

LAVADO DE DINERO Y LEY PENAL TRIBUTARIA. ACTUACIÓN DEL ESCRIBANO ANTE DICHAS FIGURAS PENALES

Tal cual recordáramos en nuestra primera entrega de las “Jornadas Teórico-Prácticas de la Actividad Notarial” y su vinculación con las cuestiones penales, al referirnos a las distintas sanciones pasibles de ser dispuestas en perjuicio de los notarios y su implicancia en el plano administrativo, también en el segundo semestre del año pasado hubo otra disertación brindada ahora por un representante del Ministerio Público Fiscal.

La idea, nuevamente, fue reflejar aquello que se debatió en dicha ocasión con relación, principalmente, a la ley de lavado de dinero, que tiene a los escribanos como sujetos con obligación de informar, y también hacer alguna alusión a la ley penal tributaria y sus modificaciones.

Esta segunda Jornada tuvo lugar el 14 de octubre de 2001 y estuvo a cargo del Dr. Daniel Rafecas, Subdirector General de la Procuración, afectado a la UFITCO, con varios años de experiencia en la materia. Como todas las de este tipo, contó con la moderación del Dr. Gustavo Romano Duffau, la introducción del escribano Néstor Condoleo y, en este caso particular, la colaboración del asesor en la materia en el Colegio de Escribanos, Esc. Jorge Ibáñez.

He aquí una síntesis casi textual de lo acontecido en esta segunda Jornada.

Esc. Néstor Condoleo.- Damos comienzo a la segunda reunión de estas Jornadas Teórico-Prácticas de la Actividad Notarial, en la que haremos el proceso inverso al que veníamos haciendo, cuando las charlas estaban dirigidas a funcionarios y miembros del Poder Judicial, porque hemos conformado

un panel para poder plantear la problemática que se encuentra en la tarea que realizan los escribanos, discutir entre todos, tratar de buscar soluciones y, en caso de que no estén a nuestro alcance, analizar las prevenciones a adoptar.

Agradecemos la presencia del doctor Daniel Rafecas, Subdirector General de la Procuración, afectado a la UFITCO, del escribano Jorge Ibáñez que, además de ser un amigo, a mi modesto saber es quien más se ha especializado y, como integrante del Consejo Directivo, quien más analizó el tema, siendo la persona de consulta del Colegio, y –por supuesto– del doctor Gustavo Romano Duffau, abogado penalista y coordinador ante el Colegio de Escribanos de todas estas jornadas.

La mecánica consiste en que el escribano plantee con total crudeza la problemática con la que se encuentra todos los días, de modo que luego escuchemos las consideraciones de la persona que en esta ocasión representa a quien va a interpretar y poner en funcionamiento la ley en los casos en que se susciten conflictos. Asimismo, el doctor Romano Duffau planteará algunas cuestiones técnico-legales.

Sr. Coordinador (Dr. Gustavo Romano Duffau).- Esta nueva charla se referirá a temas de inquietud para los escribanos, vinculados con dos leyes: la ley penal tributaria y aquella que reprime el lavado de dinero. De esta forma trataremos de echar luz a la aplicación de estas normas en relación con la actividad del escribano.

No es un hecho nuevo que los escribanos sean involucrados en procesos penales, pero últimamente se observa que en los roles que en investigaciones penales ocupaban los acusados en otras épocas, tratan de ser incorporados los escribanos de la matrícula, ya sea mediante la figura del partícipe, primario o secundario, o a través de alguna otra construcción jurídica.

Cuando nos referimos a la ley penal tributaria tenemos que investigar aquello relacionado con los delitos de evasión impositiva, es decir, las maniobras que se efectúan para evadir obligaciones tributarias o las contribuciones derivadas de los aportes a la seguridad social. Por ese motivo la actuación del escribano ha sido tomada en algunas investigaciones judiciales como participación criminal, por maniobras verificadas con instrumentos públicos de enajenación de inmuebles o constitución de sociedades, algunas de las cuales han tenido repercusión pública.

Por otra parte, tenemos una novedosa figura que es la ley de lavado de dinero, de más reciente promulgación, que nos vincula a todos aquellos dineros o bienes que puedan ser provenientes de un hecho ilícito. La norma hace mención a determinados ilícitos, como los relacionados con el tráfico de estupefacientes, contrabando de armas y fraude a la administración pública, que en nuestro país serían los que mayor implicancia tendrían en esta figura.

Es bueno tener presente que la reglamentación de la norma en el futuro también puede tener implicancia en la actividad notarial, porque los escribanos han sido señalados en ella como agentes obligados a informar las “operaciones sospechosas”. Es casualmente el texto de la ley el que podrá generar, en

tanto sea reglamentado de cierta manera o no, situaciones conflictivas en el ejercicio de la función notarial. El tema se relaciona con la subjetivización que hoy tiene esta normativa, en cuanto se refiere a operaciones sospechosas que deben informar los escribanos cuando pasen bajo su conocimiento. En tanto y en cuanto esa disposición no sea objetivada, podría traer complicaciones en el futuro. En la medida en que la reglamentación lleve luz sobre pautas objetivas, quizás sea más sencilla su aplicación y se eviten problemas mayores.

La idea de esta reunión es, en el marco de esas dos normas, verificar cuáles son las complicaciones que hoy tienen los escribanos, o las que se pueden presentar en el futuro, para lo cual contamos con los invitados aludidos.

Esc. Jorge Ibáñez.- Voy a exponer cuáles son las preocupaciones que tienen los escribanos respecto de esta nueva ley de lavado de dinero y del decreto reglamentario hasta ahora vigente, que esperamos se complemente con otro, ya veremos por qué.

Comenzaré mi exposición definiendo qué se entiende por lavado de dinero, aunque todo el mundo sabe lo que es: el proceso por el cual bienes de origen delictivo se integran al sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita. Esto es importante porque la ley argentina de lavado de dinero no le da el mismo tratamiento en la modificación que ha hecho del Código Penal y en la parte correspondiente al régimen penal administrativo, esto último entendido como la información que deben dar los escribanos a la Unidad de Información Financiera que la misma ley crea.

En la parte que modifica el Código Penal, la ley considera lavado de activos al que proviene de cualquier delito y no hace ninguna especificación de qué tipo de delito se trata. En cambio, en la norma administrativa, cuando alude al dinero proveniente de actividades ilícitas, se refiere a ciertos delitos que dan origen al dinero ilícito; no es cualquier delito sino ciertos delitos.

Coincidentemente, en el ámbito internacional estas leyes tuvieron su origen en la lucha contra el narcotráfico; la figura delictiva del lavado de dinero hacía referencia sólo al dinero que provenía del narcotráfico. Con posterioridad se fue ampliando este origen del dinero, por lo general condicionado a delitos graves.

La ley argentina no dice ni delitos graves ni del narcotráfico. La ley que regía la materia anteriormente especificaba que se trataba de delitos provenientes del narcotráfico. En la actualidad, la ley solamente dice “proveniente de delito”, cualquiera que fuere.

La ley argentina de lavado de dinero tiene dos partes. La primera modifica al Código Penal en sus artículos 277, 278 y 279. El primero de ellos, el 277, se refiere al encubrimiento. El artículo 278 alude específicamente al lavado de dinero, y aquí debemos tener presente que, en su origen, este artículo penalizaba al delito doloso y también al culposo.

El primer aspecto en la ley es el artículo 278, que dice que “será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplica-

re de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado –este es un tema a tener en cuenta– con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes –es decir, los siguientes– adquieren la apariencia de un origen ilícito”, y después agrega: “siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos”, o sea, aquí le pone un límite por el monto.

El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados mencionaba que la figura dolosa era la de “el que actuare con conocimiento o sospecha de que los bienes originados, o los subrogantes (o sea, los siguientes) adquieren la apariencia de un origen ilícito”. Esta redacción fue modificada, la figura no dice más “con conocimiento o sospecha”, sino que expresa “con la consecuencia posible de que los bienes originados adquieran la apariencia de un origen ilícito”.

Y la segunda parte del artículo decía: “el que por temeridad o imprudencia grave conociera algunos de los hechos descritos en el inciso anterior, será reprimido con multa del veinte por ciento al ciento cincuenta por ciento del valor de los bienes objeto del delito”. Esta última parte, es decir, el aspecto culposo, fue suprimido por el Poder Ejecutivo. Es importante saber, sobre todo para nosotros, los escribanos, cuál fue el argumento que esgrimió el Poder Ejecutivo para eliminarlo. Dice así: “Que la extrema complejidad que pueden adquirir las diferentes operaciones que constituyen la base de las conductas punibles, tornen extremadamente dificultosa la aplicación de un delito culposo ya que tratándose de un tipo de los denominados ‘abiertos’, necesita de la determinación por parte del juez del preciso y concreto deber de cuidado objeto de violación para poder afirmar la responsabilidad culposa”.

Quiero adelantar que nuestra ley de lavado de dinero es similar a todas las leyes de lavado de dinero que circulan por el mundo y fundamentalmente está inspirada en el reglamento modelo de la CICAD –Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas–, de la OEA, que se tomó como base para nuestra ley.

Sigue diciendo el argumento utilizado por el Poder Ejecutivo: “En razón de ello, los distintos reglamentos modelos y las legislaciones que siguen un mayor desarrollo del tema en líneas generales sólo contemplan la tipicidad dolosa”.

Por las razones expuestas, el Poder Ejecutivo ha despenalizado este aspecto del delito culposo del lavado de dinero. Esto respecto de la parte estrictamente penal, porque no es así en cuanto a la parte llamada “penal administrativa”, porque en la obligación de informar sí está penada la imprudencia, o sea, la actitud culposa del sujeto obligado a informar.

La segunda parte de la ley se refiere específicamente a la ley de lavado de dinero y crea en sus primeros artículos lo que se llama la Unidad de Información Financiera, que es una entidad autárquica, dependiente del Ministerio de Justicia. La ley dispone quiénes son los que van a integrar esta Unidad, que tiene similitud con las de todas las leyes referidas a este tema. Casi todas ellas crean una Unidad, que en España se llama SEPBLAC. Tienen diferentes denominaciones; por lo general, en las últimas legislaciones se ha adoptado la de Unidad de Información Financiera.

La Unidad de Información Financiera es la encargada del análisis, tratamiento, transmisión e información del lavado de activos provenientes de ciertos delitos.

Esta misma ley crea la figura de los sujetos obligados a informar. Y aquí es donde entramos nosotros, los escribanos. Inicialmente, todas estas leyes fueron creadas para el ámbito financiero. No entraban en esta ley como sujetos obligados nada más que las entidades financieras. Y esto se debe a que, en la realidad, el 98 por ciento, por lo menos –diría yo–, del lavado del dinero se hace a través del circuito financiero.

