banco.

²⁰ Actualmente al valor de conversión serían aproximadamente U\$\$. 20.000.

²¹ El aplicativo mediante el cual se informa es el Cruzamiento Informático de Transacciones Importantes C.I.T.I. Escribanos. Se realiza en forma mensual y se envía via web en la página del Organismo recaudador A.F.I.P. La página web donde se informa es www.afip.gob.ar

²² Este informe se realiza mediante el aplicativo Terceros Intervinientes.

Como lo hacen muchos notariados en el mundo, también informa todas aquellas operaciones superiores a \$. 200.000²³, o aquellas que resulten de carácter sospechoso de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo o proveniente del narcotráfico.²⁴

Relación con el Fisco Provincial

En este ámbito debemos, también, dividir su tarea en: a) Agente de retención y b) Agente de información.

Como agente de retención el notario retiene e ingresa al fisco los importes correspondientes al impuesto de sellos,²⁵ y al impuesto inmobiliario.

En la Provincia de Buenos Aires, como agente de información se notifica al Fisco Provincial los cambios de titularidad del dominio. El informe se realiza por cada escritura y en forma discriminada, es decir, la fecha, número de escritura, nombre y apellido del titular, porcentaje de adquisición, número de partida inmobiliaria, número de clave tributaria, y domicilio fiscal.²⁶

²³ Actualmente al valor de conversión serían aproximadamente U\$. 50.000.

²⁴ Esta información se realiza a la Unidad de Información Financiera mediante un aplicativo cuyo archivo resultante se envía vía web a través de la página www.uif.gob.ar. Este organismo ha tenido en cuenta especialmente: las nuevas 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF/GAFI) - aprobadas en el año 2003-; las 9 Recomendaciones Especiales del GAFI sobre financiamiento del terrorismo; las obligaciones que el Estado Argentino ha asumido en su calidad de miembro de la Organización de las Naciones Unidas, en particular las que surgen de la Carta de las Naciones Unidas, que fuera ratificada mediante Decreto Ley N° 21.195/45; lo dispuesto en la Ley N° 26.023 que aprueba la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en Bridgetown, Barbados, el 3 de junio de 2002 (en particular sus artículos 1°; 2°; 3°; 4° y 5°); lo establecido en la Ley N° 26.024 que aprueba el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, adoptado el 9 de diciembre de 1999, por la Asamblea General de las Naciones Unidas (en particular sus artículos 1°; 2°; 8° y 18); lo dispuesto en los Decretos y Resoluciones mediante los cuales se han dado a conocer las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las respectivas actualizaciones que el Comité ha efectuado respecto de las listas emitidas en su consecuencia.

²⁵ En la Provincia de Santa Fe, también es agente de retención del impuesto a los Ingresos Brutos. En la Provincia de Buenos Aires el ingreso de la retención por impuesto de sellos es quincenal. La declaración jurada se realiza en un aplicativo local, denominado SiPresBA. Una vez generado el archivo se envía vía web en la página de la Agencia de Recaudación (A.R.B.A.) www.arba.gob.ar. El mismo sitio de A.R.B.A. es quien realiza el cálculo del pago y emite el comprobante, el cual se imprime y abona en el Banco.

²⁶ Dicho informe se realiza vía web en la página de la Agencia de Recaudación (A.R.B.A.) www.arba.gob.ar. Una vez que se informa el nuevo titular del inmueble se procede a liberar la partida inmobiliaria, obteniendo el notario un informe de parte del Organismo Estatal que a la fecha de la escritura la partida inmobiliaria no posee deuda.

Además de estas tareas, son responsabilidad del notario la inscripción de los instrumentos públicos que otorgue en los registros correspondientes (Registro de la Propiedad Inmueble, Dirección de Personas Jurídicas, Registro de Testamentos, Registro de Autoprotección; Registro de Rúbrica de Libros de Consorcios de propiedad horizontal (condominios), Registro Ganadero, Registro de Buques y Aeronaves, etc).

Por último el notario es responsable civil, penal y disciplinariamente por la falta de retención de los impuestos mencionados o el no ingreso de las mismas, así como también por la falta de información a los mencionados Organismos, aún cuando no hubiere nada que informar²⁷.

TRANSACCIONES INMOBILIARIAS

Anteriormente los inmuebles que ingresaban al patrimonio de las personas, desde una concepción conservadora, eran vistos como “bienes estáticos” que perduraban en el patrimonio por largos períodos. En la actualidad, y desde una concepción más dinámica, los inmuebles han pasado a ser bienes de rápidas y continuas transacciones inmobiliarias. La importancia económica y social que posee la transmisión, modificación y/o constitución de derechos reales sobre inmuebles hace necesario que tratemos de eficientizar toda la operatoria inmobiliaria (desde su nacimiento, hasta su finalización con la inscripción registral), sin desmedro de la seguridad jurídica que los requirentes buscan y el Estado debe garantizar.

²⁷ En los casos que no hubiese nada que informar es obligación presentar la declaración jurada donde se expresa que no hubo movimiento o que no hay nada que informar, a los efectos de cumplir con la obligación formal de informar.

La inserción de las nuevas tecnologías ha abierto un abanico de opiniones que, para algunos, va desde la eliminación del ejercicio de la función notarial hasta la negación al uso de la misma.

Como normalmente ocurre, el equilibrio se encuentra no sólo en el justo medio, sino además en la aprehensión de estas nuevas tecnologías, para darnos cuentas que sólo son herramientas que el notariado debe utilizar, además de promover su uso, para otorgar celeridad a los negocios, dotando a la tecnología de la seguridad de los principios del notariado del tipo latino.²⁸

En el ordenamiento Argentino el derecho real, con excepción de la hipoteca, se adquiere mediante título y modo²⁹ suficientes.

