

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ACERCA DE LA PSEUDO CONTRATACIÓN INMOBILIARIA EN LA TIERRA DEL FUEGO(*) (635)

IGNACIO V. JORDA y LILIANA FADUL

SUMARIO

I. Planteo preliminar. II. Edificación. Régimen jurídico. III Relaciones con el derecho de superficie. IV. Solución posible. V. Epílogo.

I. PLANTEO PRELIMINAR

Es, quizá, poco conocida la gravedad institucional y jurídica en que se desenvuelve el tráfico inmobiliario en una zona limítrofe como la Tierra del Fuego en particular, y que pensamos se hará extensiva a toda la Patagonia argentina y las zonas de frontera en general. El sur argentino adolece fundamentalmente de un bajo índice demográfico precisamente en zonas limítrofes, y ambos factores conforman el punto de partida de este trabajo.

Pero en la actualidad la progresión aritmética en que va creciendo la población, ora estable, ora transitoria, trae como consecuencia inmediata un aumento geométrico de los problemas jurídicos, de política de fronteras, e inclusive habitacionales. Ello obedece - entre otros factores - al "éxodo" que de un tiempo a esta parte se produce hacia el sur del país de masas de compatriotas afincados en otras zonas de la República que buscan mejorar sus condiciones de vida, como asimismo los contingentes migratorios de la República de Chile que acuden con idénticos propósitos, lo que acarrea en última instancia, amén del déficit habitacional, la falta de soluciones jurídicas a los problemas contractuales de índole inmobiliaria, sacramentalmente encuadrados como tales, creándose verdaderos nudos gordianos en esa materia.

En nuestra práctica profesional observamos que se celebran convenciones que las partes denominan "venta de mejoras", utilizando la expresión argentina, o "venta de media agua" usando el giro trasandino, y que jurídicamente conforman actos de administración o disposición sobre construcciones de carácter precario o no, generalmente asentadas sobre lotes fiscales cuyo dominio eminente corresponde de hecho y de derecho al Estado Nacional Argentino. La forma de plasmar documentalmente dichos negocios, conciliando la naturaleza jurídica del acto, los intereses de las partes entre sí y con relación a los terceros y fundamentalmente con el Estado propietario, las disposiciones de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad con su ponderada y silenciosa misión de custodia de fronteras, que evitará en el futuro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problemas limítrofes como los que soporta toda la Nación actualmente, provenientes de la invasión "pacífica" extranjera, amparada en la generosidad de nuestras leyes, cuando no en los vacíos legislativos, y así también y por qué no decirlo, coadyuvado el conjunto por políticas endógenas de penetración paulatina fronteriza, y todos los efectos que de tales situaciones se desprenden son nuestra finalidad principal al acometer esta publicación.

Como decíamos en nuestro trabajo "Acerca de la subsistencia del derecho real de superficie en la Tierra del Fuego" - Revista del Notariado Nº 715, año 1971 - , "...existe por un lado la falta de catastro - actualmente en elaboración en Tierra del Fuego - y los realmente privilegiados que ostentan lo que para nuestro derecho constituye la calidad de titular de dominio aunque más no fuere, en base a un título imperfecto, y por otra parte una gran masa de población chilena que ha llegado en algunos casos a transferirse títulos de propiedad por la vía cartularia del endoso, excusada tal vez por su escasa permanencia en nuestro país, y su absoluto desconocimiento del derecho. Podría decirse que el error de derecho no es excusable, etc., lo que a nuestro ánimo jurídico sería hartamente agradable, pero por otro lado no podemos cerrar los ojos a la latente realidad humana que nos rodea, y más aún nos enfrenta".

Simplemente trataremos de sugerir un paliativo al grave problema en gestación que damos por descontado va a nacer en un momento no muy lejano, frente a la inseguridad jurídica que tales situaciones engendran paulatinamente, máxime tratándose de una zona fronteriza con problemas de arbitrajes y de ocupaciones subrepticias cotidianas que alimentan planteamientos diplomáticos sobre el suelo patrio que en definitiva no tendrían razón de ser.

