

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LA REALIDAD ACERCA DEL SISTEMA DE TRANSMISIÓN Y CONSTITUCIÓN
DE DERECHOS REALES EN ESTADOS UNIDOS***

MARCELO W. MIRANDA

SUMARIO

I. Necesidad de destruir un mito jurídico.-- II. Estructura del sistema estadounidense. - III. El negocio jurídico causal. - IV. El negocio jurídico

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

unilateral de enajenación V. . Inscripción del deed en el registro inmobiliario. - VI. Conclusión.

INECESIDAD DE DESTRUIR UN MITO JURÍDICO

Siguiendo al notable jusfilósofo Alf Ross, debemos considerar " . . . al derecho positivo como una técnica social o como un instrumento para alcanzar objetivos sociales de cualquier tipo"(1)(975). Por ello, toda norma jurídica, para resultar aplicable en un determinado contexto social, debe responder y ser producto de la realidad social, económica y política. Resulta entonces sorprendente, que en esta coyuntura política que encuadra a nuestra nación y que se caracteriza por la reivindicación de los valores nacionales, se pretenda modificar el sistema jurídico de transmisión y constitución de derechos reales sin tener en cuenta, -precisamente, los valores de nuestra tradición jurídica latina. Ciertos proyectos de leyes Y mensajes gubernativos revelan la intención de eliminar la intervención notarial en ciertos negocios jurídicos inmobiliarios. Ello nos sorprende y más aún si consideramos, luego de un profundo análisis que seguramente los autores de tales proyectos de leyes no realizaron, que el sistema jurídico al que impensadamente se trata de llegar es el aplicado en estados de economía capitalista cuya realidad política, social y económica está muy lejana de la de nuestra nación.

Tal es la razón de este trabajo comparativo del sistema jurídico de transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles de Estados Unidos. Pretendemos destruir algún "mito jurídico". Tal vez resulte irritante para algunos que este estudio no se haya referido a la normativa de algún estado socialista, pero: 1) el sistema jurídico que implícitamente se pretende implantar es el existente en países pertenecientes a la esfera del common law, muy particularmente Estados Unidos y 2), e irónicamente, en los estados socialistas existe una tendencia de fortalecer la función notarial. En la U.R.S.S., por ejemplo, nos informa la jurista soviética Lesnickaja que deben ser autorizados por notario: "a) Los contratos de transmisión de propiedad (compraventa, permuta, y donación) de una casa-habitación o de un departamento en un edificio de una colectividad urbana. La forma notarial está impuesta en los artículos 239, 255 y 257 del Código Civil de la República Rusa. b) Los contratos de hipoteca constituidos sobre una casa-habitación o departamento (art. 195 del Código Civil"(2)(976). Un ejemplo más de esta tendencia verdaderamente mundial de fortalecer la función notarial de la que aparentemente se nos pretende marginar, lo encontramos en la reciente Ley de Documentación sancionada en la República Federal Alemana el 28/8/69 que impone la autorización notarial para todo acto jurídico que requiera forma instrumental y que, conforme lo indica Dumoulin: " . . . ha dejado sin efecto la competencia judicial genérica para las documentaciones que el derecho federal prevé

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como requisito de validez de numerosos actos y negocios jurídicos"(3)(977); específicamente, los de transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles.

II. ESTRUCTURA DEL SISTEMA ESTADOUNIDENSE

El sistema jurídico de transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles estadounidense presenta algunas variaciones de estado a estado y aun dentro de cada estado, de condado a condado en razón del carácter local de la legislación civil. Sin embargo, los principios jurídicos generales son similares y nos permiten este estudio de conjunto en el cual haremos resaltar, sin duda, las particularidades más relevantes de algunas legislaciones locales. La base doctrinaria del presente trabajo la proporciona uno de los textos de derechos reales de mayor difusión en Estados Unidos: Real Estate Law de Robert Kratovil que en cinco ediciones ha alcanzado una tirada total de 150.000 ejemplares. Lo hemos completado con jurisprudencia y nuestra experiencia personal en Estados Unidos.

El sistema se estructura en tres etapas: a) negocio jurídico causal (contrato de compraventa o contrato hipotecario, por ejemplo); b) negocio jurídico unilateral de enajenación cuyo instrumento se denomina deed operándose la transmisión de dominio mediante la tradición del deed al adquirente (salvo en aquellos pocos condados que implantaron en esta materia el sistema Torrens y que por ende requieren registración para operar la transmisión o constitución del derecho real) y c) registración (con efectos jurídicos respecto de terceros). Las dos primeras etapas (negociales) presentan complejos elementos de fondo y forma que son frecuentemente omitidos por las partes, generándose vicios en los títulos. La ausencia del funcionario público-profesional del derecho (notario) en la configuración jurídica de la voluntad de las partes determina el peligro de nulidades y consiguientemente, de vicio en los títulos. Por otro lado, la falta de autenticidad de los documentos en que se instrumentan estos negocios jurídicos contribuye a aumentar la inseguridad jurídica de las partes en un negocio inmobiliario. Por todo ello, el procedimiento para la adquisición de un derecho real constituye en Estados Unidos un camino pródigo en trampas y peligros que pueden alcanzar hasta el contratante más prevenido. Es un sistema necesariamente lento (por los recaudos que deben tomar partes en defensa de sus derechos) y costoso pues genera multiplicidad de controversias jurídicas que se sustancia en juicio. Por todo ello, la inseguridad jurídica aumenta en forma geométrica en cada sucesiva transmisión del derecho real. Se ha perdido de vista un valor fundamental en todo sistema jurídico ya que, como lo expresa Martínez Ruiz: "La certeza y la seguridad son presupuestos ineludibles del bien general, y aun cuando sean valores de rango inferior a la justicia, condicionan la posibilidad de lograrla"(4)(978).