La noción de título es dual, pues se entiende que éste no solo es el negocio jurídico causal sino además el instrumento portante de dicho hecho o acto de adquisición. El título confiere un derecho a la cosa, pero la propiedad se adquiere cuando el modo ha sido cumplido (tradición, constituto posesorio, traditio brevi manu)³⁰.

El modo, es la entrega de la cosa, la que debe hacerse mediante actos materiales, no bastando la sola declaración del tradente³¹. A diferencia de algunos países donde el modo comprende no solo la entrega material o presunta de la cosa sino además la inscripción registral, en Argentina la inscripción registral solo es exigible a los efectos

²⁸ Las XXXVI Jornadas Notariales Bonaerenses han mencionado que: “Los fundamentos de nuestra profesión no se han modificado por el uso de nuevas tecnologías, debiendo profesionalmente capacitarnos en el manejo de las mismas, para hacer más segura y eficaz nuestra labor, dotando a la tecnología de la seguridad de los principios del notariado del tipo latino.” Y además que “Los Notarios tienen la responsabilidad de su formación y de poseer la infraestructura acorde al avance tecnológico que le permitan afrontar la complejidad que impone la globalización y las nuevas tecnologías, siempre en defensa de la seguridad jurídica y de la paz social.”

²⁹ Arts. 577, 3265, 2601 a 2602 del Código Civil

³⁰ El artículo 2468 del Código Civil menciona que “Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma...”

³¹ El art. 2378 del Código Civil dice “La tradición se juzgará hecha, cuando se hiciere según algunas de las formas autorizadas por este Código. La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa, no suple las formas legales”.

de la oponibilidad a los terceros, pero no se la considera como elemento del derecho real.³²

LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD INMUEBLE EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

La ley que regula a los registros de la propiedad inmueble en la República Argentina es la ley Nacional 17.801. Ésta delegó en cada una de las leyes provinciales, la organización, funcionamiento y número de los Registros de la Propiedad.³³

La República Argentina se encuentra dividida en 23 provincias, de las cuales la provincia de Entre Ríos es la más descentralizada ya que posee diversos registros establecidos en su territorio.

La provincia de Santa Fe posee dos registros de la Propiedad³⁴, uno en la capital Provincial, la ciudad de Santa Fe, con jurisdicción en el norte de la provincia (1° Circunscripción), y el segundo registro en la otra ciudad más importante de la provincia, Rosario, con jurisdicción en el sur de la provincia (2° Circunscripción).

Mendoza³⁵ posee dos registros, uno en San Rafael y el otro en la ciudad de Mendoza. La provincia de San Juan³⁶, también posee dos registros, uno en la ciudad de Jáchal y el otro en la Capital provincial.³⁷

³² En contra VILLARO, Felipe P., ob cit. pág. 33, para quien el derecho real queda constituido con la integración de tres elementos: título, tradición y publicidad registral.

³³ Art. 38 de la ley 17.801

³⁴ Creados en 1900

³⁵ Creado en 1900. BERNARD, Tomás Diego. “Los Registros de la propiedad inmueble en las provincias, citado por VILLARO, Felipe Pedro, “Elementos de Derecho Registral Inmobiliario”, Ed. Colegio de Gestores de la Provincia de Buenos Aires, 2° edición actualizada. Pág. 25

³⁶ Creado en 1911. BERNARD, Tomás D. ob. cit.

El resto de las jurisdicciones poseen un solo Registro de la Propiedad Inmueble.

El Registro mas grande de la República Argentina es el de la provincia de Buenos Aires³⁸, con un ingreso aproximado de 10.000 documentos diarios y de 6.000.000 inmuebles. El Registro se encuentra ubicado en la ciudad de La Plata, capital de la provincia, centralizado administrativamente y descentralizado funcionalmente. Con este concepto se han creado 16 delegaciones y una oficina delegada, diseminadas en toda la provincia de Buenos Aires, las cuales coinciden con las Delegaciones que posee el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. La oficina delegada se encuentra ubicada en la ciudad de Campana. La coordinación y la buena relación existente entre el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, quienes se necesitan mutuamente y son parte del engranaje necesario para una buena administración de seguridad jurídica, han hecho posible que el Registro de la Propiedad llegara a todos los lugares de la Provincia.³⁹ Para tener una dimensión de la Provincia de Buenos Aires, la misma tiene una superficie de 307.571 kilómetros cuadrados, teniendo en línea recta de sur a norte 892 kilómetros y de este a oeste 600 kilómetros⁴⁰.

En la República Argentina los registros son declarativos y no convalidantes,⁴¹ es decir que, tal como lo hemos mencionado antes, el derecho real nace fuera del registro y la

³⁷ ANDORNO, Luis O. y MARCOLIN de ANDORNO, Marta, Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada y Anotada 2º corregida, actualizada y ampliada. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, febrero 1999, pág. 680

³⁸ Creado por ley número 1276 del 21 de mayo de 1879, donde se lo llamó originalmente como “Registro de Propiedades, Embargos e Inhibiciones”. Fue el primer Registro de la República Argentina. VILLARO, Felipe P. ob cit., pág. 24

³⁹ En muchas Delegaciones el Colegio de Escribanos facilitó sus instalaciones gratuitamente, para que se instalara la Delegación del Registro de la Propiedad y así poder acercar el Registro a la gente y al notariado

⁴⁰ Comparativamente Uruguay tiene 177.410 km²; Paraguay 406.750 km²; Ecuador 276.840 km²; Guatemala 108.890 km²; Honduras 112.090 km²; Nicaragua 130.000 km²; Costa Rica 51.100 km²; Panamá 77.080 km²; Haití 27.560 km²; República Dominicana 48.730 km²; el Reino Unido 244.880 km²; España 504.780 km²; Francia 551.500 km²; Italia 301.270 km²; Alemania 356.910 km² y Bélgica 33.100 km².

