

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nos comprenden las generales de la ley, si volcamos nuestra opinión sobre la necesidad de que la intermediación inmobiliaria quede en manos exclusivas de profesionales del derecho.

Las condiciones respecto del tráfico inmobiliario y el número de profesionales del derecho en nuestro país han variado sensiblemente desde que se redactaron las regulaciones de nuestros códigos Civil y de Comercio.

Pero la responsabilidad que todo régimen de libertad, como el que la República Argentina ha adoptado para su gobierno, importa exige que el régimen de inscripción en una matrícula y su necesaria examinación y juramento no se limiten a un acto formal, sino a una toma de conciencia que no sepulte las buenas intenciones bajo un oscuro servilismo a formularios preimpresos.

Citaremos, pues, nuevamente las sabias previsiones de nuestro Codificador: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos" (Cód. Civil, art. 902).

II REGISTRO DE LA PROPIEDAD. Calificación registral. Examen de legalidad intrínseca. Simulación

DOCTRINA: 1) El examen de legalidad de los documentos administrativos y notariales no se agota en el análisis de las formas extrínsecas. El registrador debe calificar también el cumplimiento del tracto sucesivo, la legitimación para disponer o adquirir, y todo otro defecto o vicio que surja de forma ostensible del documento o de su cotejo con los asientos registrales.

2) La calificación registral no puede avanzar en su análisis hasta la investigación de posibles vicios no manifiestos en el documento.

3) Cualquier nulidad manifiesta del documento - sea que afecte a las formas extrínsecas o al contenido del acto instrumentado - tendrá que ser observada por el registrador.

4) El art. 9° inc. a) ley 17801 prevé el caso de la nulidad absoluta y manifiesta; se trata de defectos que son insubsanables, pues la nulidad absoluta violenta el orden público, la moral, las buenas costumbres, todo lo cual impide que el instrumento pueda rectificarse. Por ello, en estos supuestos, el registrador debe rechazar el documento. C.G.B.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 3ª.

Autos: "Lucena Cabello, Jorge R. c/Dir. de Registros Públicos y Archivo Judicial de la Prov. de Mendoza". (*) (479)

Mendoza, agosto 9 de 1991.

Considerando: 1. Que la mejor comprensión de las cuestiones sometidas a decisión requieren una breve síntesis de lo acontecido por ante la Dirección

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de Registros Públicos y Archivo Judicial de la provincia.

a) El 2/11/90 el escribano recurrente autorizó una escritura pública que instrumentó un acto jurídico celebrado entre la Sra. Elvira Josefina Figueroa Vda. de Cuello y la Sra. Mercedes Amelia Cuello de Romero, al que se tituló distracto de donación. En esta escritura se relata que en 1988 la Sra. Figueroa de Cuello hizo donación a su única hija, Mercedes Cuello, de un inmueble; que esa transmisión tuvo por causa que a nombre de la donante no quedara registrado ningún bien pues por entonces había iniciado un juicio y como los abogados no le garantizaban su resultado y podía ser condenada al pago de las costas, transfirió a nombre de su hija por si fracasaba la demanda; que donante y donataria se pusieron de acuerdo en que si la demanda prosperaba distractarían la donación, y el dominio del inmueble retornaría a la donante, extremos que se han cumplido y por eso, mediante esa escritura cumplían con aquel acuerdo, dejando la donación sin efecto ni valor alguno.

b) La Dirección del Registro Inmobiliario rechazó la inscripción solicitada mediante un decreto que dice: Señor Escribano: devuelvo a Ud. la presente escritura sin proceder a la inscripción en mérito a lo dispuesto por los arts. 953, Cód. Civil, 9° inc. a), ley 17801 y conchs. del Código Civil.

c) El escribano interviniente interpuso recurso de reposición, que la Dirección rechazó con estos argumentos.

-1. - La cuestión debe decidirse por aplicación de la legislación nacional, con independencia de lo dispuesto por la ley provincial que regula la actividad administrativa del Estado.