III. EL NEGOCIO JURÍDICO CAUSAL

A. Concepto.

1) Especies.

Nos referiremos al caso más común: al contrato de compraventa, del cual existen dos especies principales: a) el cash sale contract, que obliga al comprador al pago al contado contra la tradición del deed y b) el installment contract, por el cual el adquirente paga el precio en cuotas y se le hace tradición del deed una vez percibidas por el vendedor un cierto número de cuotas.

2) Causa-fin del negocio jurídico causal.

Frente a la particular estructura del sistema jurídico de transmisión y constitución de derechos reales en Estados Unidos, cabe interrogarse acerca de la necesidad de que exista un negocio jurídico causal. Kratovil admite que teóricamente sería suficiente (salvo en caso del installment contract) que el adquirente abonase el precio y el transmitente otorgase e hiciese tradición del deed. Sin embargo ello no puede ser así, pues en razón de la inseguridad jurídica que reina en los negocios inmobiliarios se determina la necesidad de un complejo estudio del título del transmitente (o la contratación de un seguro que como etapa previa requiere también de dicho estudio), lo cual es costoso y lento y entonces, para evitar ulteriores arrepentimientos, las partes se obligan contractualmente a que, si el título del transmitente tiene la calidad prometida por éste, se opere en una segunda etapa la transmisión del dominio y el pago del precio⁽⁵⁾(979).

En nuestro país, la existencia de un engendro jurídico como el boleto de compraventa (principal fuente de inseguridad jurídica) y la necesidad de posterior escritura pública puede confundir al observador lego y hacerle pensar que la estructura jurídica es similar. Ello no es así: el boleto de compraventa (precontrato con efectos jurídicos personales) debe su existencia a la imposibilidad de otorgar inmediatamente la escritura pública en que se instrumenta el contrato de compraventa, por la obligación impuesta al notario por aberrantes normas fiscales que requieren la previa tramitación de certificaciones de deudas fiscales. La celebración previa del negocio jurídico causal surge en Estados Unidos en razón de la inseguridad jurídica que fuerza a las partes a recurrir a complejos, costosos y lentos procedimientos a fin de proteger sus derechos. El boleto de compraventa desaparecería en nuestro país en el término de semanas si se derogasen las normas fiscales precitadas. En Estados Unidos, si bien nadie transfiere dominio sin causa, o sea que siempre existirá un negocio jurídico causal, el mismo perderá su importancia e incluso dejará de instrumentarse si desaparece la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inseguridad jurídica y ello solo ocurrirá si se modifica radicalmente el sistema de transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles y tal modificación radical sólo puede llevar a un sistema similar al existente en nuestro país, el que, sin embargo, es objeto de ciegos ataques por quienes deslumbrados por el brillo de lo foráneo y novedoso y persiguiendo algún oculto propósito demagógico no reparan en la perfección y perfectibilidad de nuestras propias instituciones jurídicas nacionales, producto de nuestro acervo cultural.

B. Elementos.

Examinaremos brevemente los elementos del negocio jurídico causal (ejemplificando generalmente con la compraventa), sin profundizar en la moderna clasificación en presupuestos y elementos propiamente dichos.

1) Sujetos.

a) Comprador y vendedor deben ser identificados correctamente en el documento que instrumenta el contrato. Sin embargo, es tal el caer jurídico derivado de la falta de intervención notarial, que la jurisprudencia presenta casos en que se había omitido el nombre de una de las partes: así en "Grafton v. Cummings" (99 U.S.100) el tribunal resolvió que el contrato era nulo pues se había omitido identificar al vendedor. b) Los sujetos deben ser capaces, pero la falta de intervención notarial impide la verificación de la mayoría de edad, o de los documentos habilitantes en caso de mandato o el cumplimiento de los requisitos estatutarios en caso de sociedades, y por ello, son frecuentemente incapaces de hecho quienes celebran los contratos, con la consiguiente proliferación de pleitos.