⁴¹ Arts. 2505 y 3135 del Código Civil. Arts 2 y 4 de la ley 17.801.

inscripción del mismo es a los efectos de la oponibilidad frente a terceros⁴². El artículo 2 de la ley 17801 ordena la inscripción de los documentos “para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de la ley” mientras que el artículo 4 dice que “la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes”.

Esta clase de registros tienen la desventaja que solo es posible su existencia, en aquellos países que tengan un notariado que los provea de instrumentos públicos genuinos.

EL REGISTRADOR Y CONTROL DE LEGALIDAD

El derecho registral argentino se basa en la recepción de los principios registrales de autenticidad, legalidad, prioridad, calificación, especialidad o determinación, tracto sucesivo y legitimación.

El principio de legalidad es el control que el registrador hace del documento que ingresa al registro, verificando que el mismo cumpla con las exigencias legales no solo en cuanto a las formas sino también en cuanto al contenido del mismo.

Este principio es inescindible del principio de calificación, ya que éste es el medio mediante por el cual se asegura el cumplimiento de los otros principios registrales y como consecuencia de ello, se ejercita y cumple el principio de legalidad.

Es a través de la calificación que el principio de legalidad controla el cumplimiento de todos los otros principios registrales, es por ello que desde un punto de vista

⁴² En contra VILLARO, Felipe P. ob. cit. Pág. 34, para quien, luego de la sanción de la ley 17.711, el derecho real nace con el título, modo e inscripción registral.

apriorístico, se ha dado en llamar al principio de legalidad como la suma de todos los principios.⁴³

Roca Sastre lo definió como “el que impone que los títulos que pretendan su inscripción en el Registro de la Propiedad sean sometidos a un previo exámen, verificación o calificación, a fin de que en los libros hipotecarios solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos”⁴⁴

En Argentina este principio se encuentra receptado en el artículo 8° de la ley 17.801 que dice: “El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos”.⁴⁵

De una lectura rápida y superficial se podría desprender que el cumplimiento del control de legalidad se acabaría con las formas extrínsecas. (redacción en español, firma y sello del autorizante, lugar y fecha del acto, utilización del papel adecuado al acto instrumentado, verificación de todas las medidas de seguridad físicas del papel, folios de seguridad, etc.)⁴⁶

Sin embargo el artículo 9° de la ley 17.801 menciona que al momento de ingresar un documento al Registro, el registrador deberá rechazar aquellos que se encuentren

⁴³ GARCIA CONI, Raúl R., “Derecho Registral Aplicado”, Ediciones Librería Jurídica, La Plata 1972, pág. 217.

⁴⁴ ROCA SASTRE, Derecho Hipotecario, T. II pág. 239, citado por ANDORNO, Luis O. y MARCOLIN de ANDORNO, Marta, Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada y Anotada 2° corregida, actualizada y ampliada. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, febrero 1999, pág. 164

⁴⁵ Frase tomada del art. 18 de la Ley Hipotecaria Española

⁴⁶ Para las escrituras públicas deberán verificar el cumplimiento de los arts. 997, 998, 999, 1001, 1002, 1003, 1004 y conc. del Código Civil. Para las Resoluciones judiciales y/ o administrativas deberá verificar la competencia de los Tribunales y las formalidades que las leyes les imponen a cada uno de dichos documentos.

viciados de nulidad absoluta y manifiesta. En cambio si el defecto fuere subsanable lo devolverá para que lo rectifique.⁴⁷

De la interpretación de los artículos 8 y 9⁴⁸ podemos inferir que el principio de legalidad no se circunscribe sólo al control de las formas extrínsecas del documento sino que impone analizar, en algunos aspectos, el contenido del documento.⁴⁹

Un documento puede ser perfectamente válido en cuanto a las formas extrínsecas pero el inmueble no corresponder a la jurisdicción territorial en la cual se pretende inscribir, o siendo el inmueble de la misma Provincia, el funcionario autorizante no tuviese competencia territorial donde autorizó el acto. En ambos casos, el registrador deberá rechazarlo por falta de competencia territorial.

Puede también ocurrir que se presente al Registro de la Propiedad Inmueble un documento donde se pretenda inscribir la transferencia de un automotor, en consecuencia el registrador deberá rechazarlo por falta de competencia material.

⁴⁷ El texto completo del artículo 9° de la ley 17.801 expresa: “Si observare el documento, el Registro procederá de la siguiente manera:

a) Rechazará los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta.
b) Si el defecto fuere subsanable, devolverá el documento al solicitante dentro de los treinta días de presentado, para que lo rectifique. Si perjuicio de ello lo inscribirá o anotará provisionalmente por el plazo de ciento ochenta días, contado desde la fecha de presentación del documento, prorrogables por períodos determinados, a petición fundada del requirente. Si éste no estuviere de acuerdo con la observación formulada, deberá solicitar al Registro que rectifique la decisión.

Esta solicitud implica la prórroga del plazo de la inscripción o anotación provisional si antes no se hubiere concedido. Cuando la decisión no fuese rectificadora podrá promoverse el recurso o impugnación que correspondiere según la ley local, durante cuya sustanciación se mantendrá vigente la inscripción o anotación provisional.