- 2. - En el caso, donación y distracto constituyen una misma convención, un mismo negocio jurídico, no pudiendo considerárselos actos independientes. Mal puede decirse que la ilicitud alcanza a la donación y no al distracto, pues este último es la culminación del ilícito concertado con el primero. La causa simulandi ilícita de la donación aparece manifiesta en el distracto. Esta ilicitud es manifiesta aun cuando efectivamente no se hubiese producido un perjuicio real, pues lo que interesa es la causa en sí misma y no su efecto.

En el caso, no ha habido arrepentimiento de los simuladores, sino efectivización de los fines ilícitos buscados.

- 3. - Es imprescindible distinguir la nulidad sustancial, de la instrumental. La nulidad instrumental sólo acarrea la del acto cuando la forma es requisito de validez del acto.

En el caso, no se ataca la validez instrumental sino la sustancial. El acto es nulo pues su objeto vulnera la moral y las buenas costumbres (art. 953) al ser el contenido de la voluntad una causa ilícita (art. 502). La nulidad del acto siempre acarrea la ineficacia del instrumento.

- 4. - El acto es nulo, de nulidad manifiesta, pues no se necesita de ninguna investigación; la ilicitud de la donación está manifiesta en el acto del distracto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- 5. - Estas nulidades absolutas y manifiestas se encuentran comprendidas en el art. 9º inc. a), ley 17801 y autorizan al registrador a rechazar la inscripción solicitada.
- d) Contra esta resolución recurre por apelación jerárquica el escribano autorizante.

2. - Los argumentos del recurrente

El escribano Lucena funda su recurso en los siguientes argumentos:

a) Razones de tipo formal

El acto administrativo de la directora es inexistente y nulo por vicios leves, graves y groseros, a la luz de los arts. 189, 32, 38, 39, 54, 56, 63 y 72 ley 3909. Adolece de los vicios de desviación de poder por ser un acto de soberbia inusitada. La dirección del Registro no sólo debe respetar la ley nacional sino también la provincial.

La directora era incompetente para juzgar la legalidad intrínseca, pues sólo está autorizada para calificar la legalidad extrínseca del documento.

b) Razones de tipo funcional y de derecho de fondo

El acto de la directora del Registro es nulo por violar los arts. 48, 144 y 145 Const. Prov.; 294, 300 inc. 3, 306 inc. 7 y conchs. Ley Orgánica de Tribunales, de las cuales surge que este funcionario administrativo no puede sentenciar sobre cuestiones de fondo, intrínsecas a los actos jurídicos; tanto es así que el art. 49, ley 17801 establece que la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los efectos de que adoleciera según las leyes.

El registro sólo puede examinar la legalidad de las formas extrínsecas del documento; consecuentemente, no pudo avanzar sobre su validez intrínseca, que sólo puede ser juzgada por los jueces.

Las propias citas doctrinales del acto recurrido prueban que las partes no tienen acción para pretender dejar sin efecto el acto simulado; pero la acción se ejercita ante el órgano jurisdiccional y no el administrativo. La directora ha juzgado hasta sobre el arrepentimiento de las partes, cuestión absolutamente ajena a las formas.

Ninguna vinculación tiene el plenario citado, pues una firma es un recaudo extrínseco; aquí se ha avanzado sobre lo sustancial.

La decisión administrativa lleva a un resultado absurdo: quien quiere devolver una cosa que no le pertenece debe quedarse ilegítimamente con ella; se consolida así el enriquecimiento sin causa.