2) Objeto.

a) El objeto de las prestaciones a que se obligan las partes serían, aparentemente, el inmueble para el vendedor y el precio para el comprador. Pero ya hemos adelantado que el dominio se transmite sólo con la tradición del deed, y por ello, las reales prestaciones a que se obligan las partes, son: para el vendedor, el otorgamiento del deed y su tradición al comprador, y para éste, la aceptación de ese instrumento y el pago del precio. b) En referencia al precio, señala Kratovil que uno de los vicios más frecuentes en los contratos es la falta de mención del precio, generándose así otro vicio en el título(6)(980). c) Respecto del inmueble existen frecuentemente también problemas, pues es usual encontrar una descripción tan deficiente del mismo que se ha llegado a omitir la mención de la ciudad y estado donde la finca está ubicada. En el caso "Herous v. Romanowski" (336 Ill. 297) se falló que no era admisible la prueba testimonial para suplir dicha omisión. Sin embargo, la jurisprudencia del Estado de Pennsylvania, frente a la frecuencia de tales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

omisiones se vio obligada a admitir la prueba testimonial supletoria en el caso "Sawert v. Lunt" (360 Pa. 521). d) Agrega Kratovil, que las partes suelen también omitir los plazos para el pago del precio y tradición del deed(7)(981). La jurisprudencia ha establecido que dichos contratos son nulos. Ver casos "Murphy v. Koll Grocery Co." (311 Ky. 771), "Bentzen v. H. N. Ranch" (78 Wyo. 158), "Roberts v. Adams" (164 Cal. App. 2d. 312) y "Cefalu v. Breznik" (15 Ill. 2d. 168). e) Debe también convenirse en el negocio jurídico causal qué tipo de deed otorgará el vendedor al comprador. En caso de omisión, la jurisprudencia interpretó que el vendedor se obliga meramente a otorgar un quitclaim deed que, como veremos infra, es aquel por el cual el transmitente no asume ninguna responsabilidad para el caso de que no resulte tener título alguno respecto del inmueble, sin que pueda siquiera el adquirente recuperar el precio pagado. Ver casos "Morris v. Goldthorp" (60 N.E. 2d. 857), "Boekelheide v. Snyder" (71 S.D. 470), "Vitro Seal Co. v. Jaycox" (1 N.J.S. 560) y "Tymon v. Linoki" (16 N. Y. 2d. 293). Podemos observar las falencias de un sistema que no requiere intervención notarial y nos sobrecoge la idea de una reforma que nos acerque al mismo. f) Arribamos finalmente al problema de la determinación de la calidad del título que tiene el vendedor respecto del inmueble y la producción de los correspondientes elementos probatorios (evidence of title). Podemos decir que es la regulación convencional de esta materia la que constituye la verdadera causa-fin del negocio jurídico causal, su génesis socio-económica o sea " . . . el motivo determinante para la celebración del contrato"(8)(982).

i) CONCEPTO DE TÍTULO EN EL SISTEMA JURÍDICO ESTADOUNIDENSE.

Señala Lafaille que título de dominio es " . . . un antecedente susceptible de transferir dominio"(9)(983). Así, dice Mustápic, " . . . son los títulos que generan el derecho, constituyendo su base jurídica"(10)(984). En nuestro sistema jurídico el título es generalmente un negocio jurídico causal (compraventa, donación, etc.). En el sistema estadounidense lo es la fusión de negocio jurídico causal y negocio unilateral de enajenación. Explica Kratovil, que al darse cumplimiento a las obligaciones emergentes del contrato de compraventa mediante pago del precio y tradición del deed, negocio jurídico causal y negocio unilateral de enajenación se fusionan, denominándose a esta situación jurídica la "consumación del negocio"(11)(985).

Tal es la explicación jurisprudencial del problema (38 A.L.R. 2d. 1310).

ii) REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL PROBLEMA DE "EVIDENCE OF TITLE".

La producción de la prueba de la calidad del título (reemplazada en algunos casos por la contratación de seguro con lo que dicha carga se traslada a la empresa aseguradora) es frecuentemente fuente de controversias judiciales por no especificar los contratos de compraventa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a cuál de las partes corresponde la obligación de realizar el estudio del título (o la contratación del seguro) ni tampoco el plazo para el cumplimiento de dicha obligación(12)(986). A falta de convención, la jurisprudencia ha resuelto que dicha obligación corresponde al comprador y que el plazo debe ser "razonable". No hace falta mucha imaginación para prever la complejidad de un proceso judicial en que se litigue acerca de la "razonabilidad", concepto que necesariamente varía en tiempo y espacio. Este problema adquiere tremenda relevancia en razón del alto costo del estudio y porque faltando plazo, las partes pueden especular con el aumento o disminución del valor del inmueble. Por ello Kratovil recomienda a los contratantes: a) que si la obligación de realizar el estudio la asume el vendedor, éste exija un down payment (pago a cuenta) suficiente para cubrir el costo de aquél(13)(987); b) que en todo caso se determine el plazo para realizar el estudio (o contratar el seguro); c) que se determine un plazo dentro del cual el comprador debe manifestarse acerca de la bondad o vicios del título (o la aceptación de las condiciones de la póliza que como veremos infra establece cuáles defectos legales no constituyen riesgo indemnizable); d) que se determine plazo para que el vendedor sanee el título y e) que se determine el plazo para que el comprador manifieste su voluntad de aceptar o no el título con los vicios que presenta y la renegociación del precio(14)(988). El contrato de compraventa, recomendado por el autor que seguimos, debe contener entonces la regulación convencional de esta compleja maraña de derechos y obligaciones recíprocos con sus respectivas modalidades, todo lo cual tiene una sola causa: la inseguridad jurídica.

iii) ALGUNAS CONCLUSIONES INICIALES.