La reglamentación local fijará los plazos máximos dentro de los cuales deben sustanciarse los recursos. Las inscripciones y anotaciones provisionales caducan de pleno derecho cuando se convierten en definitivas o transcurre el plazo de su vigencia”

⁴⁸ Además pueden agregarse los artículos 3, 15, 17 y 23 de la ley 17.801.

⁴⁹ La doctrina discute los alcances de la función y los límites que debe tener la misma. Mientras los registradores intentan avanzar cada vez más en el análisis y calificación del contenido del documento, argumentando que lo hacen “en salvaguarda de los principios superiores de la legislación, atento que resulta inadmisibles proceder a la inscripción de actos que lesionan el orden público” (IV Jornadas Notariales de Entre Ríos, celebradas en la ciudad de Paraná en 1976) los notarios consideramos que muchos de los pretendidos avances exceden las funciones de un registrador, las cuales son propias de la función notarial.

Tal como lo menciona el artículo 9 de la ley 17.801, al ingresar un documento al Registro pueden ocurrir 3 cosas:

- Que se inscriba sin mas trámite
- Que se rechace la inscripción
- Que se inscriba provisionalmente hasta tanto se subsanen los errores

En todos los casos el registrador tiene una barrera infranqueable en su función de control de legalidad, dicha barrera es el propio documento pues el examen y calificación debe ajustarse a lo que de él resulte.⁵⁰

SEGURIDAD JURIDICA y SEGURIDAD FISICA DOCUMENTAL

Además de la actuación notarial y la atribución de la fe pública a los actos emanados de los notarios, no debe descuidarse un aspecto importante en el tráfico de los títulos, como es la seguridad documental desde un punto de vista físico, por ello resulta fundamental garantizar razonablemente la integridad de los documentos notariales.

La sustitución de textos es muy sencilla cuando se realiza sobre papeles no protegidos contra el borrado de textos con solventes químicos, los cuales son de fácil adquisición en el mercado y eliminan, sin dejar huella, cualquier texto implementado con escritura manual o láser.

⁵⁰ Conf. VILLARO, Felipe P. “Elementos de derecho Registral Inmobiliario” Edic. Colegio de Gestores de la Provincia de Buenos Aires, 2º Edic. Actualizada, septiembre 1999, pág. 37

Esta arista de la seguridad no debe pasarse por alto al momento de hablar y pensar en seguridad jurídica y documental. El control de legalidad que realiza el registrador, todas las exigencias, controles y seguridades que el ordenamiento jurídico pueda establecer para la redacción, confección y expedición de copias de escrituras públicas,⁵¹ pueden verse vulneradas si el “soporte papel” en el cual se expiden las copias de las escrituras públicas, no tuviera alguna cualidad que, en principio, dificulte su adulteración y/o falsificación. No es posible pensar en seguridad jurídica si existe inseguridad documental.

Estas medidas de seguridad adicionales, exigen del registrador la verificación, control y “validación” del folio de Actuación Notarial, minimizando los riesgos de ingreso al Registro de la Propiedad Inmueble de instrumentos apócrifos.

Siguiendo este concepto en la Provincia de Buenos Aires, la pasta de papel con la que se fabrican los folios de Actuación Notarial, es elaborada por una Empresa en forma exclusiva para el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, siendo el único Colegio del país que posee un papel exclusivo y excluyente. El folio de Actuación Notarial posee varias medidas de seguridad, entre las cuales podemos distinguir:

- a) medidas de seguridad incorporadas en la fabricación del papel, y
- b) medidas de seguridad que son impresas con posterioridad y aplicadas en talleres propios de la Institución.

Entre las primeras podemos mencionar: **a.1) *Marca de Agua***: El papel posee una *marca de agua* propiedad del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, la que se

⁵¹ Hablamos de escrituras públicas, como una especie de instrumento público, ya que nuestro trabajo se circunscribe al estudio de las transmisiones inmobiliarias entre vivos.

observa a simple vista. Esta marca se produce por la utilización de un elemento mecánico, que impone a la pasta del papel en su fabricación marcas indelebles e inmodificables, por cuanto están insertas en la misma, no pudiendo ser copiadas ni “levantadas” por ningún método.

La imagen representa un dibujo con claroscuros, en distintas posiciones; que se repiten infinitamente en la línea de elaboración y aparecen a lo largo y a lo ancho de cada folio. Este sistema ha sido adquirido en Alemania y se encuentra depositado en la Empresa proveedora, no pudiendo ser utilizado para ninguna otra fabricación de papel que no sea contratada por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

a.2) *Efecto Galaxy*: Son pequeñas partículas de distintos colores que se hallan incorporadas a la pasta del papel, las cuales no son visibles a simple vista, sino que deben necesariamente observarse con luz ultravioleta y que, como su nombre lo indica, forman una galaxia multicolor.

Como en el caso anterior, al ser incorporado a la pasta, este efecto no puede ser reproducido, “levantado” o copiado en otra hoja de similares características, con el intento delictivo de hacerla pasar por un folio original.

a.3) *Seguridad de elementos químicos*: Cuando el papel ha sido adulterado o lavado, la presencia de estos elementos químicos hacen que se produzca una reacción visible y permanente, dejando a la luz una mancha de distintas características y colores, dependiendo de la sustancia que se haya usado. Estos elementos permiten, además, mediante la utilización de un isopo con lavandina o alcohol, verificar la autenticidad del material.

b) Entre las medidas de seguridad impresas podemos mencionar que todos los folios destinados a circular fuera de las notarías (esto excluye el de Protocolo) poseen en su

margen derecho la impresión de una filigrana exclusiva, que combina el color negro con el color característico del folio.