Con el tiempo esto se fue modificando y empezaron a entrar otros sujetos obligados a tener que informar a la Unidad de Investigación Financiera operaciones que la ley denomina “sospechosas”. Las últimas leyes que tratan el tema han ido ampliando el número de sujetos obligados, y la mayoría de ellas incluyen a los escribanos públicos.

Participante.- ¿Podría mencionar otros sujetos obligados?

Esc. Jorge Ibáñez.- El artículo 20 de la ley 25246 enumera a los sujetos obligados y dice:

“1. Las entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21526 y modificatorias; y las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones.

“2. Las entidades sujetas al régimen de la ley 18924 y modificatorias y las personas físicas o jurídicas autorizadas por el Banco Central para operar en la compraventa de divisas bajo forma de dinero o de cheques extendidos en divisas o mediante el uso de tarjetas de crédito o pago, o en la transmisión de fondos dentro y fuera del territorio nacional.

“3. Las personas físicas o jurídicas que como actividad habitual exploten juegos de azar.

“4. Los agentes y sociedades de bolsa, sociedades gerentes de fondos comunes de inversión, agentes de mercado abierto electrónico, y todos aquellos intermediarios en la compra, alquiler o préstamo de títulos valores que operen bajo la órbita de bolsas de comercio con o sin mercados adheridos.

“5. Los agentes intermediarios inscriptos en los mercados, de futuros y opciones cualquiera sea su objeto.

“6. Los Registros Públicos de Comercio, los organismos representativos de Fiscalización y Control de Personas Jurídicas, los Registros de la Propiedad Inmueble, los Registros del Automotor y los Registros Prendarios.

“7. Las personas físicas o jurídicas dedicadas a la compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática, o a la exportación, importación, elaboración o industrialización de joyas o bienes con metales o piedras preciosas.

“8. Las empresas aseguradoras.

“9. Las empresas emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjetas de crédito o de compra.

“10. Las empresas dedicadas al transporte de caudales.

“11. Las empresas prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas o de traslado de distintos tipos de moneda o billete.

“12. Los escribanos públicos.

“13. Las entidades comprendidas en el artículo 9 de la Ley 22315.

“14. Las personas físicas o jurídicas inscriptas en los registros establecidos por el artículo 23 inciso t) del Código Aduanero (Ley 22415 y modificatorias).

“15. Los organismos de la Administración Pública y entidades descentralizadas y/o autárquicas que ejercen funciones regulatorias, de control, supervisión y/o superintendencia sobre actividades económicas y/o negocios jurídicos y/o sobre sujetos de derecho, individuales o colectivos: el Banco Central de la República Argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, la Comisión Nacional de Valores y la Inspección General de Justicia.

“16. Los productores, asesores de seguros, agentes, intermediarios, peritos y liquidadores de seguros cuyas actividades estén regidas por las leyes 20091 y 22400, sus modificatorias, concordantes y complementarias.

“17. Los profesionales matriculados cuyas actividades estén reguladas por los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, excepto cuando actúen en defensa en juicio.

“18. Igualmente están obligados al deber de informar todas las personas jurídicas que reciben donaciones o aportes de terceros. No serán aplicables ni podrán ser invocados por los sujetos obligados a informar por la presente ley las disposiciones legales referentes al secreto bancario, fiscal o profesional, ni los compromisos de confidencialidad establecidos por la ley o por contrato cuando el requerimiento de información sea formulado por el juez competente del lugar donde la información deba ser suministrada o del domicilio de la Unidad de Información Financiera a opción de ésta, o por cualquier tribunal competente con fundamento en esta ley”.

De toda esta lista, los únicos profesionales obligados a informar son los escribanos públicos y los profesionales matriculados en los Consejos de Ciencias Económicas. Esto motivó que a las primeras reuniones que se hicieron para analizar el proyecto de ley de lavado de dinero fueran convocados a opinar el Colegio de Escribanos –aunque en realidad fuimos con representación dada por el Consejo Federal del Notariado Argentino– y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal. A posteriori voy a relatar la opinión vertida.

Luego de mencionar quiénes son los sujetos obligados, en su artículo 22 la ley establece sus obligaciones, y dice: “a. Recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la circular respectiva. Cuando los clientes, requirentes o aportantes actúen en representación de terceros, se deberán tomar los recaudos necesarios

a efectos de que se identifique la identidad de la persona por quienes actúen. Toda información deberá archivararse por el término y según las formas que la Unidad de Información Financiera establezca”. Esto es algo que a los escribanos no nos llama la atención porque lo hacemos ante cualquier intervención.

La segunda obligación es “informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma”. Hay que tener esto presente, porque puede ser una operación que no tenga importancia, pero igualmente existe la obligación.

A continuación se define lo que es una operación sospechosa para la ley: “A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada”. No necesito decirles la ambigüedad de esta definición, que puede crear una situación de duda a todos los sujetos que deban cumplir con esta obligación.

Cuando el Congreso estaba analizando el proyecto de ley, las Comisiones de Legislación General de la Cámara de Diputados y del Senado citaron al Colegio de Escribanos para que expusiera su punto de vista. Dio la casualidad de que el día en que estábamos citados se desarrollaba el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, entre los últimos días del mes de septiembre y primeros de octubre de 1998. En dicho Congreso Internacional se trató el rol del notario latino frente a las exigencias del Estado, principalmente en el plano administrativo y fiscal, y uno de los puntos se refería a este tema, que es inquietud no sólo del notariado argentino sino del latino en todo el mundo. En ese Congreso se dictó la siguiente ponencia: “El notariado no puede permanecer ajeno a la lucha contra el flagelo social que significa la legitimación de activos provenientes de actos ilícitos (lavado de dinero o blanqueo de capitales). En este sentido, resulta razonable que el Estado imponga a los notarios el deber de informar el otorgamiento de actos que puedan ser sospechados de encubrirlos; pero ello sólo resulta admisible en la medida en que los actos que caigan bajo sospecha sean objetivamente definidos por la autoridad encargada de aquella lucha y tal circunstancia no quede sólo supeditada a la subjetividad del notario. Por otra parte, debe señalarse que, debido a la naturaleza de la actividad notarial, difícilmente será posible al notario conocer el origen del dinero con que se realizan las operaciones formalizadas en los documentos que autoriza”.

Con esta ponencia me trasladé a la Comisión de Legislación General el día en que fuimos citados, la manifesté ante los legisladores y ellos entendieron perfectamente el problema, a punto tal que modificaron el proyecto, haciendo un agregado, con el que fue sancionado. Por eso, a continuación de lo que leí, el artículo 21 dice: “La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad”.

Éste fue uno de los temas en los que nosotros hicimos hincapié permanentemente, porque la ambigüedad de la expresión “operación sospechosa” es tal que puede ser sospechosa para un escribano y no para otro, puede ser sospechosa si se realiza en la Capital Federal y no sospechosa en San Luis, o viceversa. Es muy difícil establecer esto, por lo cual es absolutamente necesario que se dicten pautas efectivas respecto de qué es lo que los escribanos debemos informar a esta Unidad de Información Financiera.

Por suerte, simultáneamente con lo que les estoy diciendo, tuvimos oportunidad de concurrir a un seminario que se hizo en Madrid, España, donde tienen exactamente la misma problemática, y pudimos conversar con los miembros del Consejo General del Notariado Español sobre este tema. Así nos enteramos de que habían logrado el dictado de pautas objetivas referidas a cuáles son las operaciones que los escribanos deberían informar. Ellos, de común acuerdo con la SEPBLAC, que es la Unidad de Información Financiera española, lograron un dictado de operaciones que se presume son sospechosas. Casi todas estas operaciones que voy a informar fueron elaboradas sobre la base de criterios objetivos. Hay varias que tienen algún componente subjetivo –si lo desean, después podemos hablar sobre ellas– porque es evidente que la única persona que tiene contacto con aquel que viene a reclamar el servicio es el escribano y, en ese aspecto, hay algunas cosas que no necesariamente surgen de una pauta objetiva, sino que es algo de lo que el escribano tiene que darse cuenta.

Este listado que nos mandaron los escribanos españoles coincide con un listado que nos pidieron los legisladores y que nosotros les enviamos. Coincide casi totalmente porque son aproximadamente las mismas operaciones que nosotros nos imaginamos que son sospechosas.

Mantenemos contacto con funcionarios del Ministerio de Justicia para, llegado el momento, aportar este listado de operaciones susceptibles de ser consideradas sospechosas y conversar con ellos acerca de si consideran la posibilidad de incluir algunas otras.

Lamentablemente, el Poder Ejecutivo dictó un decreto reglamentario que, en realidad, confunde más el problema. Debo decir que este decreto reglamentario fue dictado de apuro para cumplir con obligaciones internacionales porque hacía tiempo que la ley había sido dictada pero no reglamentada.

Esa reglamentación dista mucho de ser ideal y lo único que ha querido es poner en funcionamiento la UIF, sin que sea operativa porque en este momento no lo es. Lo único que hizo fue designar a parte de los miembros de la Unidad de Información Financiera: el Ministro de Justicia, el Director General de la AFIP, el Presidente del Banco Central, que obviamente no tienen ninguna posibilidad de ocuparse de este tema. Y digo que es lamentable porque, en vez de aclarar, confunde aún más.

El decreto reglamentario al que me estoy refiriendo lleva el número 169 y fue dictado el 13 de febrero del año en curso.

El artículo 10 dice así: “El deber de informar es la obligación legal que tienen los sujetos enumerados en el artículo 20 de la ley, en su ámbito de actua-

ción, de llevar a conocimiento de la Unidad de Información Financiera, las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas a través de las cuales pudiera inferirse la existencia de una situación típica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa”. Muy ambiguo.

Y el artículo 12 establece: “A los fines del inciso b) del artículo 21 de la ley, serán considerados, a mero título enunciativo, ‘hechos’ u ‘operaciones sospechosas’, los siguientes:... inciso i) Las actividades realizadas por escribanos (como ya lo dije), rematadores, consignatarios de hacienda... en el ejercicio habitual de su profesión, que por su magnitud y características se aparten de las prácticas usuales del mercado”. Esto es, en lugar de aclarar, oscureció todo el tema.

Además, lo que me parece más grave, no cumple con lo que precisamente establece la ley, ni siquiera lo repite, que es que la Unidad de Información Financiera establecerá, a través de las pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación para cada categoría de obligados.