El hecho concreto es que comparecen las partes - y eso en el mejor de los casos - ante el notario y solicitan lo que ellos denominan "un papel de venta de mejoras" - sic - , y esas mejoras - como decíamos en nuestro trabajo - constituyen cosas edificadas sobre un terreno fiscal, algunas fácilmente transportables y otras que sólo tienen el rótulo de precarias, porque incluso las podríamos ver no sólo en la periferia sino en la propia Capital Federal sin pensar siquiera remotamente en que tienen tal calidad. Estas construcciones se levantan generalmente sobre terrenos fiscales, adjudicados a veces con un permiso precario de ocupación, u ocupados de hecho en otras, y que por lo inestable de la población cambian de "dueño" con una facilidad pasmosa, pese a no contar con un título hábil e inscribible en el registro del ramo.

Si bien en principio y conforme a las disposiciones del Código Civil y la propiedad del suelo y lo que en él se construye corresponde a su dueño, el problema se agrava cuando al Estado propietario no le interesan - en su calidad de titular del dominio - las mejoras y edificaciones realizadas; y por otro lado los particulares se ven obligados ante la falta de viviendas, a adquirir lo que en condiciones de habitabilidad se ofrece en el mercado, sin ponerse a considerar si se trata de un "presente griego". No

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perdamos de vista tampoco que Vélez Sársfield omite el derecho de superficie, al que repudia expresamente en la nota al artículo 2503 del Código Civil.

Magüer las partes al contratar denominan al negocio jurídico "Venta de mejoras", una casa habitación adherida al suelo es un inmueble, acá o en cualquier parte - valga la perogrullada - , pero conforme a nuestro derecho positivo no se le puede dar la forma sacramental de una venta de inmueble, verbigracia por la falta de título de propiedad strictu sensu y de su consiguiente registración, ni por supuesto seguir los principios jurídicos aplicables a las cosas muebles, todo lo que trae aparejado que se multipliquen con referencia a las partes contratantes entre sí, con respecto a la cosa y a los terceros, lo que hemos dado en llamar un poco en sorna y bastante en serio "el concúbito inmobiliario".

Trataremos en lo posible de conciliar el acto jurídico emergente con el sistema de nuestra legislación sin soslayar el raro fenómeno y contrasentido lógico jurídico que se produce en tanto y en cuanto un propietario con título perfecto, debidamente inscripto en el Registro de la Propiedad, que paga sus impuestos, se ve obligado para enajenar su inmueble a hacerlo por escritura pública, con la consiguiente solicitud de certificados, autorización previa al acto de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad - si se trata de una venta a un argentino naturalizado, extranjero y aun a un argentino nativo casado con extranjera, o si se trata de más de diez mil metros cuadrados, o de una sociedad adquirente - con el riesgo que le sea denegada la autorización, que el inmueble registre embargos, preventivos o definitivos, o inhibiciones su titular; que de la recopilación de antecedentes surjan vicios subsanables o no, como asimismo el pago de impuestos de sellos y honorarios. Paralelamente a ello, los constructores sobre terreno ajeno que estarían en un "Estado jurídico" aparentemente inferior y precario, no se sujetan en la práctica a casi ninguna formalidad - excepto y a veces a las de los instrumentos privados - , pese a que de hecho están si no jurídica, al menos objetivamente visto, disponiendo de un inmueble.

Resulta irrisorio también el pomposo nombre de "venta de mejoras" con que lo rotulan los interesados, ya que en nuestro Código Civil las mismas - o sea las mejoras - están legisladas en cuanto a su "indemnizabilidad" pero no como objeto de un contrato de compraventa y muchos menos de inmueble, con lo que llegamos como colofón al absurdo total tanto lógico como jurídico de exigir al propietario o titular de un dominio mayores formalidades para el acto que a un mero tenedor a título precario, que a pesar de las prohibiciones existentes en la ley 12913 celebran un contrato por instrumento privado. Parafraseando un postulado hegeliano, aquí la realidad no coincide con el concepto.