El folio tiene impreso escudos del Colegio de Escribanos en color amarillo flúo, distribuidos en toda la superficie, visibles sólo bajo luz ultravioleta.

Además de todas estas medidas, se agrega la identificación del folio mediante la impresión de un código alfanumérico en la parte superior que posibilita el seguimiento del material.

Al momento de entregarse el folio al Notario, se factura y puede determinarse a que registro notarial fue vendido. Esto permite a los demás notarios de la Provincia de Buenos Aires, verificar que el folio que tienen, delante de sus ojos, le fue vendido al Registro al cual pertenece el Notario autorizante, además de permitirles verificar la fecha para cotejar que en el momento que el acto fue autorizado, el folio ya había sido adquirido por el notario.⁵²

En el Folio de Actuación Notarial de la provincia de Córdoba podemos distinguir:

a) medidas de seguridad incorporadas en la fabricación del papel, y

b) medidas de seguridad en el diseño.

a) Papel: El folio de Actuación Notarial se realiza con papel de seguridad Título Witcel. Filigranado, con marca de agua que se visualiza al trasluz y con un gramaje de 130 grs.. Es el gramaje óptimo para evitar que se trasluzca una cara con otra. La masa de papel posee fibrillas sintéticas invisibles a la luz natural y fluorescente a dos colores bajo luz ultravioleta. Cuenta con propiedades tales como su color mate, lo que permite perdurar en el tiempo en archivos.

⁵² Esta verificación se hace a través de la página web del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires www.colescba.org.ar

b) Diseño: El Folio de Actuación Notarial posee una guarda de Seguridad del Colegio de Escribanos de Córdoba. Microletra con el nombre de la Institución en el escudo del Colegio. Escudo del Colegio reducido en retroverso al centro de la guarda lateral, lo que indica registro exacto de impresión. Escudos redibujados de la Provincia y del Colegio. Posee además un recuadro con texto preimpreso.

b.1) Fondo de seguridad: Impreso en el frente y dorso con tinta de seguridad invisible con florescencia al color amarillo, sólo visible bajo luz ultravioleta. Esta importante medida permite identificar rápidamente con la luz U.V. la originalidad del documento y que no haya sufrido adulteración alguna en textos, firmas y sellos.

Además el folio posee el Escudo del Colegio de la Provincia en relieve seco (impresión sin tinta) en el centro del margen izquierdo.⁵³

REGISTROS CONSTITUTIVOS Y EL NOTARIADO

El avance de los Registradores sobre la actividad notarial y la pretensión de instalar en América Latina, el sistema de Registros constitutivos, donde la constitución e inscripción de los títulos se realicen directamente en el Registro de la Propiedad, descartando la actividad y existencia del notariado, como si no fuera de importancia en la tarea diaria notarial, la audiencia previa, el asesoramiento, la guía y adecuación de las voluntades de las partes al negocio jurídico, es algo que no puede ni debe soslayarse⁵⁴.

⁵³ Extraído de la página <https://sistemas.dnrpa.gov.ar>

⁵⁴ La declaración de La Antigua, del 21 de febrero de 2003, suscripta por Brasil, Colombia, Cuba, Chile, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y OEA. En esta declaración se menciona "... un sistema de fe pública habría de perseguir tres objetivos esenciales: reflejar fielmente los derechos de propiedad inmobiliarios, incluidas sus limitaciones, sean privadas o públicas. En segundo lugar, sería necesario que bastara la consulta de las inscripciones registrales vigentes para conocer la titularidad y las cargas que afectan a los inmuebles. Por último, es fundamental que el Registro no solo publique sino también garantice la legalidad y certeza de lo publicado, asumiendo las responsabilidades correspondientes en caso de error"

El sistema registral Argentino con sus particularidades e innovaciones fue pensado y adecuado a la realidad e idiosincrasia argentina, teniendo en cuenta la geografía y distancias de los lugares, la estructura jurídica y la infraestructura notarial.

Ningún sistema registral es un producto de importación. Si se quiere trasladar la experiencia de un país a otro, es necesario tener en cuenta que no solo se debe adoptar sino adaptar la solución elegida. La “implantación” de un sistema registral que no contemple la idiosincrasia y la realidad socio-cultural del lugar puede generar un rechazo social que impida cualquier implementación. El mejor sistema registral no nos garantiza, quizás, un buen resultado pero un sistema registral equivocado nos garantiza el fracaso.

Poner en cabeza de los contratantes la responsabilidad del conocimiento, efectos y consecuencias de una contratación inmobiliaria, realzando la ficción jurídica que las leyes se reputan conocidas por todos, mediante el consentimiento dado al registrador para dar por finalizado el acto jurídico de una transferencia, constitución o modificación de un derecho real, sin intervención notarial, implica cuanto menos en Argentina, un cambio no sólo jurídico sino cultural y social en el que vemos mas peligros y problemas que mejoras y soluciones.

La seguridad jurídica debe ser también garantizada por el Estado en las contrataciones inmobiliarias, y parte de dicha seguridad jurídica está dada en la obligatoriedad de concurrir a una notaría para la transferencia, constitución o modificación de un derecho real, ya que sobre él pesa el deber ineludible del asesoramiento, la recepción, interpretación y adecuación a la ley de la voluntad de la partes, redactando los

instrumentos adecuados a este fin. Principalmente para explicar la factibilidad, los riesgos y consecuencias de cada acción realizar.

