



Consejo Federal del Notariado Argentino

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

TEMA II:

“LA SEGURIDAD JURIDICA DEL MERCADO INMOBILIARIO: LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS DE REGULACION”

COORDINADOR INTERNACIONAL:

Not. FERNANDO TRUEBA BUENFIL

COORDINADORA NACIONAL:

Not. EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS

Autores y colaboradores:

SUSANA M. BONANNO
JORGE R. CAUSSE
EDUARDO GABRIEL CLUSELLAS
FATIMA L. COSSO
AGUEDA L. CRESPO
GRACIELA CURUCHELAR
JUAN CARLOS DALLAGLIO
ANA LIA DIAZ PRANDI
ZULMA A. DODDA
CARMEN SILVIA MAGRI
MARIA LAURA REY
CARLOS AGUSTIN SAENZ
GASTON AUGUSTO ZAVALA

INTRODUCCION

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, destacando *“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 esta 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

En este sentido, resulta fundamental la intervención notarial para proteger e impulsar los planes de escrituración de viviendas sociales, la titulación de quienes solo poseen posesiones prolongadas, y 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.

Este trabajo lo hemos desarrollado, 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, rescatando 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 seguro y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial. Esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa del notario aportando el asesoramiento necesario y ajustando 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. Eslabones que 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, desarrollando una multifacética función como agente de información de los organismos impositivos y retención de los diversos tributos y de 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 trascendencia del documento notarial en las transacciones inmobiliarias, su fuerza probatoria, y la presunción de veracidad, y 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, adecuando las normas al avance de conceptos jurídicos modernos. En este sentido el proyecto recoge las nuevas modalidades de la propiedad de los conjuntos inmobiliarios, legislando sobre la instrumentación de clubes de campo, barrios cerrados, countries, cementerios privados, tiempo compartido, centros comerciales y parques industriales, incorporándolos 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 dotando al sistema de un régimen donde los tiempos negociales que requiere 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 y de las oscilaciones y 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; remarcando el rol del



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 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 cuam 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 la constituyen las normas jurídicas⁴. Esa 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

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, año 1982, pág. 75. La Plata (Bs. As.).

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.

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. Publ. “Escritos Jurídicos”, T. II, pág. 165. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.



Consejo Federal del Notariado Argentino

procurar que éstos 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 puede desarrollarse saludablemente una vida negocial próspera. La vida negocial sana requiere ajustarse a derecho y 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 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 autenticadora.⁷

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.

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 que se presenta en el último inciso, alude 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*.

I.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 él 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 surgiere algún conflicto o cuestiones controvertidas que alteraren sustancialmente el marco fáctico originario, debiendo entonces desistir de la prosecución de su actuación para dar inicio a la intervención del órgano judicial.

⁶ Vallet de Goytisolo, Juan B. Ob. cit., "La función...", 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 (aún cuando sea un notario) no asume esa responsabilidad, ni la de la autoría del instrumento.

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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 judicatura 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 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, trasladándolas al papel que las encierra, poniendo 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 se puedan presentar¹⁰.

El documento notarial goza de mayor jerarquía, diferenciándose, 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 se la otorga 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 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 documento, las que configuran las bases del acto. Allí el notario indaga e interpreta la voluntad de las partes, calificándola dentro del marco legal adecuado, analiza la capacidad necesaria o suficiente para el otorgamiento del negocio pretendido¹², adecuándolo 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.

⁹ Recuérdese el adagio español atribuido a Joaquín Costa Martínez: “a notaria abierta, juzgado cerrado”.

¹⁰ Highton, Elena I. “El escribano como tercero neutral”, Revista del Notariado 850. Bs. As. 1997, pág. 95.

¹¹ 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. Conf. Rodríguez Adrados, Antonio: “El documento notarial y la seguridad jurídica”, pág. 111. “Escritos Jurídicos”. Vol. III. Edit. Colegios Notariales de España. 1996.

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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

- 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.

- Que el ejercicio esté adecuadamente delimitado por una legislación y reglamentación apropiada, que fije responsabilidades y estructure los órganos competentes 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 *ius 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.

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 vincula 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, lo que pone de manifiesto la indisoluble unidad que tienen las relaciones jurídicas patrimoniales.¹⁵

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 predicciones exhaustivas de una determinada disciplina o ciencia.