II. EDIFICACIÓN - RÉGIMEN JURÍDICO

El artículo 2519 del Código Civil preceptúa que "Todas las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos". En su Tratado de derechos reales, expone Lafaille que "la redacción de este artículo es confusa y podría prestarse a equívoco, pero sus palabras se han de interpretar de acuerdo con el sistema general del Código. Con respecto a dar por sentada la existencia de una presunción juris tantum, y a permitir la prueba del dominio de un tercero sobre los accesorios, es incompatible con el mecanismo de los derechos reales, según ha sido instituido por el legislador". Por su parte Llerena manifiesta que "...es necesario tener presente que los casos legislados en este artículo no se consideran como gestión de negocios ajenos". O sea que en definitiva el artículo nos indicaría que las construcciones se presumen hechas por el titular del dominio del lote, y estaría creando una presunción juris tantum, y a renglón seguido nos significa que pertenecen al propietario del terreno, lo que involucra una presunción juris et de jure. Como consecuencia de todo ello, el tercero constructor en terreno ajeno no podría pretender la propiedad de las construcciones, pero sí pedir la repetición de los gastos efectuados, conforme al sistema imperante en el Código. No obstante todo ello, se desprende del artículo y del 2520 que las construcciones pertenecen al dueño del suelo en su carácter de accesorios. Esto nos estaría creando una contradicción evidente en cuanto a la naturaleza jurídica de la presunción.

Pero la doctrina es pacífica en cuanto a que se refiere a que la presunción juris tantum aludida es un simple error deslizado en el artículo, pues categóricamente el propietario del predio es el propietario de las construcciones, aunque no las hubiera efectuado.

Si bien en la doctrina francesa dicha presunción es juris tantum, tal tesis es inaplicable en nuestra legislación, que no acepta el derecho de superficie, aun cuando en la práctica se lo aplique. Entendemos que ello es categórico por lo establecido en el artículo 2520, que reza: "La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos". Esta tesis se ve aun robustecida por lo que determina en artículo 2521 del mismo cuerpo legal: "La propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo, que se encuentren sobre el terreno no causa la presunción de la propiedad del terreno; ni la propiedad de obras bajo el suelo, como una cantera, bodega, etcétera, tampoco crea en favor del propietario de ellas una presunción de la propiedad del suelo". Con respecto a este último artículo, la doctrina nacional manifiesta por intermedio de Llerena que la propiedad de la obra no hace presumir la propiedad del suelo en que está. La propiedad de la obra inseparable del suelo no crea un derecho real. Y agrega Salvat: "...es que la razón es que todas esas construcciones u obras son cosas accesorias en relación al suelo; y siguen la suerte de éste, porque es la cosa principal a la que se incorporan; pero jurídicamente la cosa principal no sigue jamás la suerte

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la accesoria".

Como consecuencia práctica de todo ello se desprende claramente que un tercero acreedor del dueño de la obra se vería procesalmente inhabilitado de trabar un embargo - preventivo o definitivo - sobre la construcción efectuada por mucho valor que ésta tuviera, y pensamos que el único derecho ejercible respecto de la cosa en sí, sería el de retención en los casos que fuere viable.

Contrario sensu, tanto los derechos reales en su más pura expresión - como por ejemplo la transmisión del dominio - , como los derechos reales de garantía que constituyera el Estado propietario sobre el predio a favor de un tercero, afectarían los eventuales derechos del constructor de la obra o mejora, el que se nos ocurre que no podría intentar una tercería de dominio, sino circunstancialmente una de mejor derecho.

Afirma nuestra tesis un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, del 24/11/1970, que dispuso: "Quien plantea una tercería de dominio debe probar fehacientemente que es titular del bien, y siendo éste un inmueble es menester presentar la escritura pública exigida por el inciso primero del artículo 1184 del Código Civil, y demostrar que se ha procedido a la inscripción".

Puede incluso llegarse a dar el caso en que el Estado cancele el permiso precario de ocupación, si lo hubiere, y adjudique título de propiedad a otra persona, y el edificante sólo se vería compensado quizá por los gastos efectuados, porque no se tipificaría el caso clásico de expropiación reglamentado por la actual ley de la materia - con sus ventajas en caso de avenimiento al precio ofrecido por el expropiante y la rapidez del procedimiento - al no haber dominio alguno.

Creemos importante recordar dos artículos del Código Civil; el 2588: "Cuando de buena fe se edificare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra o plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiere edificado, sembrado o plantado, no consintiéndolo el dueño del terreno".

Manifiesta Lafaille que: "...Para los códigos que no admiten el dominio de las mejoras como independiente del relativo al suelo, esta solución no ofrece ningún reparo; mas no debería ser una mera facultad la que en este supuesto se ejercita, sino una adquisición automática, a menos de que ambos interesados convinieran en retirar las cosas incorporadas a la tierra. La indemnización es procedente y no constituye obstáculo a la transferencia del dominio..."