Por ello creemos que la implementación de los registros constitutivos y la ampliación de facultades a los Registradores como meros inscriptores de actos jurídicos, formalizados ante ellos mismos, atenta contra la seguridad jurídica que la sociedad demanda del Estado en las transacciones inmobiliarias. Es éste quien debe ver, hoy mas que nunca, que la seguridad jurídica REAL que brinda el notariado a través de la “primera audiencia”, asesoramiento e interpretación y adecuación a la ley de la voluntad de la partes, será FICTA cuando delegue dichas tareas en los Registradores, siendo los contratantes meros firmantes de formularios pre – impresos, del cual pocos tengan conciencia de todas las consecuencias que ello les genera.

Es dable destacar que parte de la seguridad jurídica que brinda el notariado argentino, está dada, además, por ser los notarios agentes de retención e información del Estado. El cumplimiento de dichas obligaciones notariales relevan al Estado del seguimiento de cada contribuyente circunscribiendo el control al notario, como fuente generadora de actos jurídicos. A su vez, el notario retiene y deposita al Estado el dinero correspondiente a las obligaciones nacidas del acto jurídico instrumentado, cuyos responsables impositivos son las partes contratantes.

El dejar en cabeza de los contribuyentes el cumplimiento de ciertas obligaciones fiscales, sería generar, en cada operación, una incertidumbre para las partes, lo cual redundaría en un perjuicio para el tráfico escriturario; sin dejar de tener el cuenta el costo que tendría para el Estado perseguir a esos deudores con el objeto de cobrar las gabelas adeudadas, e imponer las sanciones que correspondan.

El mejor notariado no nos garantiza, quizás, un buen resultado pero la falta del notario en la conformación y redacción del negocio nos garantiza el fracaso de cualquier sistema jurídico de corte romanista.

LA IRRUPCION DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL EJERCICIO FUNCIONAL, ESPECIALMENTE LA FIRMA DIGITAL

Desde una visión notarialista la firma digital fue vista primero como un enemigo que venía a suplantar la función del notario. Con el tiempo se la comenzó a estudiar, luego a conocer, después a descubrir para posteriormente aprehenderla y advertir que en realidad no es más que una nueva herramienta, y que como tal, es NEUTRA y por consiguiente no afecta a la función notarial.

Desde una visión extra notarial, se la consideró como una alternativa al notariado. Al quedarse en esta primera impresión y no avanzando en el estudio y desarrollo intrínseco, sino sólo analizando el mecanismo de uso y las ventajas que la misma acarrea, dejando de lado el análisis de los efectos y las consecuencias que dicho accionar podría ocasionar sin la presencia del Escribano, no se logró visualizar su esencia, es decir, que solo es una nueva herramienta al servicio de la función que el notario ejerce.

Pareciera que la estructura de PKI, junto con la, supuesta, simplificación de la aposición de la firma digital, haría de cualquier trámite algo rápido sin necesidad de presencia notarial⁵⁵.

⁵⁵ Presencia tanta veces vapuleada en el Informe del Banco Mundial, conocido como Doing Business, el cual considera al Notariado como una “carga innecesaria” (Informe del año 2004 página 26).

Consideramos necesario desmitificar la creencia que la firma digital ha venido a agilizar la dinámica de los negocios, otorgando seguridad a los contratantes mediante la validación de claves asimétricas, descartando la presencia del notario en la formalización del negocio.

En contraposición a la postura mencionada creemos que la implementación de la firma digital ha venido a revalorizar la función notarial, especialmente en la observancia y control de la prestación válida del consentimiento.

Si bien la validación de las claves asimétricas es segura, hay un aspecto que tecnológicamente no es posible verificar, como lo es la prestación válida del consentimiento. La validación de las claves pública y privada se realiza en el entorno electrónico donde sólo se verifica la pertenencia y correspondencia de la clave privada con la pública. En caso que corresponda se da por válida la firma y se menciona quien es el titular de dicha firma.

Desde una visión jurídica, para que un negocio sea válido no solo es necesario verificar la validación de las claves sino que quien estampe la firma digital sea la persona titular de dicha firma y que además *el consentimiento a dicho negocio sea prestado libre y voluntariamente, es decir sin vicios.*

Sin embargo y a pesar de las críticas que los Informes del Banco Mundial realizan a la Institución del Notariado, en el Informe del 2007 se menciona a los notarios diciendo: “Otras reformas disminuyen el tiempo para iniciar un negocio en la ciudad de México de 58 a 27 días al permitir que los notarios expidan inmediatamente un número de registro fiscal y modernizando en general el trámite.” En la página 10 menciona que México permite ahora a los empresarios obtener su número de registro fiscal a través del propio notario en el momento mismo de constitución de la compañía –ahorrando tres semanas–. En el capítulo “Registro de la Propiedad” (*Registering property*, p. 24) se precisa que Rumania concedió a los notarios el acceso electrónico al registro, reduciendo en consecuencia los plazos en 20 días. En Armenia una nueva ley permite a los empresarios pagar el impuesto directamente al notario en lugar del banco. Una nueva ley en España exige al notario el uso de procedimientos en línea; como resultado las demoras han disminuido más de un 30%. = Extraído del Informe presentado en la 2º Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos, celebrada en Cartagena de Indias, Colombia 2009. =

En Argentina la firma digital⁵⁶ posee los mismos efectos que la firma ológrafa.⁵⁷

La firma manuscrita tiene un alto reconocimiento legal, pese a que puede ser falsificada, ya que contiene particularidades que la hacen fácil de comprobar y de vincular a la persona con ésta. Sin embargo, algo tan sencillo en la vida real no lo es tanto en la virtual o tecnológica.

La aposición de la firma ológrafa tiene un carácter subjetivo, pudiendo demostrarse a través del trazo ciertos aspectos de la personalidad (nerviosismo, coacción, etc), con lo cual sería, eventualmente, posible demostrar la existencia o no de un vicio en el consentimiento en el negocio jurídico. Además es necesario que quien firma sea la persona que dice ser.