Observamos por ejemplo cómo usualmente el acceso al dominio de un bien inmueble se encuentra limitado a un sector de la población poseedor de un determinado poder adquisitivo; existiendo una franja importante y mayoritaria de la sociedad, que para acceder no sólo al dominio de una finca sino

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, pág. 132. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

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, pág. 163. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

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



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 aristas.¹⁶

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 producen 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 parípete 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 celebrados 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 forma instrumental.¹⁸

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, dándole 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 si 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. 2 y 3 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,

¹⁶ Recuérdese que al derecho registral, originariamente se lo denominó derecho hipotecario -y así continua llamándose en distintos países- porque tenía por objeto el registro de las hipotecas, cuyo clandestinismo afectaba el crédito proveniente de terceros. Conf. Fontbona, Francisco, I.J. - García Coni, Raúl R. "La seguridad del Mercado de hipotecas frente a los sistemas registrales de América Latina. ¿Dinero contra inscripción o dinero contra negocio?". Revista del Notariado 718, 01/01/1971, pág. 1425.

¹⁷ El documento privado, por regla general es extraño al control profesional. El manto protector -o salvador- que pretendió asignarse 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 meramente su anhelo se reducía a un resarcimiento económico. Cómo 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 pesames más formales". El seguro de títulos, sólo intentó reemplazar la seguridad jurídica por una seguridad de tipo económico.

¹⁸ En nuestro derecho positivo, la escritura tiene que escribirse en los libros de protocolo como requisito de validez (arts. 979 inc. 1º, 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

aclarándose que las adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas¹⁹.

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, asignándole 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 el 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 Camelutti, 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 Camelutti, el notario es el guardián, y si es guardián del derecho, es máximo guardián de la seguridad jurídica, en lo que coadyuva, colabora, el registrador.²¹

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 hubiere 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, aún 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 pudiere 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 registral.²²

¹⁹ En nuestro país, mientras no hubo necesidad de inscribir los títulos de dominio en el Registro de la Propiedad, porque no 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). Conf. Falbo, Miguel Norberto, ob. cit.

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.

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. Opus. cit.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 intervención activa de un notario aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad negocial a la instrumentación del documento idóneo y certero que garantice la adquisición dominial, la documentación de las obligaciones y 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 brindado por el profesional del derecho, cumpliendo 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.

²³ Fontbona, Francisco I. J. – García Coni, Raúl R. Opus. cit.



Consejo Federal del Notariado Argentino

Capítulo II

El notario

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

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

"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", y que se guardará y 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.

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, son taxativas y no establecen 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 aún 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

²⁴ Ponencia Argentina, XXVI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Marrakech, Marruecos, en octubre de 2010.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 donde interviene el notario se reduce la posibilidad de conflicto, y acude en forma creciente a las notarías buscando 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 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.
- 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.

²⁵ Highton, Elena I. "El Escribano como tercero neutral". En Revista del Notariado 896, año CXII. Abril /junio 2009. Pág. 89).

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



Consejo Federal del Notariado Argentino

- 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 jurídicos, sino también sociales y 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 y el de 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 artículo 8 se refiere al ordenamiento ambiental del territorio, que tiene como fin organizar el uso del territorio 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; la que 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 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**, el que se constituye a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura,

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



Consejo Federal del Notariado Argentino

de conformidad al régimen previsto en la Ley 25.080, de inversiones para bosques cultivados, y a 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, pudiendo gravarlo con derecho real de garantía. 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, debe realizarse por intermedio del profesional habilitado al efecto (agrimensor) la constitución del estado parcelario, cuya registración se hace vía web. Una vez registrada la cédula catastral, el escribano solicita el certificado catastral por la misma vía.