Este decreto, insisto, fue dictado de compromiso, porque la Unidad de Información Financiera no está en funciones, no cumple con lo que dice la ley porque no están dictadas las pautas objetivas en virtud de las cuales tendrían que informar los escribanos, y no hay un decreto complementario que aclare qué es lo que hay que informar o, por lo menos, que establezca que sí, que la Unidad de Información Financiera dictará las pautas para cada actividad, porque creo que cada entidad que represente a los sujetos obligados deberá, de común acuerdo con la Unidad de Información Financiera, dictar cuáles son las pautas objetivas o de las operaciones que deberá informarse a la UIF.

La ley también establece el deber de confidencialidad, que es una de las obligaciones que tienen los sujetos obligados, es decir, no comunicar al cliente que viene a hacer la operación que ésta será informada.

Y, por último, establece la exención de responsabilidad de parte de los sujetos obligados por estas informaciones dadas a la Unidad de Información Financiera, vale decir, lo releva del secreto profesional.

He hecho algo así como una entrada a los problemas, que no son solamente los que señalé porque hay otras normas más duras, planteadas por la ley, que entiendo también deberán ser aclaradas a lo largo del tiempo.

Sr. Coordinador.- Muchas gracias, escribano. Seguidamente escucharemos al Dr. Daniel Rafecas, para dar paso luego a la discusión de los temas planteados.

Dr. Daniel Rafecas.- Ante todo quiero agradecer al Colegio de Escribanos y al Dr. Gustavo Romano Duffau por la invitación que me cursaran.

Quiero explicar la razón por la cual integro este panel, y es que a partir del 1° de enero de 2001, por una iniciativa conjunta del Ministerio Público Fiscal, del Ministerio de Economía y del Ministerio de Justicia de la Nación se conformó, en el ámbito de la Procuración General de la Nación, una Unidad Fis-

cal de Investigaciones de Delitos Tributarios y Contrabando (UFITCO), pensado como un organismo mixto entre abogados y contadores para tratar de mejorar el perfil y la eficiencia de la actuación del Ministerio Público Fiscal frente a determinados delitos que, desde el punto de vista de política criminal, interesaba su avance hasta la condena final, especialmente en lo que respecta al régimen penal tributario y delitos vinculados al contrabando, los denominados “delitos de cuello blanco”.

Esta Unidad se puso en funcionamiento en forma orgánica en enero de 2001, y está constituida en este momento por dos fiscales de la Procuración General de la Nación, una Directora General –contadora pública–, un Subdirector –abogado penalista, que es quien habla– y un equipo de abogados y contadores que interactúan con los distintos órganos de fiscalización del Estado –especialmente la AFIP y la Administración Nacional de Aduanas– y los organismos jurisdiccionales con competencia en estos delitos.

También se nos ha dado intervención en la Comisión Investigadora de Lavado de Dinero de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, presidida por la diputada nacional Elisa Carrió. El Procurador General de la Nación, en el mes de marzo o abril de este año, designó a la UFITCO interinamente a cargo de todas las cuestiones relacionadas con la ley de lavado de dinero, hasta que se ponga en marcha la UIF. Esta actividad es compartida con el doctor Raúl Plee, Fiscal de la Cámara de Casación Penal y representante del Ministerio Público, que desde siempre ha investigado estos temas y ha intervenido en el trámite parlamentario de la sanción de la ley.

No voy a repetir los conceptos vertidos por el escribano Jorge Ibáñez ni el complejo entramado de leyes, decretos nacionales y leyes locales en el caso de las reglamentaciones de los escribanos. Pero voy a poner en conocimiento de ustedes algunas experiencias que hemos tenido en nuestro ámbito de actuación, así como algunas conclusiones obtenidas a través de discusiones, seminarios, debates y estudios que hemos hecho en el ámbito de la Procuración respecto del lavado de dinero y del régimen penal tributario.

En el ámbito de la Procuración existe una oficina de información y biblioteca que ha llevado a cabo una muy seria recopilación de toda la información disponible hasta el día de la fecha respecto del lavado de dinero, tanto en cuanto a legislación comparada como a derecho comparado y doctrina nacional. Funciona en el séptimo piso de la sede de Avenida de Mayo y cualquier ciudadano puede solicitar esta información, especialmente los que integran el Ministerio Público o el Poder Judicial.

En líneas generales habría que decir que, tal cual fue redactada, la ley de lavado de dinero tiene una clara influencia de la ley española, comenzando por el lugar en que fueron instalados los artículos referentes a lavado de dinero, es decir, en el Código Penal, dentro del ámbito de los delitos contra la administración pública, detrás de las figuras de encubrimiento que siempre han estado vigentes en nuestro Código.

De una lectura sistemática del capítulo de encubrimiento y hechos afines, como dice el Código Penal español, uno tiene la sensación de que los artículos

referidos a lavado de dinero –o blanqueo de capitales, en términos de ese Código– vienen a determinar una especie de encubrimientos agravados por las penas y las consecuencias punitivas de las cuales dependen. La única diferencia con nuestro Código es que en éste el bien jurídico afectado es la Administración Pública, que es muy difuso y difícil de definir, mientras que en el español, con un poco más de criterio, es la propiedad y el orden socioeconómico. Esto obedece al origen histórico de las leyes de blanqueo de capitales, que radica en el lavado de activos provenientes del narcotráfico, que a lo largo de las décadas se fue ampliando y hoy en día en la Argentina ha alcanzado una extensión inusitada a tenor de los principios de legalidad y subsidiariedad que deben imperar en el derecho penal. La ley de lavado de dinero abarca la comisión de cualquier delito, sea de índole criminal o correccional, tenga prevista pena de prisión o de multa. Cualquier blanqueo de dinero proveniente de cualquier delito, sea cometido en la Argentina o en el extranjero, será pasible de imputación respecto de los artículos 278 y 279 del Código Penal.

Este punto de partida muestra un primer problema de enorme dificultad, que de por sí opacaría a los demás.

Si hacemos una primera lectura del artículo 278 inciso 1), que es el más importante desde el punto de vista penal, da la sensación de que el encuadre típico solamente va a estar referido a aquel blanqueo de capitales mayor a 50 mil pesos. Sin embargo no es así, porque en el párrafo siguiente aclara que aquellos lavados de activos inferiores a 50 mil pesos no es que no van a quedar tipificados, sino que el legislador los deriva al artículo 277, con lo cual tendrán una pena de 6 meses a tres años, como una especie de delito correccional. Además, en el artículo 279, en una casuística claramente decidida a perseguir el blanqueo proveniente de todos los delitos, el legislador aclara que en los casos en que el delito precedente no tenga prevista una pena privativa de libertad –es decir, que no se trata de pena de prisión sino de multa– se aplicará una multa de entre mil y veinte mil pesos, o menor en caso de que la multa del delito sea inferior.

El mensaje del legislador, en su interpretación sistemática de estos tipos penales, es que el lavado de dinero debe ser perseguido sea cual fuere el delito precedente cometido, sea correccional, penal, etcétera. Esto es un claro apartamiento de la ley española, cuya inspiración la encontramos nítidamente en los artículos 308 y 309 del Código Penal español.

En el Código Penal español el delito precedente tiene que ser grave, es decir, un delito que tenga una pena mínima de tres años de prisión. Por lo tanto, aquí hay una diferencia muy clara, un punto de partida del legislador argentino que está decidido a perseguir cualquier delito sea cual fuere, y esto no va en beneficio de la persecución de estos delitos o de la incolumidad del bien jurídico sino que va en perjuicio, porque va a oscurecer, a entorpecer la investigación siguiendo criterios de oportunidad elementales hoy en día, dada la forma en la cual operan los sistemas penales, con una inflación penal impresionante. Cada vez hay más tipos penales, cada vez los tribunales penales se llenan con mayor cantidad de causas. Por tanto, esta redacción va a contribuir

aún más a que el juez o el fiscal no puedan distinguir entre la persecución de delitos de bagatela y delitos verdaderamente importantes.

No nos olvidemos de que en nuestro país rige hoy en día el principio de legalidad en el Derecho Procesal; es decir, el representante del Ministerio Público Fiscal tiene la obligación de perseguir todos los delitos de los cuales tome conocimiento en el ejercicio de su función. Por ello, pareciera que el afán del legislador por abarcarlo todo termina siendo contraproducente para el presunto punto de partida que ha tenido, que es el castigo de los delitos de lavado de dinero.

Lo dicho es una primera aproximación al tema.

El segundo punto de partida es lo que vendría a ser el segundo capítulo de la ley de lavado, que es la creación de la UIF, a la cual hizo referencia el escribano Ibáñez. Y en este sentido, acá aparecen ciertos criterios de oportunidad para la investigación o esclarecimiento de determinados delitos. Estamos hablando especialmente del artículo 6º, en el cual el legislador crea esta Unidad y especifica que, de toda esta gran constelación de posibles causas de lavado de dinero, la UIF solamente va a tener competencia o superintendencia, si se quiere, para investigar un repertorio de tipos penales que el legislador especifica. Los voy a leer rápidamente para que tengamos una idea.

En primer lugar, delitos vinculados con el tráfico y la comercialización de estupefacientes; enunciación que ya de por sí es problemática, porque quien conozca un poco más de cerca la construcción del régimen de la ley 23737, de estupefacientes, va a llegar a la conclusión de que hay determinadas figuras, que tienen la misma o mayor gravedad que el tráfico y la comercialización de estupefacientes, que no están previstas en la ley. Ésta es una nota al pie.

En segundo lugar, hace referencia específicamente al contrabando de armas, dejando con un signo de interrogación otros tipos de sustancias u objetos también de mayor peligrosidad, que no están previstos en estos casos.

En tercer lugar, la asociación ilícita calificada, es decir, el artículo siguiente al 210.

En cuarto lugar, la asociación ilícita simple, pero vinculada con delitos políticos o raciales.

En quinto lugar, delitos vinculados con fraudes a la Administración Pública. Hay que aclarar que no encajan en esta definición los delitos tributarios, delitos provenientes de la evasión tributaria, porque no afectan como bien jurídico a la Administración Pública y, por lo tanto, no encajan dentro del ámbito de actuación de la UIF. Éste es un dato importante a tener en cuenta respecto de la eventual intervención de los notarios.

Luego hace referencia a los delitos contra la Administración Pública. Hay una enorme cantidad de delitos establecidos en el Código Penal, pero los limita a cuatro capítulos que tienen que ver con los delitos de cohecho, malversación de caudales, exacciones ilegales y enriquecimiento ilícito de funcionarios.