Una primera comparación del sistema bajo estudio con el establecido por nuestro Código Civil y leyes complementarias hace resaltar claramente las bondades de este último. Nuestra legislación civil impone como norma de orden público la intervención del notario, profesional del derecho que en calidad de tal asesora a las partes y realiza el estudio de títulos dictaminando acerca de la perfección o vicios del mismo. Ello constituye una obligación del notario en su calidad de funcionario público frente a la rogación de las partes. No existe en la República Argentina la necesidad de regular convencionalmente lo referente al estudio del título (o contratación del seguro).

iv) MEDIOS DE PRODUCCIÓN DE PRUEBA ACERCA DE LA CALIDAD DEL TÍTULO ("EVIDENCE OF TITLE") O SUSTITUTOS DEL MISMO.

De los cuatro sistemas estudiados por Kratovil(15)(989) dos (abstract and opinión y certificate of title) constituyen realmente medios de producción de prueba de calidad de título, y otros dos (title insurance y Torrens certificate) son medios de reemplazar los primeros en razón de su costo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y complejidad.

"Abstract and Opinión" (estudio de títulos y dictamen). -Comprende entonces dos partes y el abstract no es sino el estudio de títulos similar al que realiza el notario en nuestro sistema. Kratovil lo define como: "...la historia del título sobre un inmueble"(16)(990). Dicho estudio se remonta a la originaria adjudicación de dominio hecha por la Corona británica o el Gobierno de Estados Unidos o cada estado y se confecciona sobre la base de los documentos inscriptos en los registros inmobiliarios y archivos judiciales. Se inicia con una descripción del inmueble (caption o head) y termina con una certificación del referencista que determina los registros verificados (abstracter certificate). Dicha certificación señala igualmente la fecha a la cual el estudio debe considerarse completo, ya que en Estados Unidos -al igual que en nuestro país- existen demoras en la registración de los títulos presentados a los registros inmobiliarios y por ello la fecha indicada en la certificación no es nunca la de entrega del estudio a las partes sino una anterior. Percibimos la notable diferencia con nuestro sistema jurídico, que impone la realización del estudio por un funcionario público (notario) que a efectos de tener absoluta certeza acerca de la situación jurídica del inmueble objeto del negocio jurídico solicita la correspondiente certificación del registro inmobiliario, el que durante el plazo señalado en las normas registrales no podrá inscribir otro título que el instrumentado en la escritura pública para la cual se solicitó el certificado, con lo que se evita que entre la fecha de producción del estudio del título y la fecha de consumación del contrato se inscriban otros títulos desconocidos para el adquirente. Los abstracts son preparados por abogados o empresas especializadas (denominados abstracter). Su obligación se limita a la referencia de todos los documentos registrados respecto de un inmueble y por ello, una vez confeccionado el abstract, es menester requerir el dictamen de un abogado (opinión) acerca de la bondad del título. Vemos así cómo se incrementan los costos de un negocio jurídico inmobiliario, en comparación con nuestro sistema jurídico de transmisión y constitución de derechos reales, que concentra las funciones jurídicas en un profesional del derecho que confiere autenticidad y seguridad jurídica.

El costo excesivo y complejidad de los abstracts determinó que varios estados sancionasen leyes sobre saneamiento de títulos de propiedad. Según Aigler: "Con diferencias de detalle, estas leyes persiguen el objetivo común de extinguir, a favor de ciertas personas, toda pretensión o derecho sobre la cosa que tuvieron su fuente en hechos y transacciones ocurridos muchos años atrás, a no ser que se los hubiera conservado dejando debida constancia de una declaración al efecto dentro de aquel período"(17)(991)" . . . reduciendo, en cierto modo, el número de demandas judiciales para el saneamiento de títulos, etc."(18)(992). Dichas leyes son de dos tipos: " . . . de prescripción, de Minnesota y Wisconsin, o de saneamiento de títulos de propiedad en los demás estados. El primer tipo extingue el derecho antiguo excluyendo toda medida protectora; el segundo aniquila directamente esos mismos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos y pretensiones"(19)(993).

"Certificate of Title" (certificado de título). -No constituye sino una simplificación del sistema anteriormente estudiado, por el cual se prescinde del abstract, y el asesor jurídico, luego de realizar su investigación en forma personal (sin recurrir al abstracter), emite su dictamen sobre la perfección o vicios del título. Concepto expresado por la jurisprudencia en casos "Lattin v. Gillett" (95 Cal. 317) y "Bridgeport Airport v. Title Guaranty & Trust Co." (111 Con. 537).