Con el objetivo de preservar el recurso y controlar su uso, se sanciona en nuestro país, en el año 2002, 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 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 artículo 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 artículo 15 impone la obligación a los escribanos de solicitar la certificación de que no se adeuda suma alguna en concepto del uso del agua. En igual sentido lo establece el artículo 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, estableciendo "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 va a realizar, debe realizarse por acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Y 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 12º 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. Y en su artículo 15 establece 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, brindando 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 correspondiere en cada caso. La Ley General de Ambiente de la Republica Argentina (Ley 25.675, del año 2002), en sus artículos 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 consagra expresamente la protección del medio ambiente, en los artículos 41 y 43. Además se suscribieron diversos tratados internacionales en materia ambiental, pero en ellos no se hace 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); convirtiéndose 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 encuentra en condiciones de formalizar la presentación del trámite ante el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 tiene como objetivo primordial 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, transformando muchas de sus instituciones y dando 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 pueden permanecer al margen de este fenómeno mundial y se ven 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 "globalización de las formas de contratación", provocaron cierto desorden contractual. A fines del siglo XX y 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 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. Ante este panorama 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 si además estamos convencidos de que nuestro sistema de notariado latino garantiza la justa aplicación de las leyes, entonces, en nuestro trabajo cotidiano debemos 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 negociales de empresas o corporaciones y adaptarlos a las legislaciones de sus países de origen.



Consejo Federal del Notariado Argentino

Seguridad en el tráfico significa certeza en la interrelación e integración de los derechos y los deberes de todas las partes. La función notarial no es incompatible con la economía de mercado, como opinan los que provienen o enaltecen el sistema anglosajón, 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, es que 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 mas viable para el negocio jurídico que desean celebrar, b) mayor claridad en cuanto al contenido o 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/o 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-, lográndose en consecuencia, una prueba de pleno valor y fuerza ejecutiva y e) publicidad, cuando el documento es registrable.

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

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

En 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 acreditare la representación legal de una persona jurídica), fuese insuficiente (no se le entregue 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 estuviere 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 de 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, garantizando 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

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 impuesta por la ley- el documento; lo que lo hace cierto, auténtico y veraz.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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, permitiendo 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, logrando 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.

El notario deberá conciliar en el documento 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 artículo décimo²⁹. 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"³². Estos requieren un mayor análisis por parte de los operadores del derecho, por cuanto y según comenta el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, citando 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 lo constituye la intervención, en la redacción de acuerdos preliminares, así la oferta de compra, la reserva, el boleto de compraventa, que en algunos supuestos deben ajustarse a situaciones

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. 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.

³² *Tratado de los Contratos*. Parte General. Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 que el precio 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

El notario dentro de las múltiples actividades que realiza, 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 quien debería intervenir en el ámbito de la competencia alitigiosa, es decir en todos aquellos casos en que los otorgantes fueren capaces y estuvieren de acuerdo, por ejemplo en las sucesiones intestadas, descomprimiendo así la sede judicial y confiriendo seguridad a la población, o participando en las declaraciones de matrimonio, con las ventajas ya consabidas, aliviando 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 a completar, informes que solicitar, que obligan al notario que brinda un servicio público personal, a trabajar integrado con 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 pagara en tiempo y forma será pasible de sanción penal y administrativa.

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 haberse relevado el 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 maneje 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, conjuntamente con una *Minuta de inscripción*: autorizada la escritura su primera copia ingresará dentro de los 45 días posteriores a la fecha de escritura, juntamente 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 tiene trascendencia para el país porque condiciona el bienestar de la sociedad y colabora con el desarrollo general, siendo la base del patrimonio familiar.

La promoción de inversiones contribuye con el Producto Bruto Interno, aportando 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 y 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, que 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, con una mirada integradora con las 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 y 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 derivados 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 derivados 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



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 inmediatez de la audiencia notarial".³³ "... 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...".³⁴

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables en 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, inspirados en los valores democráticos de la participación y sustentados en los principios de elegir con libertad el acuerdo posible para cada uno.

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 y gestión y resolución pacífica de conflictos. Aún 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, construyendo 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, aliviando la tensión propia que trae aparejada 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 fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

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.

33 Ormaechea, Carolina. "La intervención del notario en los conflictos"; Revista Notarial 945, Buenos Aires, 2003, citada en La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela, "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

34 Gattari, Carlos N. *Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1998, citado en La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela, "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".