Ese repertorio de delitos va a ser el ámbito de actuación de esta Unidad creada por el legislador. Pero hay que tenerlo bien en claro, porque un punto importante para manejarse con el esquema con que está actuando el legislador

es que el hecho de que, con un criterio de oportunidad o con un criterio de política criminal para asignarle intervención a esta Unidad, haya limitado la intervención a estos delitos no quiere decir que respecto de todo el otro enorme universo de delitos la cuestión quede en impunidad. Solamente en estos otros casos va a intervenir esta Unidad con las prerrogativas que le da la ley a los fiscales, o sea que el Ministerio Fiscal va a tener que intervenir e impulsar las acciones penales investigando, pidiendo información, solicitando los informes que sean necesarios por sus propios medios.

También me parece un punto de suma relevancia que solamente los delitos vinculados con el lavado de dinero en la Argentina, gracias a un oportuno –así lo creo– decreto del Poder Ejecutivo Nacional, han quedado en el ámbito de los delitos dolosos. Es decir, el autor de cualquiera de los delitos vinculados con el lavado de dinero va a ser aquel que realice el acto ilícito con conocimiento de todos los elementos de tipo objetivo del mismo, o sea, de la descripción del delito y la voluntad de llevarlo a cabo. Y queda al margen el intento del legislador de castigar también figuras imprudentes, culposas, vale decir, figuras residuales en las que muy probablemente la intervención de profesionales, como es el caso de los escribanos, iba a estar caminando por el borde.

Creo que esta medida es una salvaguarda muy importante, decisiva, diría yo, para la tranquilidad en la intervención profesional del escribano público cada vez que efectúa una escritura pública o certifica una firma, a quien el ordenamiento jurídico no puede exigirle que en cada operación en la que interviene, en cada certificación de firma por ejemplo, tenga que hacer una investigación de inteligencia como si fuera un organismo de seguridad. Me parece que éste no es el objetivo y me da la sensación de que tanto el Ministerio Público Fiscal como la justicia en general, salvo alguna lamentable excepción, van a comprender este punto de partida.

Está claro –pienso que también esto es importante– que la ley de lavado de dinero apunta no a los profesionales intermediarios necesarios en el tráfico comercial, sino a otra categoría de personas posibles imputadas, que son las que se tienen que reprimir o prevenir.

Insisto en este criterio. Quizás mi presencia acá no tenga mayor interés porque, hasta el momento, en todos los debates y en todas las lecturas que hemos hecho dentro de la Unidad Fiscal en la que me desempeño, la posición del profesional que interviene, que intermedia, es totalmente marginal desde el punto de vista penal.

Pero así también coincido con una observación del escribano respecto de lo que constituye el régimen penal administrativo. En ese sentido, creo que el Colegio va a tener que poner el acento en salvaguardar la tranquilidad de los profesionales que se desempeñan en esta noble función. Efectivamente, a partir del artículo 23 hay una tercera parte de la ley que se refiere al derecho penal administrativo, con penas de multa, apuntando especialmente a las personas jurídicas. Pero en estas cuestiones, que no son muy entendibles en cuanto a la técnica que utiliza, el legislador, en el artículo 24, punto 1, establece que la persona que actúa como ejecutor de la persona jurídica va a tener una serie de

responsabilidades, o la persona de existencia visible que incumpla algunas de las obligaciones de información ante la UIF será sancionada con pena de multa de una a diez veces el valor total de los bienes.

Esta frase es la puerta de entrada de la posible actuación del escribano público dentro de este régimen penal administrativo. Hay que encadenar esto con el artículo 20 inciso 12), donde específicamente pone en cabeza del escribano público la obligación de informar.

El escribano Ibáñez aludió a que la UIF establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad, según lo prevé la ley, y creo que es el faro al que hay que aferrarse para echar luz acerca de todo este enjambre de leyes y decretos. Creo que es la oportunidad que todavía está latente para que tanto el Colegio de Escribanos como el Consejo Profesional de Ciencias Económicas hagan valer sus preocupaciones y derechos para que se pueda regular de modo coherente con la actuación profesional, de modo que esta segunda parte, que sí mueve a preocupación, pueda tener los resguardos suficientes para que los profesionales trabajen con normalidad y tranquilidad.

Me llama la atención otro punto que tiene que ver con el artículo 21 de la ley, luego de que el legislador establece este doble juego de responsabilidades interna y externa, en el que se determina que el escribano debe recabar de sus clientes documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio. El escribano Ibáñez hacía referencia a que tradicionalmente los escribanos han hecho esto, pero de todos modos pongo el acento en que en ese mismo párrafo el legislador dice que podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la circular respectiva. Aquí aparece injertado el término “circular” sin que se sepa a qué se refiere; creo entender que hace referencia a la futura reglamentación que emita la UIF. Entonces, éste es otro punto a tener en cuenta para que el Colegio de Escribanos incida en su contenido. Me da la sensación de que aquí el legislador está pidiendo algo más que los meros mecanismos ordinarios de recabar información de parte del cliente en determinadas situaciones.

El segundo párrafo hace referencia a la responsabilidad externa del escribano, en cuanto dice que tiene que informar cualquier hecho u operación sospechosa, independientemente del monto de la misma. Aquí hay otra frase muy poco feliz, que deja de lado el ámbito de actuación. Las personas obligadas a informar no tienen que guiarse por las pautas que están dadas para la UIF y suponer que hay contrabando de armas o narcotráfico; los sujetos obligados a informar no pueden hacer esta distinción sino que tienen que informar todo y después la UIF va a decantar los casos que va a encuadrar en el marco de esas actuaciones y cuáles no. Inevitablemente, salvo que la regulación lo impida, se van a llenar de papeles.

El inciso c) del artículo 21 establece que los sujetos obligados a informar, incluso los escribanos, deberán: “Abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley”. En-

tonces, el escribano público, frente a un posible caso, sea el delito que fuere, en el que se siente compelido a informar a la UIF, no solamente tiene que hacerlo sino que, además, debe abstenerse de revelar al cliente o al tercero las actuaciones que se estén realizando. Es una especie de obligación de secreto inversa, en perjuicio del cliente. Creo que el Colegio tendría que ver la manera de que se reglamente en forma estricta este artículo de la ley, con el cual va a ser inevitable convivir.

Quería referirme también a la intervención de los escribanos en el tema de los delitos vinculados con el régimen penal tributario. Les puedo comentar que se está investigando en algunos juzgados penal-económicos, a iniciativa de la UFITCO, algún caso en el cual se ha denunciado la actuación de algún escribano, y así también se han descartado en muchos otros casos la posible intervención de escribanos.

En el ámbito del Derecho Penal, tanto en lo que hace a la ley de lavado de dinero como a la ley penal tributaria, la gran mayoría de los casos paradigmáticos, los que normalmente se pueden dar, son aquellos en los que el escribano participa dolosamente en el delito de otro. El delito no es realizado por el escribano sino por una persona que tiene en su cabeza toda la ejecución del delito.

En un caso vinculado con la ley penal tributaria, una persona física es presidente de una sociedad anónima, y frente a un escribano público realiza la venta de un inmueble varias veces millonario a su esposa, persona física. Inmediatamente, con diferencia de una hora, se realiza una compraventa respecto de la cual la persona física, la esposa del imputado, le vende esa misma propiedad a otra sociedad multinacional, que era la verdadera compradora, adquirente final del bien inmueble, en una cifra varias veces superior. De este modo, la División Inteligencia Fiscal de la DGI comenzó una tarea de investigación y obtuvo la información suficiente como para presentarnos el caso y hacer un análisis de lo que a nosotros nos interesa, que sería no solamente la actuación del matrimonio imputado, sino también la intervención del escribano. Y no sólo por el monto que les comento sino también a través de otros indicios y presunciones legales, si se quiere, que tienen que ver con la actuación personal del escribano en este caso concreto. No es más la circunstancia de modo, tiempo y lugar en la cual se desarrollaron estas maniobras y la comprobación de cuál era el perjuicio fiscal vinculado concretamente con el impuesto a las ganancias. Nosotros acompañamos la denuncia penal en este caso concreto.

Esc. Jorge Ibáñez.- No sé si les quedó claro cuál era la maniobra. Una sociedad le está vendiendo una propiedad a una persona física por un importe relativamente bajo, con lo cual el impuesto a las ganancias que se generaba era mínimo, y luego esta persona física la transfería al comprador definitivo en el importe real de la venta, con lo cual pagaba el 1,5 porque era una persona física y, de esta manera, se llevaría el impuesto a las ganancias de la primera sociedad que le vendía a la cónyuge del dueño de la misma.

Participante.- ¿En qué quedó la intervención del escribano...?

Dr. Daniel Rafecas.- Lo que se ha relatado es solamente la presentación de una denuncia firmada por un representante del Ministerio Público Fiscal y el Director de Asuntos Jurídicos Penal Tributario de la DGI. La causa está en trámite.

Participante.- El problema es el de la responsabilidad del escribano que intervino en la operación.

Dr. Daniel Rafecas.- Sí, por supuesto.

Participante.- ¿La evasión era elevada?

Dr. Daniel Rafecas.- Sí, era una evasión agravada. El perjuicio fiscal de la operación superaba el millón de pesos.

Participante.- ¿Es común en sus funciones ese tipo de intervención...?

Dr. Daniel Rafecas.- No, la Unidad Fiscal donde yo intervengo solamente actúa en casos de relativa magnitud.

Esc. Jorge Ibáñez.- Lo que se está mencionando es la responsabilidad del escribano en este tipo de maniobras.

Dr. Daniel Rafecas.- Aclaro que en esta oportunidad se trata solamente de una denuncia, y el representante del Ministerio Público Fiscal tomó intervención ante la posible comisión del delito y teniendo semiplena prueba del dolo con el cual se había actuado en este caso, que me parece a todas luces excepcional, sobre todo por las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló el hecho. Insisto en que se trata de un caso verdaderamente excepcional.

Reitero: en cada escritura pública hay en el medio un escribano. Es decir, desde el punto de vista de la relación de causalidad lleva al resultado lesivo, al delito; en todos estos delitos de cuello blanco, en todos los delitos de criminalidad grave vinculados con delitos financieros, en el lavado de dinero, en un caso o en otro, siempre va a haber en el medio un escribano público o un profesional de ciencias económicas. Desde un punto de vista causal, en la relación de causa y efecto, siempre va a haber el aporte de un escribano o de un contador. Pero esto no quiere decir bajo ningún concepto que por eso el escribano o el contador estén ya incurriendo en el tipo penal de que se trata, sino que a esta relación de causalidad se le tiene que agregar una valoración jurídica, normativa, del ámbito de actuación. Entonces ahí entra a jugar el rol que ocupa este profesional que interviene. Normalmente, este rol va a decir, va a afirmar

categoricamente que esta persona no tiene responsabilidad alguna en cuanto a su actuación en lo que después se transforma en la comisión de un delito.