En cambio la tecnología es totalmente objetiva, es decir, si en el proceso de validación la clave privada se condice con la pública, la firma inserta es de la persona a quien

⁵⁶ La ley Argentina 25.506 de Firma Digital define a la misma de la siguiente manera: “*Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.*”. En España se la conoce como firma electrónica reconocida. En Chile se la define como firma electrónica avanzada.= En Francia como firma electrónica de seguridad.= En todos los casos, e independientemente de la denominación que se le asigne, restringimos el término a lo definido en el artículo 2º de la Ley Argentina.

⁵⁷ El artículo 3º de la ley 25.506 dice que: “*Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.*”

Cabe aclarar que el artículo 4º de la ley 25.506 menciona que la firma digital no es aplicable a:

- Disposiciones por causa de muerte
- Actos del Derecho de Familia
- Actos personalísimos
- Actos cuyas exigencias o formalidades sean incompatibles, por disposiciones legales o acuerdo de partes (Se desprende la exclusión de su uso para las escrituras públicas) . Sin embargo el razonamiento seguido es aplicable para aquellos países donde es posible firmar digitalmente los instrumentos públicos y, además, para aquellos países que no siéndolo (como Argentina) prevean los riesgos que significa el uso de la misma sin la presencia notarial.

pertenece dicha clave privada, con independencia de los vicios de la voluntad que dicha persona podría estar padeciendo al momento de insertarla. Cuando hablamos que la firma se valida, la autoridad certificante nos dice que dicha firma pertenece a una persona determinada, pero no necesariamente que el titular de la firma sea quien esté insertando la clave privada. La presencia notarial en el momento de firmar, dando fe de conocimiento o de individualización de la persona que inserta la firma, controla no solo que quien inserta la firma lo haga voluntariamente y sin vicios de consentimiento, sino además que quien firma sea el titular de la clave privada.

Otro ejemplo del peligro que significaría la falta de presencia notarial en el uso de esta tecnología podría estar dado en aquellas personas a las cuales les sobrevino una incapacidad volitiva una vez obtenida la firma digital, es decir, una persona capaz solicita una firma digital la cual es otorgada y, durante la vigencia del certificado, le sobreviene una incapacidad.

Si seguimos el razonamiento anterior la presencia notarial impediría la concreción del negocio viciado, mientras que la falta de presencia implicaría la verificación y validación de la clave privada. Verificada la concordancia de las claves pública y privada se reputaría, en principio, válido el negocio realizado.

Es sabido que por medio de la grafología se pueden apreciar las cualidades psíquicas del autor de un escrito, es decir que es posible determinar si la escritura es propia de una persona con un estado mental normal o anormal.⁵⁸

⁵⁸ SERRANO GARCIA, Pedro en su libro “Grafística”, transcripto en www.colegiodecaligrafos.org.ar y publicado en la revista Tecnipol número 54 habla de los escritos patológicos. Si bien dentro de las patologías analizadas hay muchas que no generan un vicio de la voluntad (histeria, manía, melancolía, epilepsia, ataxia, artritismo, etc) también se encuentran las que, en determinados grados, generan la incapacidad de la persona (demencia, demencia precoz, delirios, etc.) Para un perito calígrafo existe la posibilidad técnica de observar y determinar, en muchos casos, si existe o no en un escrito cuestionado influencia característica de ciertos estados patológicos y aún el uso de algunas drogas, con el objetivo de determinar la autenticidad o falta de ella en los escritos de una persona (CNCiv., Sala F, Noviembre 19 1980). ED, 92-344.

Estas nuevas herramientas, como ya dijimos, no relevan al notario de la función notarial que actualmente desempeña en la modalidad tradicional sino que constituyen una nueva forma de contratación, que no vienen a perjudicar la función notarial, sino por el contrario a revalorizar la misma, dando no sólo mas énfasis e importancia a la presencia del notario en todo este procedimiento, sino además revitalizando su función de intérprete imparcial de la voluntad de las partes, guía, custodio y garante de la ausencia de vicios en la prestación del consentimiento.

Es oportuno recordar que la Unión Internacional del Notariado, a través de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica, expresó 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”⁵⁹. Y que “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

⁵⁹ *El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas*, Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Informática y Seguridad Jurídica.- R.I.N. N° 97, Pág. 126

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 la teoría matemática y organizacional, solo 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 básicamente⁶⁰.

Hoy gozamos de un prestigio que han sabido edificar nuestros antecesores pero que se necesita revalidar permanentemente; en esta sociedad donde los medios masivos de

⁶⁰ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica UINL.

comunicación nos mantienen informados de todo lo que ocurre, a tal punto que pareciera ser que lo que en éstos no se ve, no se oye o no se lee, no ha sucedido, son un servicio maravilloso para la difusión de nuestra presencia y utilidad.= Debemos revalidar permanentemente la confianza que la sociedad tiene en el notariado por los medios más convenientes, pues a través de la conciencia social de nuestra utilidad y servicio tendremos un mejor cimiento para poder seguir edificado los logros que nos imponemos. Será la sociedad quién nos impulse a marcarnos metas y solicitarnos nuevas incumbencias, y quien obligue a los legisladores, el día de mañana, a una reforma legislativa o, será ella, la que se oponga a la misma. En definitiva, para ella y por ella estamos y existimos, a ella nos debemos y será la confianza y el respecto de ella quién nos sostendrá en el camino a recorrer. ¿Cómo imaginar el futuro de la institución notarial sin un consenso social sólido?