Consejo Federal del Notariado Argentino

Capítulo III El Documento Notarial

III.1. Su 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, cumpliendo 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, siendo 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 compleja 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 éste 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 que 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, el documento notarial 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



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 Sarsfield, no conceptualizó al instrumento público, sólo se limitó a hacer³⁵ 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 aquel instrumento 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 ser que la exigencia de la ley respecto a determinados actos, sea aún más estricta, no siendo suficiente la celebración por medio de cualquier clase de instrumento público, sino que se requerirá una especie determinada. Así el art. 1184 del aludido cuerpo normativo, enumera qué actos jurídicos deben celebrarse por escritura pública.³⁶

También siguiendo a Llambías, 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, no pudiendo ser reemplazada por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos; b) la ausencia de una forma especial, pudiendo las partes redactarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes, y c) el número de ejemplares, debiendo ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto.

Principales distinciones entre ambas clases de instrumentos:

- 1) El instrumento público es aquel que se otorga ante un funcionario público; mientras que el instrumento privado se otorga únicamente entre las partes.
- 2) El instrumento público es siempre solemne; mientras que el instrumento privado a más de ser escrito y requerir la firma de las partes intervinientes, no tiene mayores solemnidades.
- 3) 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 que haga indubitable que el documento fue suscripto en determinada fecha y no en otra.
- 4) El instrumento público conlleva autenticidad, porque tiene un autor cierto, el funcionario público facultado por la ley y revestido de fe pública; mientras que el instrumento privado carece de autenticidad, por no existir certeza acerca de la persona del autor.

³⁵ 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;...

³⁶ 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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. Existen dentro de la escritura pública 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, comprometiendo 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 es 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, brindando 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 respetan 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, pudiendo 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, que organizan los archivos de protocolos, resguardando las matrices con un alto grado de eficacia, altamente superior a los resultados obtenidos por otros archivos de documentos públicos, los que 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 aún después de muchos años, permite la realización de estudios de títulos y un verdadero análisis de los antecedentes del dominio, contribuyendo 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 artículo 988 del Código Civil argentino. Cuando hablamos de validez de los instrumentos públicos debemos diferenciar la validez de éste 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 artículo 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 éstas no supieren o no pudieren hacerlo.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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, variando el ámbito de la competencia territorial del notario según la jurisdicción 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, pudiendo aplicarse la conversión formal del artículo 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 artículos 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 artículo 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 le haya encomendado en exclusiva a otro oficial público. Es decir que 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, dejando a salvo cuando éstos lo hicieran en representación de una sociedad anónima en carácter de gerentes o directores de las mismas. En este sentido el artículo 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 manifiesta, dependiendo 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 artículo 1004 del Código Civil establece otros requisitos de validez de la escritura pública, exigiendo que la misma contenga la designación de la fecha y el lugar en el que fueron hechas, asegurando 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 artículo 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, no permitiendo que un acto jurídico hecho con posterioridad pueda aparecer como si fuera primero en el tiempo que otro que le antecedió.

El citado artículo 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 artículo 309 del proyecto de 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 expresado 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"³⁷. En consecuencia la prueba adquiere categoría judicial cuando es considerada dentro de un proceso, sea éste civil, penal u otro.

³⁷ 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 que es la que nos interesa tratar ahora; y 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 artículos 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 éstos 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 artículo del Código Civil".³⁸

III.5. Su libre circulación

El proceso de globalización en el que estamos inmersos, conlleva necesariamente la circulación internacional de instrumentos públicos; tráfico que 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 legalizado³⁹ 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 éste 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".⁴⁰

A partir del año 1961, la Convención Internacional de la Haya brindó a los países signatarios, adherentes y vinculados a ella⁴¹, un auxilio jurídico, al sustituir o reemplazar entre éstos el trámite de legalización consular de los instrumentos públicos por la *apostille*⁴², "sello o certificación uniforme estampado por la autoridad competente del Estado originante del documento, sin que sea menester otras diligencias".

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ La República Argentina, es un país adherente a la Convención de la Haya, desde 1987, por Ley 23.458.

⁴² 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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. 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 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 éstos 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 a la creación de bases de datos electrónicas, que nos permiten mejorar aspectos tales como auditoría, 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, donde 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, puede 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.

Llevando 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 es cuatro, y si da tres, es inválido; aquellos dispositivos que se basan en las huellas dactilares, también generan un algoritmo matemático que genera el mismo control; aun aquellos que son más avanzados y que toman en cuenta las pulsaciones cardíacas al momento de la firma o la presión arterial, tampoco implica que tengan la certeza de que el consentimiento esté viciado al momento de la firma.

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



Consejo Federal del Notariado Argentino

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"⁴³.