Participante.- Si yo, escribana, actúo en una operación fiscal como la que usted está refiriendo, conforme a la ley tendría que informar a la UIF que sospecho que se está escondiendo una operación delictiva. Por tanto, tengo que parar la operación, pero la sospecha que informé a la UIF es secreta porque yo no puedo decirle al cliente que lo van a investigar.

Si después resulta que la operación no era delictiva, como yo suponía, y la suspendo, estoy sujeta a un juicio por daños y perjuicios por parte de la persona que firmó el boleto y me ha designado para hacer la escritura. En concreto, no le puedo decir al cliente que fui a informar porque es secreto y si tengo que informarles a ustedes y después no hay delito, ¿quién me defiende del juicio que me hacen por no haber autorizado la escritura cuando aparentemente no había motivo? ¿Cómo funciona esto?

Esc. Jorge Ibáñez.- Le voy a aclarar su duda, escribana.

El doctor dio un ejemplo de la complicidad, por decirlo de alguna forma, del escribano en una maniobra de evasión fiscal. No es un tema de lavado de dinero. Acá no está en el tapete el tema de la obligación de informar a la UIF, ese tipo de operación que expuso el escribano, eso es otra cosa.

Omití mencionar –y me gustaría intercambiar ideas con el doctor que está presente– la oportunidad de formular la información. ¿Se puede deducir del articulado de la ley que la obligación debe complementarse antes de concretar la operación?

Cuando al escribano le llevan todos los elementos, puede pensar que se trata de una operación sospechosa y, por tanto, si está dentro de las pautas –esperemos que sea así– que se establezcan oportunamente, tiene la obligación de formular la información a la UIF antes de realizar la operación. Esto no está dicho en la ley y es una de las cosas por las cuales se la critica, que no esté expresamente establecida esa disposición.

Pero al mismo tiempo, en algunos cursos y seminarios que hemos hecho sobre lavado de dinero ha variado un poco la opinión sobre este tema. Inicialmente, y estamos hablando de los primeros proyectos de ley, siempre se habló de que la obligación de informar debería ser previa a la realización de la operación, porque una vez efectuada, es decir, entrada en el circuito, ya era imposible el seguimiento y lo importante era abortar la operación para poder impedir el lavado de dinero. En los últimos cursos que hemos realizado, incluso con la doctora Llerena, ha variado un poco este criterio, y en el orden internacional también ha pasado lo mismo. Hay quienes piensan que no, que la ventaja que tiene la norma actual radica en que no se alerta al lavador de dinero y que es una forma de poder atraparlo en el momento en que está incurriendo en el delito. Esto tal vez en una operación notarial no se ve tanto pero, como casi todo el articulado de la ley, está referido en mayor medida al tema financiero. En una operación financiera se ve más claro porque en el lavado de

dinero toda la operación se realiza en el banco, se efectúa todo el preparativo para la transferencia del dinero, etcétera, y es en el momento en que se hace la transferencia cuando se comete el delito que se puede detectar.

Pero insisto en el tema de que otro de los problemas que tiene la ley y que afecta a los escribanos reside en saber si la obligación de informar es antes o después de que se realiza la operación. Podría ser que el escribano descubriera a posteriori que se trata de una operación de lavado de dinero, y creo que aunque la informara con posterioridad estaría cumpliendo con lo que lo obliga la normativa y, por lo tanto, fuera de las penalidades que le impone. Pero se trata de mi pensamiento.

Sr. Coordinador.- Me gustaría saber el punto de vista de la UFITCO respecto de alguna inquietud que tienen los escribanos por acciones judiciales que se han emprendido por constitución de sociedades relacionadas con personas jurídicas provenientes de paraísos fiscales o *offshore*, que pueden estar vinculados con lugares del Caribe u otros, ya que cuando provienen de allí determinados instrumentos públicos, existe el temor de quedar comprendido en las posibilidades de participación criminal por maniobras cometidas con posterioridad.

Dr. Daniel Rafecas.- En todas las grandes investigaciones que hemos realizado desde nuestra conformación siempre nos hemos encontrado, en el fondo del ovillo, con una sociedad denominada *offshore*, punto en el cual nos hemos visto impedidos de continuar la investigación o recabar información para llegar a los autores materiales de la mayoría de los ilícitos.

Pero también debo comentar que nuestro país tiene una llamativa orfandad legislativa respecto de la consideración de constitución de sociedades *offshore*. La Argentina carece de una mínima legislación para orientar a los operadores del sistema judicial y del Ministerio Público Fiscal respecto de cómo tomar la presentación de descargos por parte del imputado o pruebas de parte de la defensa, vinculados con operaciones provenientes de paraísos fiscales. La única legislación específica en la República Argentina es una resolución general de la DGI de 1949, que lleva el número 264, dictada poco tiempo después de la sanción de la ley nacional 11683. Aunado a esto, hay dos o tres fallos de la Cámara en lo Contenciosoadministrativo Federal, en el ámbito del derecho administrativo, en los que se ha revocado un fallo del Tribunal Fiscal de la Nación, echando por tierra determinadas presunciones legales que querían ejercer aquellos que oponían la existencia de cuentas en paraísos fiscales. En el ámbito del Derecho Penal no hay absolutamente ningún antecedente.

Con este punto de partida se hace muy difícil tratar de llevar adelante investigaciones serias en el ámbito penal, cuando aparecen en el medio operaciones con paraísos fiscales o sociedades *offshore*. Incluso tuvimos todas las investigaciones vinculadas con el caso “Perel”, un financista integrante del organismo de administración de un banco mediano de la Ciudad de Buenos Aires, quien a través de un escrito firmado por él confesó haber participado de una

serie interminable de maniobras de toda índole, todos delitos de cuello blanco, con participación en delitos de evasión tributaria de sus clientes. Aun así, como en todos los casos se trata de sociedades *offshore*, nos está costando muchísimo impulsar las investigaciones en los juzgados federales y penal económicos, porque los países en los que están radicadas estas empresas se niegan sistemáticamente a dar información sobre la titularidad de las compañías.

¿Cómo relacionamos esto con la actividad de los escribanos? En todas estas denuncias hay intervención de escribanos. En el caso “Perel” el banco trabajaba con un escribano de confianza, como normalmente lo hacen todos los bancos. Obviamente no es para nada cómodo trabajar con muchos escribanos cada vez que se hace una operación, por lo que había una relación muy acendada con una escribanía. En el caso de este banco hicimos una denuncia penal por asociación ilícita, y en el repertorio de posibles coautores o integrantes de la misma, presentamos a todos los miembros del órgano de administración y gerentes de las áreas claves que no podrían haber desconocido la actuación ilegal de la entidad financiera, pero ni siquiera consideramos la intervención del escribano como para denunciarlo penalmente. En ese caso el escribano fue convocado como testigo, no existía ningún indicio de que este notario tuviera algún tipo de intervención más allá de la específica de su ámbito de actuación. Y, pese a que en la mayoría de los casos se trataba de intervenciones de apoderados y sociedades constituidas en el Uruguay u otros paraísos fiscales, no nos llevó a hacer ninguna imputación al escribano.

Hubo otra serie de casos vinculados a infracciones a la ley penal tributaria, en los que se citó al escribano como testigo. Con este tema de orfandad en materia de sociedades *offshore*, que un escribano haya intervenido dando fe de que el apoderado se presenta con toda la documentación y hace una compra-venta no tiene ninguna relevancia penal.

Participante.- Si no hubiera orfandad legislativa, ¿los escribanos podríamos tener responsabilidad en esos casos?

Dr. Daniel Rafecas.- No, esto viene a colación con la cuestión de cómo se van a regular las pautas objetivas que van a llevar a la percepción de la existencia de actividades sospechosas. La circular que rige en España está teñida claramente con las cuestiones de los paraísos fiscales y sociedades *offshore* y, a su vez, se basa en una serie de leyes y normas vigentes en ese país, que alertan al ordenamiento jurídico frente a la existencia de esos paraísos fiscales. De modo que hay una serie de herramientas jurídicas previas sobre las que se apoya la circular que da base a la actuación de la UIF española. En nuestro caso, no tenemos esa circular ni tampoco la legislación sobre la cual ella tendría que basarse.

Participante.- No se puede prohibir a una sociedad extranjera que compre un inmueble en nuestro país. Aquí debemos partir de la vigencia del artículo 19 y de todas las garantías constitucionales. Aquí caben todas las actua-

ciones, sobre todo están permitidas las del tráfico comercial, hasta tanto una legislación ponga alguna traba o alguna regulación.

Esc. Jorge Ibáñez.- De cualquier manera, para resguardar al escribano, entre las pautas objetivas, el Consejo Federal del Notariado y el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires sugerirán como operaciones para informar por el escribano a aquellas en las que intervengan sociedades *offshore*. De no hacerlo así, es decir, si el escribano no informara la operación en la cual interviniera una sociedad *offshore*, podrían caberle multas, porque si después se demostrara que se trataba de una operación de lavado de dinero podría verse implicado en las multas que se establecen en la ley.

Cabe aclarar que no estamos en presencia de una denuncia, aunque a veces “denunciar” e “informar” parezcan sinónimos. La ley no habla de “denuncia”; la denuncia se hace ante un tribunal. Ésta es solamente una información que tiene que dar el escribano; luego vamos a ver que la UIF dice en qué forma habrá que hacer la denuncia, por ejemplo: si es por escrito. Lo único que hace el escribano es informar que va a realizar ese tipo de operaciones. En España, de los siete mil casos de información que ha habido, únicamente tres han tenido consecuencias de continuidad porque se trataba de operaciones de lavado de dinero. Acá es muy probable que pase eso y más aún, sobre todo porque al principio los escribanos, ante cualquier duda, van a informar hasta que se tome un poco más de tiempo en el tema.

Participante.- Supongamos que un escribano informe a la UIF sin advertirle al tercero que va a hacer la operación, cumpliendo con la ley. Pero luego surge que no había nada raro y el tercero involucrado se entera de ello después de la operación. ¿Qué le pasa al escribano con su responsabilidad respecto del secreto profesional? ¿No puede iniciarle algún juicio por daños y perjuicios?

Esc. Jorge Ibáñez.- No, porque la ley prevé expresamente que no hay ninguna responsabilidad por parte del sujeto obligado a informar que así lo haga.

Participante.- ¿Pero si no hay delito...?

Esc. Jorge Ibáñez.- Haya o no haya delito, no tiene ninguna responsabilidad por la información dada.

Por otra parte, si bien es cierto que el escribano no va a contarle al requirente que la operación se va a informar, no me cabe la menor duda de que aquellos que van a estar en conocimiento acerca de qué operaciones tiene la obligación de informar, sobre todo de los que tienen interés en lavar dinero, van a ser los primeros que conozcan qué clase de operaciones hay que informar.