CONSIDERANDO Y CONCLUSIONES

CONSIDERANDO:

- A)= El concepto de seguridad jurídica.
- B)= La función notarial en el sistema notarial latino
- C)= La actuación del notario argentino como conformador y autenticador del negocio
- D)= La actuación del notario argentino como colaborador del Estado
- E)= La seguridad física documental
- F)= La pretensión de avanzar sobre América Latina para la implementación de Registros constitutivos
- G)= Las nuevas tecnologías, especialmente la firma digital

CONCLUIMOS que: I)= Seguridad jurídica significa la certeza por parte del sujeto de las normas vigentes, el conocimiento de las mismas y las consecuencias que de ellas derivasen el caso de cumplimiento o incumplimiento de las mismas y en éste último caso en que forma y con que rapidez sobrevendrá la intervención de los poderes públicos para restablecer el quebrantamiento de la ley o las convenciones. Así como también significa la certeza por parte del titular de un derecho adquirido de que no será turbado en el ejercicio del mismo y que el negocio jurídico realizado es oponible erga omnes.

II)= El control de legalidad que realiza el registrador, todas las exigencias, controles y seguridades que el ordenamiento jurídico pueda establecer para la redacción, confección y expedición de copias de escrituras públicas, pueden verse vulneradas si el “soporte papel” en el cual se expiden las copias de las escrituras públicas, no tuviera alguna cualidad que, en principio, dificulte su adulteración y/o falsificación. No es posible pensar en seguridad jurídica si existe inseguridad documental.

III)= La implementación de los registros constitutivos y la ampliación de facultades a los Registradores como meros inscriptores de actos jurídicos, formalizados ante ellos mismos, atenta contra la seguridad jurídica que la sociedad demanda del Estado en las transacciones inmobiliarias. Es éste quien debe ver, hoy mas que nunca, que la seguridad jurídica REAL que brinda el notariado a través de la “primera audiencia”, asesoramiento e interpretación y adecuación a la ley de la voluntad de la partes, será FICTA cuando delegue dichas tareas en los Registradores, siendo los contratantes meros firmantes de formularios pre – impresos, del cual pocos tengan conciencia de todas las consecuencias que ello les genera.

El mejor notariado no nos garantiza, quizás, un buen resultado pero la falta del notario en la conformación y redacción del negocio nos garantiza el fracaso de cualquier sistema jurídico de corte romanista.

IV)= Las nuevas herramientas tecnológicas no relevan al notario de la función notarial que actualmente desempeña en la modalidad tradicional sino que constituyen una nueva forma de contratación, que no vienen a perjudicar la función notarial, sino por el contrario a revalorizar la misma, dando no sólo mas énfasis e importancia a la presencia del notario en todo este procedimiento, sino además revitalizando su función de intérprete imparcial de la voluntad de las partes, guía, custodio y garante de la ausencia de vicios en la prestación del consentimiento.

Not. Walter César Schmidt

Delegación Junín – Provincia de Buenos Aires

República Argentina

BIBLIOGRAFIA

ANDORNO, Luis O. y MARCOLIN de ANDORNO, Marta, Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada y Anotada 2º corregida, actualizada y ampliada. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, febrero 1999,

ARMELLA, Cristina y otros “ Medios de prueba documental Valoración “ R.N. nro. 856 Año 1981.

CODIGO CIVIL ARGENTINO

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: “La fe pública y la seguridad jurídica en manos del mercado” Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

COMISION DE INFORMATICA Y SEGURIDAD JURIDICA de la U.I.N.L. *El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas*, Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Informática y Seguridad Jurídica.- R.I.N. N° 97.

CONCLUSION del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1948.

CONCLUSION de las XXXVI Jornadas Notariales Bonaerenses celebradas en Necochea en 2009.

IV Jornadas Notariales de Entre Ríos, celebradas en la ciudad de Paraná en 1976

DECLARACION de La Antigua, del 21 de febrero de 2003, suscripta por Brasil, Colombia, Cuba, Chile, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y OEA.

GARCIA CONI, Raúl R., “Derecho Registral Aplicado”, Ediciones Librería Jurídica, La Plata 1972.

GIMENEZ ARNAU, “Introducción al Derecho Notarial”, Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1994.

INFORMES Doing Bussinnes 2004 a 2007.

Informe presentado en la 2º Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos, celebrada en Cartagena de Indias, Colombia 2009.

MORELLO, Augusto Mario “ La seguridad jurídica nuevas reflexiones”. Revista Notarial 918.

RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel “La fe pública como valor constitucional” trabajo presentado en las Jornadas sobre Fe Pública organizadas por el Ministerio de Justicia de España y el Consejo General del Notario Español en España.

RUEDA PEREZ, Manuel Angel “La función Notarial en la economía de mercado”. Trabajo presentado en las VIII Jornadas Notarial Iberoamericana, celebrada en la ciudad de Veracruz, México en 1998.

SCHMIDT, Walter C. y SANCHEZ, Fernando G “Nuevas incumbencias: intervención notarial en procesos no contenciosos” Trabajo presentado en el Tema V de las XXXI Jornada Notarial Bonaerenses de Tandil 1997.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan ”La función Notarial de tipo latino” Conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Brasilia el 08 de abril de 1978 durante el V Congreso Notarial Brasileño

VILLARO, Felipe Pedro, “Elementos de Derecho Registral Inmobiliario”, Ed. Colegio de Gestores de la Provincia de Buenos Aires, 2º edición actualizada.

PAGINAS WEB CONSULTADAS

www.rae.es

www.colescba.org.ar/organismos/mediacion/institucional.html

<https://sistemas.dnrpa.gov.ar>

www.colegiodecaligrafos.org.ar