Ni en este sistema ni en el anteriormente examinado existe responsabilidad civil o criminal alguna de parte del abstracter por el estudio o del abogado por su opinión. Sólo responderán en caso de omitir relacionar alguno de los documentos registrados (28 A.L.R. 2d. 891). Agrega Kratovil que ni el abstract and opinión ni el certificate of title constituyen seguridad suficiente para el adquirente, pues muchos vicios no se pueden percibir con el estudio ni los puede poner de relieve la opinión, tal el caso de falsedades materiales o ideológicas, simulaciones, falta de capacidad de partes, falta de tradición del deed en forma voluntaria, etc.(20)(994). Por lo expuesto, expresa el autor citado que es frecuente que los negocios jurídicos inmobiliarios fracasen ante la imposibilidad de obtener el adquirente absoluta seguridad jurídica acerca del título del enajenante(21)(995).

"Title Insurance" (seguro de título). -Para conferir alguna protección patrimonial (mas no seguridad jurídica) al adquirente en esta peligrosa aventura que constituyen las adquisiciones de derechos reales en Estados Unidos, ha surgido esta especie de seguro en el cual el riesgo asegurado lo constituyen precisamente los vicios que puede tener el título del enajenante. Ver caso "Beaulieu v. Atlanta Title & Trust Co." (60 Ga. App. 400). Pero así como una empresa aseguradora no contrataría respecto de una finca en llamas un seguro contra incendio tampoco lo hará respecto de un título viciado sin excluir los vicios que se hayan podido verificar antes de la celebración del contrato. Por ello la empresa aseguradora ordena la realización del abstract y requiere la opinión de sus asesores legales y se hacen constar en la póliza los vicios encontrados que no se han subsanado y por los cuales no indemnizará la aseguradora. A más de estos vicios que por convención de partes (realmente adhesión del asegurado) se excluyen expresamente existen otros vicios que normativamente no constituyen tampoco riesgo asegurable: derechos de terceros derivados de la posesión y deficiencias de la mensura. Vemos así que esta aparente panacea tiene alcances muy limitados y sólo contribuye a incrementar el costo del negocio inmobiliario, pues a más de los honorarios por el abstract y la opinión (que sin duda cobrará la empresa a su cliente o cargará a la prima) debemos considerar la prima. La misma se abona por una sola vez y el plazo de duración del contrato es aquel por el cual el asegurado es titular del derecho real sobre el inmueble. Enajenado el inmueble, si el adquirente desea continuar con el seguro, la empresa ordena la preparación de un nuevo estudio y previa la opinión emite el commitment

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"que indica los vicios que han surgido en el título durante el plazo en que el enajenante fue titular del derecho real y que deben ser subsanados o que, caso contrario, no serán considerados riesgos asegurables. Subsanaos los vicios o mencionados como riesgo no asegurable en la póliza, se emite la misma para el nuevo titular, previo pago de la prima correspondiente. La particularidad del title insurance es que obliga a la empresa aseguradora a: 1) defender el derecho del asegurado en juicio petitorio y sólo si se pierde dicho juicio deberá 2) pagar la indemnización. Con ello, el asegurado tendrá relativa seguridad patrimonial, pues sólo después de un prolongado juicio percibirá la indemnización. Por otro lado, como expresa Podetti refiriéndose a otra situación jurídica de similares implicancias sociales: "La pérdida de la casa que ha constituido la sede del hogar, donde nacieron los hijos y que no sólo es el refugio material de la familia sino que está llena de recuerdos, ¿puede ser reparada?"(22)(996).

"Torrens Certificate" (certificado Torrens). -Es el certificado de dominio (o de titularidad de otro derecho real) emitido por el registro inmobiliario de aquellos pocos condados que en Estados Unidos aplican el llamado "sistema Torrens" de transmisión y constitución de derechos reales. Se caracteriza en Estados Unidos porque el registro inmobiliario es constitutivo de derechos reales, no admitiéndose la registración si el registrador verifica algún vicio en el título del enajenante. A pesar de sus aparentes bondades, es de poca aplicación en Estados Unidos, en razón de que su elevado costo y complejidad no se ven compensados por los beneficios que pueden derivar del mismo, ya que como lo expresa González: ". . . lo que la contratación gana con facilidad, seguridad y rapidez, se traduce en dificultades y peligros cuando el que dispone del derecho no está por cualquier circunstancia en posesión del título. . .;no abarata el tráfico de inmuebles y derechos reales... Dentro de los estrechos moldes del sistema apenas si caben media docena de contratos sencillos, siendo indispensable la presencia de un técnico en cuanto se trate de redactarlo con precisión y claridad"(23)(997). La aplicación del sistema requiere como primer paso el saneamiento de todos los títulos de dominio. Para ello el propietario del inmueble hace confeccionar plano de mensura y abstract y los presenta conjuntamente con los documentos probatorios de su derecho al registro inmobiliario. Agrimensores y asesores jurídicos del registro inmobiliario expiden dictamen sobre la bondad del título y se inicia un proceso judicial con citación a todos aquellos que pretendan algún derecho sobre el inmueble. El proceso termina con el fallo que ordena la inscripción del dominio (si corresponde) y de cualquier otro derecho real que pueda existir respecto de la finca. A continuación el registro emite dos certificados idénticos de los cuales uno se archiva y el otro, el certificado "Torrens", se entrega al propietario. Para transferir luego el dominio del inmueble se debe presentar el deed y el certificado "Torrens" al registrador, que procede a estudiar el título del enajenante para verificar si existen vicios surgidos desde la primitiva inscripción. En caso de no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