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"⁴⁴.

Y además 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 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 certificadoras se ocupan, en principio, y según lo expresado por 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 prestador 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 básicamente"⁴⁵.

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 este 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, lo aporta la función del notario.

⁴³ "El Notario y su función", Conferencia de notariados de la Unión Europea, Madrid, 23 de marzo de 1990.

⁴⁴ "El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas", Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Informática y Seguridad Jurídica.

⁴⁵ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica UINL.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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; y claro está que el futuro se construye sobre los parámetros y las bases que determinamos en el presente.

Estos planteos, nos deben llevar 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 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 informe⁴⁶”, 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 notarial⁴⁷”.*

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 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 fin⁴⁸”.*

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 artículo 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 privada⁴⁹. El notario en la esfera de los actos y negocios jurídicos que autoriza y el registrador en el

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

⁴⁷ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. Guanajuato, México, septiembre 2010.

⁴⁸ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. La Habana, Cuba, marzo 2011.

⁴⁹ 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

ejercicio de sus funciones de calificación e inscripción de documentos (sean notariales o de otra índole), que acceden al registro⁵⁰.

En el sistema notarial de tipo latino, las instituciones notarial y 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.

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".⁵¹

Para lograr una óptima seguridad jurídica privada, es necesario que las escrituras públicas accedan a los registros públicos⁵², obteniendo 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".

En un sistema registral como el nuestro (declarativo), que requiere para su registro documentos auténticos, 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 surjan 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).

⁵⁰ Nuestro sistema registral inmobiliario es declarativo, no constitutivo; y lo que se inscriben son títulos, documentos o instrumentos, no derechos. Los derechos reales sobre inmuebles, nacen, se modifican, transfieren y extinguen extraregistradamente, 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.

⁵¹ 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.

⁵² 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

Capítulo IV Derecho de Propiedad ⁵³

IV.1. Concepto y características del derecho de propiedad desde la visión constitucional ⁵⁴

La Corte Suprema de Justicia acuñó un concepto de propiedad abarcando 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 patrimonio.⁵⁵

De manera que 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 que 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.

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 expropiación⁵⁶ 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, habiéndose obtenido 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 todas las acciones necesarias 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 así porque silenciosamente le aportó al creador elementos que le permitieron elaborarla.

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 requisita, herramientas que el art. 17 se ocupa de desterrar, por ser tópicos ajenos a los temas que nos ocupan.

⁵³ 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, Prov. Bs.As., 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.

⁵⁴ *Tratado de Derecho Constitucional y su Addenda*. Ekmekdjian, Miguel Ángel. Tomo II (arts. 14 bis a 27). Edit. Depalma. Bs. As. 1994.

⁵⁵ 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: *Derecho Civil. Derechos reales*, Tomo I. Papaño, Ricardo J., Kiper, Claudio M., Dillon, Gregorio A., Causse, Jorge R. Astrea, 2012.

⁵⁶ Ley de facto 21.499/77.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 Méjico 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 norma 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 incorpora el art. 14 bis. Si bien en este artículo no se fijan 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 mantiene la protección de la propiedad de sus artículos 14 y 17, introduce con jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales que conciernen a los derechos humanos y potencia el reconocimiento de sus tierras a los pueblos originarios (v. art. 75 incisos 17 y 22). Esta reforma genera un doble centro de imputación normativa admitiendo, por un lado, la existencia de derechos en los que el interés que se protege está vinculado con las necesidades comunitarias y, por otro, que no haya un titular predeterminado de estos derechos. De alguna manera, con esta reforma el perjuicio se diluye por las dificultades que trae aparejado determinarlo en supuestos tales como: la tala indiscriminada; el apriamiento 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 la puede invocar 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 por entender que invadía lo que establece el art. 505 del Código Civil sobre los efectos de las obligaciones respecto del acreedor, habida cuenta que la regulación de las relaciones entre acreedor y deudor es 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 se podría generar por la sanción de estas normativas será zanjada teniendo en cuenta los fines y 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 artículo 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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

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

1. Las tierras sin dueño que se encuentren en la República (tierras fiscales).
2. Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles (...).
3. Los bienes vacantes (inmuebles sin dueño) o mostrencos (cosas muebles sin dueño).
4. Las construcciones efectuadas por el Estado, y los bienes adquiridos por éste.
5. 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 forma 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 a 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 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

- 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 creando 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 a la fecha de reglamentación.