Y Llerena aclara que: "Las disposiciones de este título no son aplicables a las plantaciones o edificaciones hechas por tenedores precarios".

Por su parte el artículo 2589 en su texto actual, reformado por la ley 17711 dispone: "Si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador. Pero si quisiere conservar lo hecho, debe el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mayor valor adquirido por el inmueble".

Al respecto sostiene Borda que: "de acuerdo al nuevo texto se trata de evitar un enriquecimiento sin causa del dueño, sin olvidar que habrá casos en que el mayor valor incorporado a la propiedad sea inferior al costo de materiales y mano de obra, como sucedería cuando la obra es innecesaria, deficiente o inútil y en otros casos el mayor valor será sensiblemente superior a los gastos, cual ocurre con una cosecha en pie. En cualquiera de los dos casos el propietario deberá pagar el mayor valor".

III. RELACIONES CON EL DERECHO DE SUPERFICIE

Básicamente el derecho de superficie estaría significando dos propiedades yuxtapuestas: la del propietario del suelo y la del propietario de la superficie.

Expone el codificador en la nota al artículo 2503 en el que se enumeran los derechos reales: "...No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos simultáneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno. En Roma, según las leyes del derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella. Mas después el Derecho Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por largo tiempo. El derecho de superficie desde entonces como desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con servidumbre o usufructo, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de terrenos..."

Como podemos apreciar, el derecho real de superficie está omitido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expresamente en el artículo 2503, haciendo abstracción de si las acotaciones del codificador están contenidas en el texto del artículo en sí, de la no obligatoriedad de la nota, etcétera.

En cuanto al derecho español, en la Edad Media este derecho se extendió a lo edificado, así como a plantaciones que se hicieran en suelo ajeno, tendiéndose a confundir con la enfiteusis, acabando finalmente por ser subsumido por ésta. Actualmente si bien el Código Civil español no lo nombra, algunos fallos lo han admitido.

En el derecho moderno hay cierta tendencia al resurgimiento de la superficie: así el Código alemán la trata en seis artículos (1012 a 1017), lo mismo que el Código italiano de 1942 (arts. 852 al 956), el suizo especialmente en los artículos 675 y 779 y en portugués (arts. 1524/42).

Como decíamos en nuestro trabajo citado, a pesar de la omisión legal del derecho de superficie, la vida de las relaciones jurídicas nos coloca frente a contratos y convenciones que carecen de lo que un penalista llamaría a "falta de adecuación al tipo", puesto que así como en el derecho criminal, si la acción u omisión no se adecua al patrón o molde predeterminado en la ley previamente dictada, no existe delito, en el campo de los derechos reales que no están determinados en el Código Civil o en otra ley, no podremos encuadrarlos como tales en virtud del principio *numerus clausus*, o sea que surgirían haces de relaciones jurídicas personales, sean éstas de los particulares entre sí o con relación al Estado.

Recordemos que la jurisprudencia se ha mostrado contraria a la aceptación de las cesiones de acciones y derechos sobre lo edificado en terreno ajeno, por entender que se trataba de la creación de un derecho de superficie; entendemos empero que al darse en la práctica tales situaciones es un imperativo categórico que nuestra legislación de fondo subsane urgentemente los problemas que se crean, pues si bien desde el punto de vista filosófico tenemos un campo del "deber ser" y otro del "ser", este último supera generalmente con creces al primero, creando situaciones fácticas que deben tener una adecuada solución jurídica, todo ello sin perder de vista la inconveniencia de "inventar" soluciones legales sin ocuparse de la realidad geopolítica para la cual se legisla.

Las soluciones de fondo no deben ser en modo alguno como aquella inaplicable "Constitución de Polonia" de la que nos habla más que el derecho constitucional, la literatura.

En un plano eminentemente teórico se pueden efectuar especulaciones con consecuencias de estricta lógica jurídica, pero es también un hecho incontrovertible que las partes potencialmente contratantes necesitan mientras tanto resolver en forma adecuada sus relaciones.

Nosotros propondremos, no un remedio radical - que escapa por otro lado de nuestro alcance - sino como simple paliativo no perfecto, pero sí eminentemente perfectible, aplicable a los casos que se presenten, que son múltiples y complejos como se ha podido apreciar, no sólo en Tierra del Fuego, sino en toda zona de frontera, algunas soluciones esencialmente empíricas, y tratando en lo posible de basarnos en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propio Código Civil y en la legislación en vigencia, las que pasamos a exponer.