3. La irrelevancia de la omisión de la legislación provincial en la cuestión a decidir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) El recurrente sostiene que el acto emanado de la directora adolece de vicios que provocan su nulidad de conformidad con las normas provinciales que rigen los actos administrativos. Afirma, al mismo tiempo, que el acto es nulo e inexistente y que los vicios que lo invalidan son leves, graves y groseros.

b) Más allá de la presunta contradicción de sus afirmaciones (el acto es nulo e inexistente; el vicio que lo ataca es grosero, grave y leve), lo cierto es que, sustancialmente, el planteo del recurrente presupone la naturaleza administrativa de la función registral. Esta Sala acepta el punto de partida, que es mayoritario dentro de la doctrina nacional (véase Boulín Zapata, Abel, "El procedimiento registral regulado en la ley 17801", en Curso de Derecho Registral, p. 235; Sing, "La calificación registral", Rev. de Derecho Notarial N° 731, pág. 1908; Dromi, José Roberto, Instituciones de Derecho Administrativo, Bs. As., Astrea, 1973 N° 69, etc.) pero no desconoce que la cuestión no es pacífica en la doctrina. Así, por ej., algunos hipotecaristas españoles han asimilado la función registral a la judicial (véase Gallardo y Rueda, cit. por Roca Sastre, Ramón, Derecho Hipotecario, Barcelona, Bosch, 1968, t. 2, p. 245); la similitud radicaría en que, al igual que la del juez, la del registrador se enmarca en un contexto legal, es inexcusable, independiente y responsable. Otros consideran que se trata de un supuesto de jurisdicción voluntaria (véase por ej., Hedemann, Derechos reales, vol. 2, trad. por Díez Pastor, Madrid, ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 82); no faltan los que la llaman jurisdicción hipotecaria o registral (véase, Chico y Ortiz, "Presente y futuro del principio de calificación registral", en Revista de Derecho Registral, N° 1, 1974, ps. 39 y ss.; Coghlan, Teoría general del derecho inmobiliario registral Bs. As., Abeledo - Perrot, 1984, p. 133), etcétera.

c) Corresponde, en consecuencia, analizar si las causales de nulidad del acto administrativo denunciadas y que se dicen omitidas, difieren de las nulidades del derecho sustancial.

Esta Corte, en sus diversas salas y composiciones, ha explicitado el sistema de las nulidades administrativas. Ha dicho, siguiendo la terminología legal local, que por razón de la gravedad del vicio (leve, grave, grosero), el acto puede ser anulable, nulo o inexistente.

La multiplicidad de vicios y calificativos expuestos por el recurrente (nulo e inexistente; vicios leves, graves y groseros) se funda, en sustancia, en una única razón: la directora no tendría competencia para calificar el contenido intrínseco del documento, pues debiera haberse limitado a controlar las formas extrínsecas del mismo. Todos los demás argumentos vertidos son consecuencia de la posición que el recurrente asume frente al problema, pero no constituyen agravios autónomos.

d) En consecuencia, el nudo gordiano, el tema a decidir, es hasta dónde llega la función calificadora del registrador. Si, como lo sostiene el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

recurrente, sólo puede controlar las formalidades extrínsecas, el acto administrativo atacado es nulo por haber excedido la competencia funcional, por no enmarcar los hechos dentro del derecho vigente, etc. Por el contrario, si la función calificadora se extiende más allá de lo denunciado, el acto es válido.

e) Nadie discute que la función calificadora es limitada pues no abarca todos los aspectos del título inscribible. Pero explicitar hasta dónde se extiende es cuestión que depende del sistema adoptado por el legislador. En algunos ordenamientos, la calificación es mínima (por ej., el francés); en otros, es más amplia (por ej., el español). Pero de qué legislador se está hablando en la Argentina, ¿el nacional o el provincial?

El entrelazamiento de las disposiciones administrativas y civiles nace, en nuestro país, de la propia naturaleza de las normas en juego; bien dice Molinario que el Derecho Registral es heterogéneo, pues contiene normas administrativas procesales, civiles, etcétera.

La ley 17801, respetuosa de las autonomías locales, remite reiteradamente a las legislaciones provinciales. Sin embargo, tratándose de función calificadora, contiene disposiciones expresas, por lo que indubitablemente hay que ceñirse a ellas, salvo que fueran inconstitucionales, vicio que el recurrente no ha osado mencionar.