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 quiere debelo hacer de manera que no haga daño ni atropello a otro". A lo que se debe agregar 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 reconocerle al Estado un extraordinario poder de



Consejo Federal del Notariado Argentino

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. La única restricción al dominio de carácter convencional la encontramos 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) contemplándose 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, señalando 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 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)⁵⁷; 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 Código Civil)⁵⁸; 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. 6º y 3766, Código Civil).
- 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. 4º y 6º 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), remitiendo al Libro Quinto en lo relativo a la adquisición por causa de muerte.

No modificó el carácter declarativo de la publicidad registral, manteniendo 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

⁵⁷ Lafaille, Héctor. *Tratado de los derechos reales*. Vol. I, N° 568 y 599.

⁵⁸ Alterini, Jorge H. en Llambías – Alterini, *Código Civil anotado*, T. IV. A. Pág. 321.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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, contándose 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 expresáramos.

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, confiriéndoles 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 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 mayor la de los primeros.

IV.7.B. El Proyecto de Código Civil y Comercial bajo el título común de conjuntos inmobiliarios incluye a éstos 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 respondiendo 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)



Consejo Federal del Notariado Argentino

la que puede tener como fuente al contrato, al cuasi contrato, al delito, al cuasi delito 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 que se inicia con la demanda por cumplimiento hasta concluir en la subasta del inmueble, y la 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 recuperados 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 pretendan 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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, aún adquirida de 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 tiene su centro en los acreedores y cómo protegerlos, asegurando que contraten con el dueño. Para ello se establece que "Los actos traslativos de bienes y derechos susceptibles de hipotecas, deben ser transcritos en los registros de hipotecas". Hasta entonces no pueden 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 organizan los registros y para ser oponible a terceros es necesaria la *transcripción* en los mismos, y en el año 1955 la legislación exige que todo documento que deba 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 nace 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 resuelve 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 cancelando el anterior, o se utiliza el mismo certificado con nota de la transmisión. Este sistema está acompañado generalmente del seguro de títulos.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 son el Decreto Ley 17.801/68, y el artículo 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 artículos 2 y 20 de la Ley Registral y 2505 del CC, y el segundo del artículo 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 Argentina, a diferencia del derecho español, la inscripción registral no implica que quien figura como titular del derecho sea poseedor.

La jurisprudencia reiteradamente sostuvo que el adquirente por boleto de compraventa con posesión se opone 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 artículo 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.

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 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 artículo 2505 del Código Civil, y el artículo 2 de la Ley 17.801, tiene por objeto la **publicidad y la oponibilidad a terceros**, que tendrán que ser de buena fe.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 artículo 23 exige que el funcionario público que intervenga en la transmisión, modificación o constitución de derechos reales debe 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 artículo 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. 6 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 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 artículo 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, deben estar claramente especificados.

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

Si el inmueble se modificara 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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

El artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 17 de la Ley Registral consagra el principio de prioridad que está regulado además en los artículos 5, 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. 5) y terminando con el plazo de inscripción provisional en caso de observaciones y sus prórrogas (art. 9).

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 hubiere 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, estableciendo otro orden de prelación para sus derechos.

V.3. Documentos inscribibles

La Ley 17.801, en su artículo 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 las genera 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).



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 podrán obtenerla los terceros de los documentos públicos que se consignan en el cierre registral de los asientos.

La publicidad cartular complementa la publicidad registral y posesoria.

Requisitos de los documentos con vocación registral

El artículo 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; C) revestir el carácter de auténtico y hacer fe por sí mismo, sirviendo de título al dominio, derecho real o 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 dura 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, existen 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 dudas la buena fe del adquirente del derecho real que encuentra publicitado 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 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 notarial.⁵⁹ 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.

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 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 inhabilitaciones 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 inhabilitaciones, 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, que 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 idea del SINAREPI es que en algún

⁵⁹ Más información en <http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/legislacion/notarial/ley25506.pdf> y www.jgm.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=261.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 descritos 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 - AFIP⁶⁰) 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, siendo todas sus presentaciones 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 esta línea, el fisco de la Provincia de Buenos Aires (Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires - ARBA⁶¹) 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 además 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 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 demanda⁶².