Esta ley pretende cerrar las puertas al lavador de dinero, no solamente porque los escribanos van a informar, sino porque los que trabajan en la compra

y venta de joyas y de materias de valor también deben informar las operaciones a través de las pautas objetivas que se hizo para ellos. Reitero: ésa es la forma de ir cerrándole las puertas al lavado de dinero.

Participante.- ¿Cuál es el monto mínimo de la operación que debe informar el escribano?

Esc. Jorge Ibáñez.- En las directivas del notariado español se establece que todas las operaciones tienen un monto mínimo para informar. Nuestra ley dice “cualquiera sea su monto”, pero no sé en qué va a quedar este criterio, porque va a llegar un momento en que algún escribano tendrá que informar operaciones en las que intervenga alguna sociedad *offshore* de valores insignificantes. Ésa es mi opinión.

Para que ustedes tengan una idea voy a señalar cuál es el monto de las directivas españolas: en la compraventa de inmuebles el monto es de 300.000 euros.

Participante.- Me permito señalar que la ley 25246, de lavado de dinero, a veces dificulta la aplicación de la ley que obliga a que todo pago superior a 1.000 pesos debe hacerse con cheque o cheque cancelatorio. Es muy frecuente que los escribanos digamos a la gente, en los casos en que procede el pago con cheque cancelatorio, que vaya a comprarlo a algún banco. Y es muy común que vuelva a vernos para decirnos que no han podido conseguirlo después de recorrer varios bancos. Me puse a averiguar; hablé con el gerente del banco, que es un contador, y le pregunté por qué no vendían un cheque cancelatorio en una operación de 300.000 dólares cuando la ley prevé que deben venderlo. Y el contador me dijo algo que ahora le encuentro razonabilidad: que él no podía vender un cheque cancelatorio a cualquier persona que le llevara 300.000 dólares porque podía tener implicancias de carácter penal en virtud del régimen penal que establece esta ley. Y yo no sé cuántos escribanos han podido hacer escrituras con cheques cancelatorios. Yo sólo he hecho una o dos operaciones con cheques cancelatorios desde que empezó la vigencia de esta ley, el 2 de enero de este año; después tuve que recurrir a cheques certificados o a otros medios de pago porque, repito, sólo pude lograr dos cheques cancelatorios. Los bancos no los venden o no los expiden por la razón que he indicado.

Esc. Jorge Ibáñez.- Creo que la única solución que hay para este problema es una modificación de la ley, que establezca la exención del escribano para el caso del cheque cancelatorio porque no está alcanzado por la ley de lavado de dinero. Me parece que esto no va a ocurrir y que va a llevar a la total desuetud de este tipo de operación, como tantas otras instituciones, fórmulas legales, inventos legales que ha habido en las últimas décadas.

Agrego que las instituciones financieras siempre se opusieron al cheque cancelatorio y esgrimían como argumento, precisamente, la responsabilidad

de la máxima “conozca a su cliente”. Pero de esta forma no tienen ninguna posibilidad de conocer a su cliente.

Cuando tuvimos conversaciones con los directivos del Banco Central, se habló de la exención de responsabilidad a los bancos por la venta de cheques cancelatorios. Quedaba en la nada, porque no hay nadie que sea responsable, ni la institución financiera ni el escribano, con respecto al tema del lavado de dinero.

Participante.- ¿Qué pasa en el caso de la compraventa de inmuebles que se sabe es dinero proveniente de lavado de dinero? Yo no soy escribana, sino abogada, y aquí estamos planteando el tema que me preocupa porque es sabido que estos cheques a los que nos estamos refiriendo están en el mercado argentino. ¿Cómo manejamos el grado de culpabilidad? Obviamente, en estas compras intervienen escribanos, hay bancos en el medio... ¿Qué marco le damos a esta situación?

Dr. Daniel Rafecas.- Insisto en un punto: creo que la ley de lavado de dinero apunta de manera directa y muy clara a personas que tengan en sus manos la organización del blanqueo de dinero, de capitales, y de modo muy marginal aparece la intervención de instituciones, de funcionarios y de intermediarios legalmente habilitados pero que son necesarios, no porque se trate de operaciones ilícitas sino para el tráfico comercial de esta sociedad tan compleja en la que vivimos. Una operación de lavado de dinero bien organizada –hasta antes de los controles ahora implementados– podía pasar numerosos controles, entre ellos el del escribano y el que legalmente se puede obligar a la entidad financiera, porque siempre ha habido lavado y otros delitos en los que se utiliza como instrumento, sin dolo, a intermediarios como profesionales en ciencias económicas. Pensemos el caso de los delitos de evasión tributaria, que necesariamente se perfeccionan a través de la presentación de los balances en el órgano de fiscalización. Esto no quiere decir que los profesionales en ciencias económicas que rubrican y dan fe de los estados contables, balances, cuadros complementarios, notas, estén involucrados en lo que ha hecho el sujeto responsable. Creo que hay que hacer el razonamiento inverso y partir, como se debe hacer en el Derecho Penal, del principio de inocencia, y ponerse a investigar a los intermediarios cuando aparezcan indicios claros, precisos y concordantes de la intervención dolosa de alguno de ellos.

Esc. Jorge Ibáñez.- En cuanto al caso que plantea la doctora, me parece que si el aspecto es de una operación de lavado de dinero de que se tenga conocimiento, está vigente la ley que modifica los artículos 277 a 279 del Código Penal. El decreto reglamentario se refiere solamente al capítulo II de la ley, que es la creación de la UIF y todo lo que podríamos denominar el régimen penal administrativo.

Como dijimos inicialmente, está despenalizada la actuación mediante imprudencia, es decir, la culposa, pero no la dolosa. En la medida en que el inter-

viniente tenga conocimiento de que se trata de una operación de lavado de dinero, estará cometiendo el delito, que está vigente.

Sr. Coordinador.- Hubo casos de investigaciones de lavado de dinero, aunque no relacionados con escribanos.

Esc. Jorge Ibáñez.- Lo que está vigente pero es de imposible cumplimiento es la obligación de informar, porque no existe la UIF, no es operativa, no están dictadas las normas para cumplir y, por lo tanto, no está vigente.

Dr. Daniel Rafecas.- La eventual intervención de un director de una entidad financiera o de una AFJP o de escribano público quizás no encaja en la descripción de los verbos típicos de la figura principal, la contemplada en el artículo 278, que se refiere a convertir, transferir, administrar, vender, gravar. El autor del delito va a ser la persona que trae el dinero y pretende o logra hacer el blanqueo, pero los funcionarios, representantes legales o el escribano público que intervienen dolosamente lo hacen como cómplices necesarios en los términos del artículo 45 del Código Penal. Intervienen de un modo tal que sin su activa participación el delito no se hubiera podido cometer y, por lo tanto, rige la misma escala penal. La afectación del bien jurídico tutelado no sólo se produce por la actuación del autor o coautores sino también a partir de la intervención de los cómplices, que si bien carecen del dominio del hecho, con su actuación también afectan el bien jurídico. Ésta es la explicación de por qué funcionarios o sujetos que no tienen en sus manos las riendas del hecho de todos modos son castigados, máxime en determinados roles en que el ordenamiento jurídico tiene una fuerte expectativa de que van a realizar un control de la legalidad de la actuación.

Insisto en que el punto de partida es el principio de inocencia, y una vez que se cuenta con indicios graves, precisos y concordantes, entonces se comenzará a investigar.

Participante.- Respecto de las pautas objetivas, el escribano Ibáñez decía que se iba a tomar en cuenta si la operación es realizada por una sociedad *offshore*. Siendo que todavía no hay obligación de informar, y hay operaciones con sociedades *offshore*, ¿qué precauciones o requisitos debemos pedir al requirente para autorizar la escritura, para no ser considerados cómplices?

Dr. Daniel Rafecas.- Ésa es una pregunta muy pertinente. Tenemos la contradicción de que, por un lado, no hay reglamentación ni siquiera de las sociedades *offshore* ni de la intervención de la UIF pero, por otro, los delitos están vigentes. Además, supongamos que algún escribano tiene dudas de que la operación sea de lavado de dinero, ¿a quién le debe informar? No tiene a dónde informar.

Me parece que en estos casos la única manera de estar tranquilo por el momento es agotar los requerimientos de mayor información con respecto a la

persona que se presenta. Pero hoy en día, ante el marco jurídico que existe en la Argentina, el escribano, sin salirse de su rol, no tiene por qué desconfiar, en principio, de intervenir en operaciones *offshore*. Éste al menos es mi punto de vista, refiriéndome a una posible responsabilidad penal. Por ahora mi opinión es que, en principio, no tiene de qué preocuparse, salvo que aparezcan indicios manifiestos: si es la esposa de Pablo Escobar Gaviria, se trata de una circunstancia ajena a la participación de una sociedad *offshore* que merecería ciertos reparos. De hecho, hay una causa en el ámbito penal que ha llegado hasta las últimas instancias.

Esc. Jorge Ibáñez.- Apoyando la opinión del doctor Rafecas, diría que, respecto a la responsabilidad penal del escribano, no la tiene porque está despenalizada la imprudencia. El escribano podría haber actuado con imprudencia al realizar la escritura sin una mayor investigación. No es su obligación hacer una mayor investigación, por lo que puede entrar en una actuación culpable, que no está penalizada.

Respecto a la obligación de informar, al no existir forma de hacerlo, no se puede cumplir y tampoco le corresponderían al escribano las penalidades establecidas.

Participante.- ¿No se pueden aplicar las multas previstas?

Esc. Jorge Ibáñez.- Entiendo que no, porque si no hay cómo informar, le han impuesto una obligación de imposible cumplimiento, ya que se dijo que después se iba a establecer cómo hacer, y nunca se estableció.

Dr. Daniel Rafecas.- Es una curiosa técnica legislativa. En este caso tendría que haber supeditado la puesta en marcha de todo el régimen penal sancionatorio administrativo al funcionamiento de la UIF. Creo que es una omisión bastante llamativa.

Esc. Jorge Ibáñez.- Esto se hizo con un poco de apuro, como forma de cumplir con compromisos internacionales. Ésta es la realidad.

Participante.- ¿En qué queda el tema de los “paraísos fiscales”?

Esc. Jorge Ibáñez.- Este tema tampoco está claro y el Colegio de Escribanos, en su oportunidad, va a pedir que cuando se hable de “paraísos fiscales” se le informe a todo el notariado de qué se está hablando. Si bien algún escribano de la Capital Federal está acostumbrado a trabajar con entidades financieras y en la *City* y demás, pensemos que también es válido para los escribanos del interior, que en su vida han visto una *offshore* del Uruguay o del Paraguay.