En otros términos, no se advierte en el caso, ni el recurrente lo denuncia, a qué resultados diferentes lleva aplicar la ley provincial 3909 o la ley 17801.

4. La ley 17801 y la función calificadora

a) La normativa

El art. 8º ley 17801 dispone: "el registrador examinará la legalidad de las normas extrínsecas de los documentos". El art. 9º dice: "Si observare el documento el registrador procederá de la siguiente manera: a) Rechazará los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta; b) Si el defecto fuera subsanable devolverá el documento al solicitante..."

b) Su interpretación doctrinal y jurisprudencial

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional coincide en que, pese a lo dicho por el art. 82, la función calificadora no se limita a las formas extrínsecas, sino que las trasciende; así por ej., el registrador excede el análisis de las formas puras al verificar si la rogación es efectuada por quien tiene legitimación, si se cumple el tracto y el principio de especialidad, si el documento que ingresa es o no incompatible y opuesto a otro anterior, al decidir si el documento que ingresa es, por su contenido, de los enumerados en el art. 2º ley 17801, al resolver si debe o no inscribir un instrumento que contiene nuevas figuras que reclaman protección registral al amparo del principio de la seguridad en el tráfico, etc. (Para esta cuestión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

véase Chico y Ortiz, ob. cit., p. 47; C. Nac. Civ., Sala A, 26/9/84, LL, 1985 - A - 115, con nota aprobatoria de Mosset Iturraspe, Jorge, "El valor venal de un departamento y la registración de su estado jurídico".) Esta posición se funda en que, de lo contrario, el art. 9º inc. a) repetiría inútilmente el art. 8º, desde que los vicios relativos a las formas generan, en el derecho argentino, nulidades absolutas y manifiestas.

¿Pero hasta dónde se extiende?

Algunos aceptan que ese análisis "fuera" o más allá de las formas sólo es posible cuando resulta expresamente de otros textos de la ley (véase, en esta posición, López de Zavalía, Fernando, Curso introductorio al derecho registral, Bs. As., ed. Zavalía, 1983, p. 398).

Otros lo extienden a todos los casos de nulidades manifiestas (absolutas o relativas) (véase, en esta posición, que es la defendida por la directora del Registro, Moisset de Espanés, Luis, "La función del registrador y el art. 1277 CC.", JA, Doctrina 1974 - 122; Bustos Vocos, Miguel, "Legalidad y función calificadora del registrador", en Rev. Notarial del Colegio de Escribanos de la Prov. de Córdoba, N° 29, 1975, p. 31; Coghlan, ob. cit., págs. 143/144; Andorno, Luis y Marcolín de Andorno, Ley nacional registral inmobiliaria, Bs. As., ed. Hammurabi, 1989, p. 130).

Esta es, en definitiva, la tesis que prevaleció en el despacho de comisión de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral, San Rafael, Mendoza, 1974, que dice: "El examen de legalidad de los documentos administrativos y notariales no se agota en el análisis de las formas extrínsecas. El registrador debe calificar también el cumplimiento del tracto sucesivo, la legitimación para disponer o adquirir y todo otro defecto o vicio que surja de forma ostensible del documento o de su cotejo con los asientos registrales. La calificación registral no puede avanzar en su análisis hasta la investigación de posibles vicios no manifiestos en el documento".

En consecuencia, en esta posición, el elemento que pivotea la función calificadora es lo ostensible, lo manifiesto del vicio. Respecto de los actos anulables, aquéllos en los cuales el vicio no es manifiesto, nada tendrá que decir el registrador, pues no puede embarcarse en la investigación de hechos extraños al Registro o a los documentos que se le presentan; él sólo puede efectuar observaciones cuando el acto sea nulo, es decir, cuando la nulidad esté manifiesta.