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.

⁶⁰ www.afip.gov.ar

⁶¹ www.arba.gov.ar

⁶² http://www.mosp.gba.gov.ar/web_geodesia/cons_movimientos.php?inicio=ok



Consejo Federal del Notariado Argentino

Capítulo VI El mercado inmobiliario

Su importancia para el notariado y para el país. Aspectos positivos y negativos para el país. 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, rescatando 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. 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 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.

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 que es 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 y la libertad dispositiva de su titular, y el título antecedente a la vista. Esto sumado al sistema de reserva de prioridad y retroprioridad que prevén las leyes, aporta certeza y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias, imposibilitando la traba en el iter inscriptorio de medidas que entren en conflicto con el negocio concluido, y simultáneamente otorgan una adecuada publicidad a terceros.

El mercado inmobiliario es una de las actividades más sensibles de la economía y con 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 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, gozando de sus beneficios los ocupantes de escasos recursos que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años, y 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 y dotó de certeza jurídica 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, como "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, que concentró en el notariado la recepción de las solicitudes de acogimiento, los trámites, 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, hizo que más de 200.000 inmuebles se encuentren actualmente en trámite de regularización. Esta mecánica prueba la posibilidad



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 tal la 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, es fundamental la intervención del Estado, configurando 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 Vivienda⁶³ con el objetivo de brindar la asistencia técnica especializada, 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 en dichas instrumentaciones, percibiendo por dicha función un honorario mínimo de aproximadamente el equivalente a U\$S 60 por cada escritura de compraventa, con el compromiso de todos 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 a 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 de 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, encontrando mecanismos de resolución del flujo de fondos, prescindiendo 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 lo podrá transmitir 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

⁶³ "Convenio Marco para el Saneamiento de Títulos y Escrituración de Inmuebles Financiados por el Fondo Nacional de la Vivienda", 8 de agosto de 2003.



Consejo Federal del Notariado Argentino

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 cambió 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 obligó a las partes a formular instrumentos jurídicos acordes al negocio instrumentado, con distintos niveles de complejidad. Aquí el rol del notario se tornó en trascendental, no sólo para brindar un adecuado asesoramiento a los particulares, sino para instrumentar negocios contemplando la protección de intereses tan variados como complementarios.

Vemos entonces que ante problemáticas tan complejas, y en muchos casos tan presumiblemente negativas, el mercado, la ley y el rol del notariado las pudo reconvertir en ciclos positivos.

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 grandes 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, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia y la seguridad jurídica, efectuarán al mercado inmobiliario un importante 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 requiere.

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, representando solo 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 vendrán 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, rescatando 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.

¿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 algunos 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 anti lavado de dinero fijadas por el GAFI. Si bien estas normas de alguna forma lentifican el



Consejo Federal del Notariado Argentino

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, no pudiendo 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 estableciendo la superficie máxima para un mismo titular a 1000 hectáreas. El efecto de esta Ley, sumado a las dificultades para transferir remesas de dinero, ha 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 a la actividad, y agiliza 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, asumiendo una participación activa en el control del lavado de dinero, a mejorar la recaudación impositiva, interviniendo activamente en procesos de titulación masiva, desempeñándonos como eficientes agentes de información y recaudación.

Ingresando 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 al dólar estadounidense.

En el último año, se establecieron al principio controles, y luego prohibiciones para adquirir dicha moneda, salvo que el destino que se le dé a los dólares sea el de turismo o importación, y aun en esos casos con 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 encuentran con facilidad refugios para el dinero obtenido que al menos acompañe el proceso inflacionario, puesto que las tasas por plazos fijos que ofrecen los bancos no alcanzan 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, sumado a la incertidumbre económica e inmobiliaria de los grandes mercados internacionales, produjo 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%⁶⁴.

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, permitiendo pactar los montos de las operaciones, su 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 se debe basar sólo en normas que protejan adecuadamente la vivienda y los derechos reales, sino también en aquellas que protejan 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 y 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, y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial, a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa legal, alentando la comunicación directa de los involucrados y desarrollando las habilidades de las personas

⁶⁴ 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.



Consejo Federal del Notariado Argentino

para buscar sus propias respuestas, promoviendo la autonomía de la voluntad y la autogestión, generando 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.