Dr. Daniel Rafecas.- Técnicamente no toda sociedad *offshore* constituida

en el Uruguay será de tipo *offshore*. Va a ser una sociedad *offshore* en sentido estricto y, técnicamente hablando, aquella que se ha constituido en el mismo ordenamiento jurídico que permite la constitución de sociedad sin ningún tipo de control mínimo o nulo respecto de su existencia. Solamente se realiza un acto constitutivo y a partir de ahí no hay ningún tipo de control ni tributación impositiva alguna. Al respecto, la legislación uruguaya lo permite, permite la constitución de lo que se llama las “sociedades *holdings*” técnicamente constituidas en sociedades *offshore*.

Éste es un concepto distinto del de paraíso fiscal, que es otra cosa. Para este caso, se habla de una Nación, de un Estado en el cual rigen nulos controles en todo sentido, impositivos y tributarios, aunados a un fuerte secreto fiscal por parte del Banco Central de ese Estado.

Si usted me pregunta si Uruguay es un paraíso fiscal, yo debo contestarle que no. En este momento están circulando en los países avanzados de Occidente una serie de listados, una especie de “lista negra” de países, en la cual Uruguay no está incluido.

Hoy día Uruguay no está considerado un paraíso fiscal, pero su legislación sí tiene la posible constitución de “sociedades *holdings*”, comúnmente denominadas “*offshore*”.

Sr. Coordinador.- Al no haber más preguntas, quiero agradecerles a todos su presencia, a los disertantes la oportunidad que nos han dado de sacarnos algunas inquietudes y a los concurrentes los invitamos para el miércoles 24 de octubre, en que se realizará una nueva Jornada relacionada con “falsedad ideológica en instrumento público”, en la cual se hará presente también un Fiscal del Crimen.

Muchas gracias. (*Aplausos prolongados*)

SOBREEDIFICACIÓN EN EL
RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD
HORIZONTAL.
SESIÓN PÚBLICA DEL 6 DE AGOSTO
DE 2001

SOBREDIFICACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

SESIÓN PÚBLICA DEL 6 DE AGOSTO DE 2001

Sra. Coordinadora (Acquarone).— Una vez más la Academia Nacional del Notariado tiene el gusto de hacer participar al público en general de los temas que se abordan en sus sesiones.

La idea es hacerlos partícipes de los estudios de algunos de sus miembros para que podamos hacer una discusión pública y polemizar entre nosotros, con el pensamiento que siempre tenemos. Es probable que de acá nadie se lleve una solución sino que nos llevemos más interrogantes, para que cada uno, en su propio recorrido, les dé las respuestas jurídicas que considere adecuadas.

Hoy tenemos el gusto de que esté entre nosotros el doctor Horacio Vaccarelli, quien es profesor adjunto de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como de la Pontificia Universidad Católica Argentina. También, es profesor de posgrado de la Universidad Notarial Argentina, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina. Es miembro del Instituto de Derecho Registral, tanto de la Universidad Notarial Argentina como del Colegio Público de Abogados. Es miembro, asimismo, del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado y de la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Éstas son algunas de las múltiples actividades del doctor Vaccarelli, porque ha tenido una vida muy activa dentro de lo académico, y realmente nos ha complacido participar junto con él en numerosos encuentros de juristas.

No tengo ninguna duda de que hoy nos va a esclarecer una vez más sobre un tema que realmente sigue planteándonos grandes interrogantes.

El tema de hoy es la sobreedificación en la propiedad horizontal, o como bien se anunció, el alta de las unidades en construcción.

Tiene la palabra el doctor Vaccarelli.

Sr. Vaccarelli.— Siempre digo que los currículos hay que mencionarlos después de que uno terminó de hablar, no antes, porque tampoco es bueno tener demasiadas expectativas.

Quiero agradecer a la Academia Nacional del Notariado por haberme invitado a estar con ustedes, para hacer algunas reflexiones sobre un tema que nos preocupa. Realmente lo que se ha tratado hasta ahora lo ha hecho gente que conoce muy bien este tópico en particular, así que en realidad hemos aprendido con los que ya han escrito sobre la cuestión.

En este sentido, quiero recordar fundamentalmente a un gran maestro que tuve, el escribano Francisco Fontbona, quien me honró con su amistad. Hace treinta y cinco años, cuando yo recién comenzaba a saber qué era un Registro, él ya sabía casi todo, por no decir todo. Y en este tema, precisamente, fue un pionero; sus enseñanzas son bien actuales y su pensamiento nos guía prácticamente a todos.

El tema de la sobreelevación o de la sobreedificación en el régimen de la propiedad horizontal nos obliga a analizar brevemente algunas normas vinculadas con el derecho de dominio del Código Civil, el dominio romanístico, tradicional, para ver cuáles son las diferencias con el “peculiar régimen jurídico de la propiedad horizontal”, al decir de Alterini, y ver de qué modo puede introducirse este tema de la sobreedificación en un régimen absolutamente cerrado como la propiedad horizontal o, al menos, en un régimen muy acotado en cuanto a las facultades del *ius utendi*, *fruendi* y *abutendi*, sobre las cosas propias y aun sobre las comunes.

El régimen de dominio del Código de Vélez —el régimen de dominio romanístico— se nos aparece legislado, como se legisló en la época en que Vélez acometió esta tarea, analizando el dominio a través de la utilidad que presta este derecho real. De ahí que en la propia definición de dominio, Vélez se esfuerza en caracterizarlo a través de las utilidades que otorga este derecho, es decir, la *maxima potestas* que otorga este derecho real.

En la conformación del objeto del derecho real, si bien el Codificador no se detuvo demasiado, no estableció normas relativas a la determinación del inmueble —quizás porque en su época no revestía un gran valor económico (en la nota al art. 3203 del Código así lo sostiene)— pero sí en esa materia de dominio de inmuebles se preocupó por fijar los límites al dominio, estableciendo, en principio, que el derecho de dominio concede a su titular todas las facultades, no sólo en su superficie sino en el subsuelo y en el espacio aéreo, a través de líneas perpendiculares a los límites del fundo, siguiendo el aforismo según el cual este dominio se extiende desde los cielos hasta los infiernos, acotado por las leyes que reglamenten su ejercicio (conf. art. 2518 C. C.)

Hay normas que reglamentaron y limitaron este ejercicio. Por ejemplo, el régimen de tesoros en el Código Civil; el Código Aeronáutico vino a poner se-

rios límites a este espacio aéreo; el Código de Minería también estableció serias restricciones.

Pero en el régimen de la accesión, el Código Civil, art. 2571, consolida esta supremacía que tiene el dominio en materia de inmuebles, en cuanto establece que todo aquello que acrezca a este inmueble, que se adhiera al inmueble en forma natural o artificial, será propiedad del titular del fundo. A su respecto, establece dos presunciones: que todo lo edificado en el inmueble pertenece al propietario y que, además, él lo ha construido (art. 2519). La primera presunción es *juris et de jure* y la segunda es *juris tantum*, es decir que el Codificador le permite discutir quién ha hecho la construcción pero no quién es su propietario.

En este régimen de la accesión, junto con el de la construcción –del artículo 2587 en adelante–, Vélez fija algunas normas que serán interesantes para analizar el tema que hoy nos convoca.

En materia de construcción, Vélez establece que aquel que construya con materiales propios en terreno ajeno, siendo de buena fe, genera una construcción que ha de pertenecer en principio al propietario del terreno. Esto es propio del régimen de la accesión. Claro que, siendo de buena fe, quien construye en terreno ajeno con materiales propios podrá requerir del propietario, si éste quiere quedarse con lo construido, una justa indemnización. Siendo de mala fe, también ha de pertenecer lo construido al propietario del fundo, pero ya solamente quien construyó tendrá derecho a la restitución del mayor valor que la cosa hubiere tenido. Por último, si tanto el que construye como el propietario del terreno son de mala fe, Vélez da la solución que estableció en el régimen de la construcción por el tercero de buena fe.

Como ustedes ven, todo aquello que acrezca al inmueble será siempre de su propietario.

Cuando se gesta el régimen de nuestra propiedad horizontal, esta suma potestad que se tiene en materia del dominio tradicional queda muy acotada en la propia ley, a pesar de que Vélez dice que en la propiedad privativa el dominio es exclusivo. Se discute realmente esta exclusividad, en especial en el régimen de la mejora, si el propietario puede realizar innovaciones en la cosa propia. El doctor Alterini, en un estudio sobre las facultades que tiene el consorcista de realizar mejoras respecto de las cosas propias, llega a la conclusión de que no está en mejor situación que el usufructuario. De más está decir que si esto ocurre en las cosas propias, en las comunes será muy poco lo que esté facultado a realizar.

Alterini, en un trabajo en colaboración con el doctor Gatti, cuando define la propiedad horizontal dice que “es un derecho real ejercido sobre un inmueble edificado, integrado por cosas propias y comunes, concediéndole al titular el derecho de uso, goce y disposición jurídica, con las limitaciones que impone este peculiar régimen jurídico”.

Es un derecho que se ejerce con un inmueble ya edificado. La ley impone la existencia del edificio, lo que va a marcar la gran diferencia con el régimen de la prehorizontalidad. Este edificio está compuesto por unidades propias y

comunes; es decir que las unidades propias o privativas, junto con las partes comunes, forman un todo indivisible, a tal punto que el derecho que se tiene sobre las cosas comunes, que constituyen un condominio de indivisión forzosa, va indisolublemente unido a la suerte que corra el acto dispositivo respecto de las partes privativas. Estas cosas comunes no podrán tener vida dispositiva propia pues siguen la suerte de la principal, que es la unidad privativa.

Respecto de las cosas comunes, el autor de la ley determina que el terreno es la cosa común por excelencia, terreno que en el derecho de dominio romanístico se nos aparece como lo principal. Aquí el terreno aparece como una cosa común, sumamente importante pero común. Dice la ley que estas cosas comunes pueden estar destinadas al uso común o ser indispensables para la seguridad del edificio. Establece estas dos connotaciones con respecto a las cosas o partes comunes; hace una enunciación de las partes comunes y concluye manifestando que los sótanos y azoteas son cosas comunes, salvo pacto en contrario. De allí que los sótanos y azoteas puedan ser dominio privativo o unidad privativa. Ya nos vamos acercando a estas cosas respecto de las cuales uno podrá ejercer el derecho a la sobreedificación.