IV. SOLUCIÓN POSIBLE

Por todo lo expuesto y a pesar de la aparente anormalidad y desconcierto reinante, debemos tener permanentemente presente que el desproteger las relaciones jurídicas apuntadas, so pretexto de tratarse de creaciones de derecho de superficie, atacaría al mismísimo artículo 17 de la Constitución Nacional, que conforme a la jurisprudencia ampara todo aquello que forma patrimonio, ya se trate de derechos reales o personales; a los efectos de la garantía constitucional todo esto es propiedad (Suprema Corte de Justicia, 28/7/1924, J.A., tomo XIII, pág. 310).

El caos legislativo tiene como consecuencia inmediata, quiérase o no, el desconocimiento real del derecho aplicable - y no olvidemos a los artículos 1º, 2º y 20 del Código Civil - al caso concreto y surgen los interrogantes: ¿Es necesaria la escritura pública, o el instrumento privado es suficiente? ¿Es necesaria la autorización previa de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad, o no? Y sólo tomamos a guisa de ejemplo las preguntas que los interesados en concretar documentalmente sus relaciones nos formulan a diario.

Tomamos al azar dos títulos de propiedad - uno del año 1941 y otro del año 1974 - expedidos el primero por el Gobierno Nacional, y el segundo por el Gobierno Territorial, para predios ubicados en la ciudad de Ushuaia, y leemos con sorpresa: "El Estado podrá efectuar trabajos de exploración en busca de petróleo y demás hidrocarburos fluidos dentro de la tierra que se trate y explotarlos. El Estado deberá en cualquier caso indemnizar al superficiario "por los daños y perjuicios reales que le acarrea por la exploración y explotación", todo ello conforme lo dispone el decreto N° 89471 de fecha 15 de enero de 1941, y nos preguntamos: ¿Se trata de un propietario titular de dominio, o del titular de un derecho de superficie creado por el derecho administrativo?

Esta situación se refleja igualmente en la resolución N° 43 de la C.N.Z.S. del mes de agosto de 1973, que en sus considerandos nos expresa: "Que pese a lo establecido en los artículos 1º, 2º y 20 del Código Civil, se ha podido comprobar en algunos casos que las violaciones registradas fueron por desconocimiento real y de buena fe de los funcionarios y particulares intervinientes".

Nuestra posición no es la de conjura estéril que alimente el desconcierto, sino un mero intento de clarificar las verdaderamente crípticas situaciones que se presenten en el futuro, sin pecar por ello de "kelsenianos" o de "chauvinistas".

Nuestra solución es - y lo reiteramos - esencialmente perfectible y tiene dos vías, una por el camino del derecho civil, otra, tal vez la más importante, por la del derecho administrativo, aclarando en cada caso las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

peculiaridades sui géneris de los hechos concretos:

A) Tomemos como punto de partida básico el principio limitativo *numerus clausus* insito en el artículo 2503 del Código Civil y las disposiciones del artículo 2502 del mismo cuerpo legal en cuanto determina que: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer".

Creemos que dando por sentada la inexistencia del derecho real de superficie en nuestro derecho, y el absurdo de la mal llamada "venta de mejoras" que detallamos en el punto I, nos quedaría solamente recurrir a la figura del contrato de cesión de derechos y acciones no sobre la construcción en sí, sino de la "indemnizabilidad" de la misma, con aclaración expresa a las partes que dicho documento no configura un título de propiedad sobre el predio en que están asentadas las construcciones - que sólo el Estado Nacional Argentino en su carácter de titular del dominio eminente del fundo y por intermedio de sus organismos idóneos puede otorgar el título de propiedad - o bien denegarlo, pagando las mejoras en su caso. Eso para las excepciones establecidas en la Resolución N° 24 de la C.N.Z.S., dejándose constancia de la misma en el cuerpo de la escritura, o de la autorización extendida en su caso previa al acto.