existir ninguno, el registrador cancela el anterior certificado y emite uno nuevo a nombre del adquirente.

La aplicación del sistema en la práctica resulta costosa (por el personal técnico-abogados y agrimensores- que requiere el registro inmobiliario) y no supone mayor rapidez en los negocios inmobiliarios. Así Colin y Capitant han señalado: "Parece que este sistema da lugar, con las mayores facilidades que ofrece para la transmisión y las pignoraciones, a más fraudes y sorpresas. Parece que sólo conviene a los países nuevos. Por esta razón ha fracasado en Irlanda, donde fue introducido"(24)(998). Además Kratovil nos indica que la seguridad jurídica que confiere es relativa, ya que el registrador no puede dictaminar acerca de la validez del negocio jurídico causal documentado en instrumento privado, sin que exista, por ende, ninguna certeza acerca de capacidad de partes, cumplimiento de requisitos estatutarios en caso de sociedades, ausencia de simulación y falsedades, etc., mostrándose el autor citado contrario al sistema bajo examen por los peligros que supone para el adquirente(25)(999). El intento de implantarlo en Brasil fue un verdadero fiasco y Bevilaqua lo ha calificado de: "...utopía, artificialismo inimplantable en el Brasil"(26)(1000).

Frente a proyectos de introducir el sistema Torrens en nuestra legislación civil no podemos sino repetir las palabras de Laquis, quien propone alteraciones " . . . tan sólo en lo que respecta a la organización registral sin alteraciones del sistema transmisivo del Código, ni incorporación del acto abstracto de enajenación"(27)(1001).

3) Forma.

a) Escrita: es nulo el contrato de compraventa celebrado verbalmente y la prueba testimonial no puede suplir las omisiones del contrato escrito. Caso "Kris v. Pattison" (159 Minn. 219). Lo expresado supra nos exige de mayores comentarios respecto de la frecuencia de vicios en razón de la ausencia del notario en esta etapa de configuración jurídica de la voluntad de las partes. Pero si bien se exige la forma escrita, la jurisprudencia admite cualquier tipo de instrumento: en el caso "Coushelis v. Alexander" (315 Mass. 729) se admitió haberse satisfecho el requisito de forma escrita con un cheque librado por el adquirente e imputado al pago del precio de compra. Con tales antecedentes no resulta sorprendente que Kratovil señale que es frecuente que la redacción de los contratos sea tan deficiente que los firmantes no tengan conocimiento de que realmente se están obligando a comprar y a vender(28)(1002). b) Con respecto a la firma, se requiere tan sólo la de aquella parte contra la cual se demanda por incumplimiento, según lo resolvió la jurisprudencia en el caso "Ullsperger v. Meyer" (217 Ill. 262).

IV. EL NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL DE ENAJENACIÓN

A. Concepto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1) Denominación.

Se lo denomina deed, que en realidad es el instrumento que documenta el negocio unilateral de enajenación, confundiéndose así el negocio con el instrumento que lo contiene. Es con la tradición del deed al comprador que se opera finalmente la transmisión de dominio o la constitución del derecho real (salvo los condados que aplican el sistema Torrens). El negocio jurídico causal (compraventa o contrato hipotecario, por ejemplo) está jurídicamente desvinculado del negocio de enajenación que es otorgado únicamente por el enajenante. Con respecto al deed, las partes en el negocio causal adquieren las siguientes denominaciones: grantor el enajenante y grantee el adquirente.

2) Especies.

Existen en el derecho estadounidense las siguientes especies de deed:

a) Quitclaim deed, en el cual el enajenante no especifica qué derecho real transmite o si realmente es titular de alguno respecto del inmueble. El enajenante se limita a manifestar que transmite cualquier derecho real del que resultase ser titular respecto del inmueble descrito, con la consecuencia de que si resulta no ser titular de ningún derecho el adquirente no puede ni recuperar el precio pagado ni demandar la indemnización de los daños sufridos.