"Cualquier nulidad manifiesta del documento - sea que afecte a las formas extrínsecas o al contenido del acto instrumentado - tendrá que ser observada por el registrador" (Moisset de Espanés, Luis, "La función calificadora del registrador", ob. cit., JA, Doctrina 1974 - 124 y ss.; conf. Andorno, Luis, ob. cit., p. 131).

c) La conducta debida por el registrador frente a las nulidades manifiestas

¿Cómo debe actuar el registrador frente a los instrumentos que presentan vicios (instrumentales o sustanciales) manifiestos?

1. - El art. 9º distingue dos tipos de nulidades que obligan al registrador a dos conductas diferentes: en una, debe rechazar el instrumento; en la otra,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debe anotar provisionalmente.

El primer caso es el de la nulidad absoluta y manifiesta; se trata de defectos que son insubsanables pues la nulidad absoluta violenta el orden público, la moral, las buenas costumbres, todo lo cual impide que el instrumento pueda rectificarse.

El art. 9º inc. a) prevé supuestos de documentos de grosera inadecuación de la ley, como por ej. si el acto se refiere a una cosa que no está en el comercio, por ser del dominio público del Estado, si vendedor y comprador son cónyuges convivientes, o tutor y pupilo, etc. (Sing, ob. cit., Rev. Notarial, Nº 472, p. 1281; Villaro, Felipe, Elemento de derecho registral inmobiliario, La Plata, ed. Notarial, 1980, ps. 68 y ss.).

Este supuesto no ha dado lugar a mayores dificultades interpretativas: si conforme el régimen del derecho común, la nulidad del instrumento o del acto que se documenta es absoluta y esa violación al orden normativo es manifiesta, o sea, emerge del documento mismo sin necesidad de ninguna investigación, el registrador debe rechazar el documento.

2. - En cambio, si el vicio es subsanable, el registrador practica una inscripción provisional (en este caso encuadraría, conforme la opinión mayoritaria, la falta de asentimiento conyugal; véase plenario de C. Nac. Civ., del 27/7/77 recaído in re "Feidman, Mauricio", JA, 1977 - III - 494; ED, 74 - 253 y LL, 1977 - C - 393).

La determinación de los casos que encuadran en esta situación ha dado lugar a un gran debate doctrinal en nuestro país. El punto de discusión es si la clasificación de nulidades manifiestas relativas del Código Civil se identifica con la categoría de defectos subsanables de la ley registral.

No incumbe a esta Sala tomar partido en favor de una u otra posición, pues en el caso traído a decisión la directora del Registro entendió que la nulidad era absoluta y manifiesta, por lo que actuó de conformidad a lo dispuesto por el art. 9º inc. a) y es esa conducta la que el recurrente ataca.

5. La aplicación de estos principios al caso a resolver

a) Normalmente, la simulación es un vicio de los actos jurídicos que genera su anulabilidad, pues se requiere de una investigación de hecho a cargo del órgano judicial. Así, por ej., aun cuando hubiese conocido el vicio que invalidaba la donación instrumentada en el acto autorizado en el año 1988, el registrador no habría podido observar el título, pues ningún vicio manifiesto aparece en él. Otro tanto hubiese ocurrido si el título cuya inscripción se solicita nada hubiese dicho sobre la causa notivo de la rescisión contractual.

b) En este distracto nada hay de simulado; la voluntad real es la declarada; las partes quieren volver a la situación anterior y manifiestan cuál es el motivo de la disolución del vínculo jurídico - contractual; en tal sentido confiesan, primero ante el notario y luego al registrador, que la causa de este acto jurídico está inescindiblemente unida a la de la donación: la liberalidad era simulada; nunca quiso transmitirse el dominio sino evitar la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posible acción de los acreedores de la donante; como ese peligro ya pasó, ahora se vuelve a la situación anterior.