Constituido el sistema a través del reglamento de copropiedad, el propietario afectante, en ese reglamento, podrá: ejercer una reserva –la de sobreelevar o sobreedificar–, reserva que puede estar plasmada ya en la determinación de las unidades a construir, perfectamente individualizadas, con la conformación de la proporción que le habrá de corresponder respecto del total del edificio; obtener de la autoridad de aplicación la aprobación del plano de mensura y división en propiedad horizontal con la fijación de las unidades construidas y de las unidades a construir; escribir así su reglamento; disponer totalmente de las unidades funcionales y ejercer luego este derecho de reserva a edificar las unidades que ha preestablecido dentro del sistema. Claro que el sistema va a funcionar con las unidades habilitadas porque, obviamente, sin cosa no hay derecho real; su habilitación vendrá en el futuro, cuando se encuentre ya edificado.

Pero puede ocurrir también que, construido el edificio y sin haber dejado ningún tipo de reserva en orden a la edificación de nuevas unidades, a posteriori los copropietarios del sistema decidan realizar obras nuevas, construcciones, tanto en el subsuelo como en el vuelo del edificio.

Éstos son los dos supuestos que, prima facie, se me ocurre que pueden hacernos analizar este régimen de la sobreelevación o sobreedificación que nos convoca.

El tema no está específicamente legislado; aparece como una construcción doctrinaria a través de lo que establecen los artículos 7° y 8° de la ley de propiedad horizontal. El artículo 7° fija una norma que –podríamos decir– tiene su correlato en el artículo 2680 del Código Civil en materia de condominio, cuando determina que el propietario del último piso no puede elevar los pisos ni hacer construcciones sin el consentimiento de todos los copropietarios, prohibición que también alcanza al propietario de la planta baja, al decir que no puede realizar construcciones que atenten contra la seguridad del edificio, tales como excavaciones, sótanos, etcétera.

Aquí la ley no hace más que seguir el principio general en materia de condominio, como establece el artículo 2680 cuando sostiene que ningún copropietario puede realizar sobre la cosa común actos materiales o jurídicos que impliquen el ejercicio de su derecho actual sin tener el consentimiento de todos los condóminos. El artículo 2681 dice exactamente lo mismo en relación con las innovaciones respecto de la cosa.

El artículo 8° de la ley de propiedad horizontal establece una norma que, para parte de la doctrina, está en contraposición con el artículo 7°, habida cuenta de que, refiriéndose también al copropietario, dice que éste está obligado a soportar las expensas derivadas de las innovaciones que sobre la cosa común hubiese decidido la mayoría de los copropietarios para su mejoramiento, es decir, para el mejoramiento de la cosa común, para un uso o goce más cómodo o para dotar a las cosas comunes de renta. La ley determina, en estos casos, que la decisión ha de corresponder a la mayoría de los copropietarios y, por supuesto, obliga a los otros a contribuir con las expensas al mantenimiento de estos emprendimientos, sin perjuicio del derecho a esbozar las quejas por aquellos que sostienen que esa decisión no se ajusta a derecho, fundamentalmente porque podría ser de costo excesivo o bien porque podría colocar en serio riesgo la solidez del edificio, etcétera.

El artículo 7° exige el consentimiento unánime para estas obras nuevas, mientras que en el artículo 8° el legislador se contentó con la mayoría. Parte de la doctrina nacional sostiene que esto implica un verdadero choque o desajuste normativo; algunos consideran que es total y otros que es parcial. Racciatti quiso aportar un principio de solución a estos enfrentamientos de la doctrina al sostener que el artículo 7° exigía la unanimidad, toda vez que el beneficio de esta obra nueva es exclusivo de uno o varios de los condóminos, pero no satisface el interés general, mientras que el artículo 8°, por el contrario, se aparta de la unanimidad porque las innovaciones tienen como destinatarios a todos los copropietarios; satisfacen el interés general.

Es decir que mientras en el caso del artículo 7° no estamos ante una innovación u obra de carácter necesario, sí podemos estar ante un acontecimiento de carácter necesario en el supuesto del artículo 8°. De ahí, pues, que respecto del artículo 7°, cuando hace referencia a las construcciones en la sobreelevación, en el vuelo, o cuando se refiere a las obras realizadas en el subsuelo, relativas a excavaciones o sótanos, la doctrina parte diciendo que este derecho a sobreelevar tiene, por lo menos, un reconocimiento de limitaciones que la ley exige para llevar a cabo esas obras nuevas.

Parte de la doctrina nacional —el doctor Alterini, por ejemplo— no hace distinción entre innovación y obra nueva. Para este autor, todo implica una mejora: mejora-innovación o mejora-obra nueva. El hecho de que beneficie a todos, a alguno o a algunos de los copropietarios no cambia la naturaleza de la mejora. De ahí que, según Alterini, mejora es toda reparación; la reparación puede ser una mejora porque ella puede dotar al edificio incluso de un mayor valor. Tanto la reparación como la obra nueva o la reconstrucción son mejoras. Y, a su criterio, no habría razón para apartarse del artículo 2680, exigien-

do en todos los casos la unanimidad, sea que beneficie a uno o a varios copropietarios o que beneficie al total de los copropietarios del sistema.

Pues bien, retomando la cuestión de la reserva que se formula en el reglamento de copropiedad por la decisión que tomen todos los copropietarios de realizar una obra nueva, *per se* o a través de una concesión a terceros, o a través de la concesión a alguno o a algunos de los copropietarios, vamos a ir analizando cómo debe ser llevado a cabo esto, cuál es el acto causal, cuál es el título suficiente, cuáles son los requisitos para que esta obra nueva pueda ejecutarse. Vamos a analizar, también, el régimen de su publicidad registral.

Como premisa diremos que la obra que conlleve estas construcciones tiene que ser realizada, para que sean tales, sobre cosas comunes; tiene que comprometer cosas comunes. Si compromete cosas particulares o privativas lo veremos luego pero, en principio, la doctrina se desarrolla a través de la obra nueva realizada en cosas comunes, porque esto es lo que establece el artículo 7° de la ley.

Para poder celebrar un acuerdo entre todos los copropietarios, por sí o a través de una concesión a uno o varios copropietarios o a un tercero, primero tenemos que partir de la idea de que este derecho tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad. La nueva obra –por supuesto– tiene que ser factible desde el punto de vista técnico, porque mal podría esta autonomía de la voluntad decidir la construcción de una obra que pusiese en serio riesgo el edificio. Tiene que estar avalada o autorizada por las autoridades competentes, y la vinculación jurídica a través de la cual se va a llevar a cabo el acuerdo será un contrato atípico, que la doctrina denomina “contrato de construcción”.

Es un contrato atípico porque tiene marcadas diferencias, por ejemplo, con la locación de obra y con la compraventa. Acá existe una cosa común y están involucrados los copropietarios. Aclaro que el consorcio nada tiene que ver aquí; la decisión es de los copropietarios y no del consorcio. El consorcio, como personalidad jurídica, no tiene capacidad para intervenir como tal porque no es propietario de las cosas comunes. Esto excede el ámbito de su administración. Son los copropietarios quienes deben tomar la decisión; como concedentes celebran este contrato, este acuerdo bilateral, con un tercero o con un copropietario, a través del cual se determina la obra a realizar respecto de una cosa común, que puede estar en el vuelo o en el subsuelo o en cualquier parte del terreno que forme la línea poligonal que delimita su parcela, pero afectado al sistema de propiedad horizontal. Para ello tenemos que establecer dónde radica la legitimidad de este acto de disposición que pueden ejercitar los condóminos.

Decíamos que existe un condominio de indivisión forzosa respecto de las cosas comunes, condominio que debe existir como tal hasta la extinción del sistema. Si alguien pudiera pedir en cualquier momento la división del condominio, el sistema –obviamente– no podría continuar. De ahí que el artículo 18 de la ley viene a derogar el artículo 2693 del Código Civil, que establece que el pacto de indivisión no puede ser superior a cinco años, sin perjuicio de sus renovaciones.

Es por ello, entonces, que este condominio de indivisión forzosa –respecto del cual rigen las normas de accesión a las que me referí al comienzo de nuestra charla– significa que todo aquello que acreciere a estas cosas comunes pertenecerá a los copropietarios de las cosas comunes. Por lo tanto, para que este acuerdo pueda llevarse a cabo realmente debemos decir que lo único de lo que van a poder disponer estos copropietarios respecto de las cosas comunes será del derecho de accesión. Es decir, el hecho de que lo que se incorpore a las cosas comunes siga siendo cosas comunes integrantes del condominio es lo que ellos van a abdicar.

Ellos renunciarán al derecho de accesión sobre esta nueva construcción, pero van a abdicar en forma condicional. Esta abdicación estará condicionada al cumplimiento, por parte del concesionario, de todas y cada una de las obligaciones que van a determinar en este contrato de construcción. Fundamentalmente, tendrá que llevar a cabo esta obra de acuerdo con las exigencias que resultarán del convenio en cuanto a su superficie; lugar en que va a efectuarse; porcentajes o porcentuales que habrán de corresponder a las obras nuevas; el plazo en el cual deberá realizarse; si esta concesión es revocable o irrevocable; si habrá alguna contraprestación a cargo del concesionario –por ejemplo, una suma de dinero– que implique alguna mejora en otras cosas comunes en beneficio del consorcio; puede ser que durante determinado tiempo asuma el pago de todas las expensas ordinarias del consorcio, es decir, una prestación que esté a su cargo y que beneficie a la comunidad. Eso dependerá de lo que se pacte en este acuerdo.

Deberá establecerse, también, la renuncia por parte del concesionario a todo derecho sobre la superficie a construir que se afecte como cosa común, así como renuncian los concedentes a todo derecho respecto de las partes privativas.

Tendrá que determinarse que el concesionario toma a su exclusiva costa y costo la construcción de la obra, los actos previos a la construcción, los actos posteriores a la finalización de la obra, como por ejemplo, la modificación del reglamento de copropiedad, las altas de estas unidades, el régimen laboral con sus empleados, el régimen de los seguros que estarán a su cargo; en fin, todo lo que constituya las obligaciones, tanto del concesionario como del concedente, estará plasmado en ese contrato.

Dicho contrato, como bien lo califica el doctor Orelle en su trabajo, es bilateral, formal y consensual. En cuanto al carácter formal, atento que implica obligaciones respecto del inmueble, estará comprendido dentro del inciso 1º) del artículo 1184 del Código Civil. Debe hacerse por escritura pública, lo que permitirá, a su vez, la oponibilidad a terceros, de modo que no padezca del efecto de inoponibilidad de los instrumentos privados.

En cuanto la obra concluya –hasta aquí, obviamente, la obra acreció la cosa común– nacerá la obligación de los concedentes de llevar a cabo los actos relativos a la escritura de enajenación a que hace referencia el artículo 2609 del Código Civil. El contrato de construcción será el título suficiente para la tradición y entrega de la cosa, de conformidad con el artículo 577 del Código Ci-