b) Warranty deed: frente a la inseguridad jurídica que para el adquirente determina el quitclaim deed, el tipo bajo examen se caracteriza porque en él el enajenante se obliga a indemnizar al adquirente en el caso de que el título esté viciado o por turbaciones materiales de la posesión realizadas por terceros con derecho. Desde luego que la obligación que asume el enajenante frente al adquirente es la de indemnizar los daños y perjuicios que sufra, pues ante el mejor título que invoque un tercero y perdido el juicio petitorio, no existe manera jurídica en que se pueda asegurar al adquirente que no será turbado en el uso y goce pacífico del inmueble. Existe una subespecie de esta última especie denominada:

c) Special warranty deed. Por el mismo el enajenante queda obligado únicamente por vicios en el título o turbación por terceros con derecho que tengan causa en actos jurídicos suyos o de sus sucesores. De manera que no se responde por un embargo o derecho real que invoque un tercero cuando no ha sido el enajenante o sus sucesores quienes lo han constituido. Este panorama se oscurece aún más si se tiene en cuenta que para conferir estas garantías y para quedar así obligado, el grantor debe emplear ciertas palabras solemnes que varían de estado a estado: convey and warrant en Illinois, warrant generally en Pennsylvania y grant, bargain and sell en Minnesota, por ejemplo. Ello constituye una causa más de inseguridad jurídica para el adquirente ya que el documento no es redactado por un profesional del derecho (notario) como en nuestro país, sino que generalmente lo es por las partes en el negocio, por lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cual se incurre frecuentemente en errores por desconocimiento de normas consuetudinarias, como la referida arriba respecto del lenguaje técnico-jurídico que debe emplearse.

B. Elementos.

Al igual que en el caso del negocio jurídico causal, los examinaremos sin detenernos en su clasificación en presupuestos o elementos propiamente dichos.

1) Sujeto.

a) Lo es el grantor, quien debe identificarse en el documento. Pero la falta de intervención notarial determina, como ocurre respecto del negocio jurídico causal, el surgimiento de múltiples problemas. Por ello en el caso "Bowles v. Lowery" (181 Ala. 603) debió resolverse que la firma del grantor era suficiente identificación del mismo. No queremos imaginar las pruebas periciales necesarias para interpretar algunos de los incomprensibles garabatos con que se rubrican los documentos en nuestro país. b) El grantor debe ser capaz. Puede haber perdido su capacidad de hecho durante el lapso de tiempo que medió entre la celebración del negocio jurídico causal y el otorgamiento del deed. Nuevamente enfrentamos la existencia de vicios originados por falta de intervención notarial. Kratovil nos señala que los casos de deeds otorgados por incapaces "existen por miles"(29)(1003).

2) Objeto.

Si bien el objeto de la prestación que constituye la obligación del grantor emergente del deed parecería ser el inmueble, no es así, en razón de que el dominio del inmueble no se transmite ni se constituye el derecho real hasta que se haga tradición del deed al grantee y por ello entendemos que el objeto de la obligación es una prestación de hacer tradición del deed al grantee. La manifestación de voluntad del grantor obligándose debe contener ciertas menciones indispensables: a) identificación del grantee. Es ocioso repetir que la falta de intervención notarial da origen a multiplicidad de procesos judiciales. Así en el caso "Ballard v. Farley" (143 - Tenn. 161) se resolvió que el deed otorgado a favor de "John Smith y Señora" era válido también respecto de la cónyuge de John Smith aunque no se mencionase su nombre. En el caso "Chapman v. Tyson" (29 Wash. 523) se admitió que el grantee puede identificarse en el deed con un nombre que no es el verdadero. El caso más extremo que ha resuelto la jurisprudencia es el referido al deed en blanco, o sea sin mención del grantee. Así, en "West v. Witscher" (428 S. W. 2d. 538) el tribunal admitió la validez del deed, en el que el nombre del grantee había sido omitido e insertado luego de su otorgamiento por un mandatario en ejercicio de un mandato verbal. b

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

)Debe igualmente mencionarse el precio de venta (" . . . transfiero dominio a John Smith por el precio de. . ") el que recibe la denominación de consideration. Pero nos enseña Kratovil que en razón de la desvinculación jurídica existente entre el negocio jurídico causal y el unilateral de enajenación, es costumbre indicar en el deed un precio nominal de 1 dólar o 10 dólares, figurando el precio real en el negocio causal que desaparece al consumarse, lo que importa imposibilidad de verificar el pago de tributos, ya que es el deed el que se inscribe y en el mismo se hace constar, como expresamos, un precio meramente nominal(30)(1004). c) Fecha: no es necesario que el deed sea fechado, de manera que sólo en proceso judicial podrá determinarse la prelación de dos o más deeds otorgados respecto de un mismo inmueble cuando ninguno de ellos ha sido registrado.