Se trataba de una simulación absoluta (no se ocultaba ningún acto bajo la apariencia de la donación); pero, además, no puede dudarse de la ilicitud de la causa que la motivó: la donación tuvo por único propósito perjudicar los derechos de los terceros y el distracto no sólo deja sin efecto el acto, sino que produce para la parte el beneficio buscado; dicho en otros términos, consolida la ilicitud querida y el resultado conseguido.

c) El registrador nada ha tenido que investigar: todo está en el instrumento que se le pide inscribir. Encontró lo absoluto y lo manifiesto; dicho en otros términos, la situación prevista en el art. 9º inc. a), ley 17801.

d) El funcionario no ha invadido la función judicial; simplemente no ha podido cerrar los ojos a la ilicitud declarada.

No se trata, como pretende el recurrente, de haber juzgado hasta la existencia o no de arrepentimiento, sino de haber aplicado sistemáticamente el ordenamiento sobre la base de los principios generales que allí subyacen (art. 959).

e) Tampoco podía hacer una inscripción provisional (como lo insinúa el escrito de impugnación), pues nada podía rectificarse. No quedaba otra alternativa que el rechazo.

6. El efecto no convalidante del Registro Inmobiliario

a) Como lo sostiene el recurrente, el Registro Inmobiliario, como el resto de los registros argentinos, es no convalidante; o sea, la inscripción no convalida el título ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes (art. 4º).

b) No obstante, este carácter no es definitivo para resolver la cuestión planteada en su favor, por dos razones:

1. - Las disposiciones legales citadas dan amplio apoyo a la posición asumida por la directora del Registro Inmobiliario.

2. - Aun cuando la interpretación fuese dudosa, es de buena política estatal tender a que en el Registro exista la menor cantidad de títulos defectuosos; como dice Jerónimo González, de no existir un adecuado ejercicio de la calificación registral, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios.

7. El enriquecimiento sin causa

1. El recurrente afirma que de quedar firme el decisorio registral se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

producirá un enriquecimiento sin causa, pues se ha consolidado un desplazamiento patrimonial en favor de quien no lo quiere.

2. El argumento es irrelevante. El tema a decidir es si el registrador tiene o no competencia para calificar un documento que declara la consolidación inescindible de una causa ilícita y no los posibles medios para evitar la definitividad de la situación jurídica planteada en favor de la "donataria" simulada.

8. Conclusiones

Por estas consideraciones, oído el procurador general, cuyas conclusiones se comparten, se resuelve rechazar el recurso interpuesto a fs. 24/28 vta. por el notario Jorge Raúl Lucena Cabello manteniéndose en todas sus partes la calificación de la Dirección de Registros Públicos y Archivo Judicial anotada en el primer testimonio de la escritura del 2/11/90, N° 131, f. 400 del registro a cargo del recurrente - Carlos Moyano - Jorge Nanclares - Aída Kemelmajer de Carlucci.

[Ver comentario siguiente](#)

CALIFICACIÓN REGISTRAL. ¿FORMAS EXTRÍNECAS O CUESTIONES DE FONDO? NULIDAD ABSOLUTA Y MANIFIESTA
--

JUAN CRUZ CERIANI CERNADAS

Me apresuro a confesar que tanto la resolución del Registro Inmobiliario de Mendoza cuanto el fallo de la Corte de esa provincia, que rechaza el recurso interpuesto contra aquella resolución, me produjeron un fuerte sentimiento de perplejidad.

Por una parte, el artículo 8° de la ley 17801 dispone claramente que "el Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resulte de ellos y de los asientos respectivos". Esta norma, juntamente con la del artículo 9°, consagra el principio de la legalidad, que es de la esencia de toda organización registral. El registrador tiene la atribución - y el deber - de examinar el instrumento cuya inscripción se solicita (Arg. Proyecto de ley nacional de registros). Roca Sastre sostiene que por ese principio se impone que los títulos sean sometidos a previo examen, verificación o calificación.

La cuestión relativa a la frase "formas extrínsecas" incluida en la disposición comentada constituye el verdadero quid alrededor del cual se han desenvuelto - antes, ahora y probablemente ad infinitum - interpretaciones dispares, tanto en doctrina como jurisprudenciales. Pelosi, García Coni y otros publicistas sostienen que el registrador no debe incursionar en el negocio jurídico.