3) Forma.

a) Escrita: ya hemos señalado la ausencia de intervención notarial y sus efectos jurídicos desastrosos. Kratovil nos recuerda nuevos ejemplos de ello: casos en que el tribunal debió determinar si la voluntad del grantor fue de transferir el dominio c constituir una servidumbre de paso (136 A.L.R. 379, 6 A.L.R. 3ro. 973); b) Testigos: algunos estados exigen la presencia de dos testigos en el acto de otorgarse el deed. c) Firma: desde luego se exige la firma del grantor. d) Intervención notarial posterior: en algunos pocos estados (Arizona y Ohio por ejemplo) el deed es nulo (en realidad la nulidad es del negocio unilateral de enajenación) si no consta en él una certificación notarial del acknowledgement. Se trata de que el grantor haya comparecido ante notario manifestando que el deed fue otorgado voluntariamente por él (acknowledgement) procediendo entonces el notario a asentar en el deed un certificate of ocknowledgement (certificación del reconocimiento). Pero muy pocos estados exigen esta certificación o la exigen sólo para casos especiales: enajenaciones por mujeres casadas o respecto del inmueble que constituye el homestead. Sin embargo, en la mayoría de los estados el deed debe contener la certificación para poder ser registrado. Kratovil confiere gran valor a esta intervención notarial y pareciera ser que es el único de los elementos del deed que confiere algo de seguridad jurídica(31)(1005). Sin embargo, el valor jurídico de esta intervención notarial es hartó limitado, pues tal como lo expresa Hidalgo Durán, el notario estadounidense se caracteriza por: "La falta de conocimientos jurídicos, siquiera eventuales... Da fe de la persona, del lugar, de la fecha; ¿pero para qué sirve eso si no da fe de la capacidad de las partes para intervenir en el acto o contrato de que se trata? Y sin dar fe de la capacidad de las partes es natural que el documento carezca de autoridad y que haya muchos documentos que, a pesar de estar autenticados por un notario, atacada su validez, sean declarados nulos por los tribunales. No redacta el documento e interviene exclusivamente en cuestión ajena al contenido del mismo, por mucha que sea su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

importancia. No tiene protocolo. Los documentos originales no los archiva, ni puede, por tanto, expedir copia de los mismos, sistema ideal y perfecto"(32)(1006).

C. Tradición del "deed" al "grantee".

Con dicha tradición se consuma el negocio jurídico causal que se fusiona con el deed y se transfiere el derecho real a su adquirente. Dicha tradición (delivery) debe ser voluntaria y la jurisprudencia estadounidense ha debido catalogar una serie de actos que implican tradición voluntaria: a) el grantor deja sobre una mesa el deed y éste es tomado en su presencia por el grantee luego de haber abonado el precio de compra. b) En contrario, no hay tradición voluntaria si el grantor entrega el deed al grantee sólo para que éste verifique si es correcta la descripción del inmueble. No creemos necesario hacer mayores comentarios sobre un tema que tan sólo planteado nos revela la tremenda inseguridad jurídica que existe en Estados Unidos. Imaginemos la prueba que será necesario producir en juicio para acreditar la voluntariedad del delivery.

V. INSCRIPCIÓN DEL "DEED" EN EL REGISTRO INMOBILIARIO

A. Efectos jurídicos.

1) Entre partes.

Salvo aquellos condados que han establecido el sistema Torrens, en el resto de Estados Unidos la transmisión de dominio se perfecciona entre partes mediante el delivery (tradición) del deed al adquirente. Ningún efecto jurídico tiene para las partes la inscripción registral.

2) Respecto de terceros.

La inscripción registral tiene el efecto jurídico de hacer oponible el título del adquirente frente a terceros y, por ende, sus efectos jurídicos son de publicidad (constructive notice). Sin embargo, señala Kratovil, la posesión del inmueble por el adquirente constituye un medio supletorio de publicidad frente a terceros conforme la legislación vigente y por ello, la falta de inscripción registral del deed es suplida con el hecho material de la posesión(33)(1007). Esta publicidad supletoria tiene también importancia en caso de error en la registración.

B. Método de registración y sistematización de la información registral.

1) Método.

Se presenta el deed (o el instrumento del mortgage -derecho real de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipoteca- en su caso) al registrador, quien lo copia en sus libros, lo incluye en sus índices y lo devuelve con nota al titular.

2) Sistematización.

Normalmente la información registral se ordena en índices personales (Grantor-Grantee Index) de titulares de los derechos. Algunos pocos estados han instaurado el sistema del folio real.

VI. CONCLUSIÓN

Frente a las reformas que se pretende introducir a nuestra legislación civil, las que en definitiva acercarían el sistema de transmisión y constitución de derechos reales al existente en Estados Unidos, podemos concluir, siguiendo al Consejo Federal del Notariado Argentino, que: "Resulta inexplicable que, a fin de posibilitar el acceso a la vivienda de interés social, como se la califica, se prescindiera de la seguridad jurídica, suplantando al secular y tradicional escribano público que el propio Estado ha investido para esa tarea, por un burócrata de indeterminadas calidades. Este reemplazo, como es obvio, no disminuirá los costos del servicio como se argumenta, porque frente a la falta de onerosidad para el Estado y para los propios usuarios de la actual intervención notarial, el proyecto creará necesariamente un aumento del ya frondoso aparato burocrático del país, que por sus modalidades deberá solventar toda la población de la República y no sólo los interesados en el uso de ese servicio notarial. Es ésta, sin duda, la forma más directa de introducir la inseguridad y la arbitrariedad en la creación de tales derechos".