La aclaración hecha a las partes puede parecer sobreabundante al lector desprevenido, pero recordemos que para la mayoría de los casos en que nos toca actuar, los contratantes por el solo hecho de ser cristalizado el acuerdo ante fedatario, le asignan a este último, dentro de su precaria liturgia jurídica, un papel cuasi sacerdotal de purificar los vicios emergentes o eventuales que pueda tener la convención que se efectúa. Aclaremos igualmente en el instrumento que el contrato se perfeccionará con la notificación al deudor cedido - en este caso el Estado - y que se condicionan las consecuencias del mismo al artículo 3270 del Código Civil que establece el principio del "*Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipso habet*", cuyo significado y consecuencias les aclaramos expresamente. El motivo de esta última acotación está dado por la falta de antecedentes registrables, a lo que añadimos la expresión bajo fe de juramento del cedente, previamente advertido de las disposiciones del Código Penal y en especial las que reprimen los delitos contra la fe pública de la falta de inhibiciones inscriptas que afecten la libre disponibilidad de los bienes que componen su patrimonio.

Pensamos que es de buena técnica notarial hacer comparecer al cónyuge a prestar el consentimiento del artículo 1977 del Código Civil, pese a no tratarse de la disposición de un inmueble en sentido estricto, ni de cosa mueble registrable, tratando en lo posible de adecuar el acto jurídico totalmente atípico o innominado si se prefiere llamarlo así, con el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

espíritu de la ley y los principios generales del derecho.

Con la escritura pública se estaría dando cumplimiento al artículo 1º del decreto 32530/48 referido a la previa autorización obligatoria exigida por el artículo 4º del decreto 15385 (Ley 12913), y al artículo 4º del primero de los decretos citados, no siendo necesaria la autorización previa únicamente en los casos de la Resolución N° 24 de la C. N. Z. S.

Al proponer la realización del acto por escritura pública no descartamos en absoluto la viabilidad de efectuarlo por instrumento público, como sería por ejemplo un contrato de cesión administrativo celebrado ante las oficinas de tierras, municipios, etc.

B) El caso en que una persona con título de propiedad debidamente inscripto, cediera a otra persona física o jurídica las mejoras o construcciones efectuadas sobre el predio, configurarían el caso en el cual la Cámara Nacional II de La Plata considero nula tal cesión dado que conllevaba la creación de un derecho de superficie.

C) El contrato celebrado por instrumento privado estaría contrariando expresamente al artículo 4º del decreto 32530, que los da por no reconocidos y pensamos que el escribano requerido para certificar las firmas debe negarse a ello tanto por el principio de legalidad del acto, cuanto porque dicha certificación no convierte al instrumento privado en público, y puede prestarse a confundir a las partes, que ni saben ni están obligadas a conocer la diferencia existente entre una y otra clase de instrumentos.

D) Otro caso posible sería el de la enajenación de construcciones sin cimientos, fácilmente transportables que no pueden ser consideradas como inmuebles, pero sí como cosas muebles (Cámara Civil 1ª. Capital 4/9/1950), y que podría resolverse como contrato de compraventa de cosa mueble, sujeto al régimen jurídico de las mismas y con las peculiaridades propias de la cosa enajenada; v.gr. quién corre con los riesgos de su transporte desde su actual emplazamiento en caso de destrucción parcial o total, etc.

E) Es común observar en zonas de frontera, pensamos que por la circunstancia del déficit habitacional, sobre todo como una costumbre de los llamados "trabajadores de temporada" que deciden motu proprio "radicarse", en forma definitiva - sin considerar si la permanencia es o no clandestina - , la proliferación de casillas o ranchos totalmente precarios, enclavados en lotes fiscales ocupados furtivamente, que más que a mejorar contribuyen a empeorar no sólo su propio emplazamiento sino incluso toda la zona circundante.

Vemos allí que sería del resorte de los municipios en ejercicio de su poder de policía edilicia aplicar sus propias disposiciones y subsidiariamente el artículo 2589 del Código Civil citado, reformado por la ley 17711.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

F) Además de las medidas aplicables a las relaciones de los particulares, pensamos que es imperiosa la sanción de una nueva ley en zonas de frontera, no sólo por lo obsoleto de la actualmente en vigencia, que en los considerandos de la Resolución N° 43 C. N. Z. S. ut supra mencionada se reconoce, en cuanto expresa "Que el decreto número 15385/44 ratificado por la ley 12913, tiene una vigencia real de más de 28 años - actualmente casi treinta y cinco - y es de presumir su ignorancia de buena fe por los obligados a cumplirla", sino también por otra razón que intuimos es de la esencia de la nacionalidad en cuanto hace a la preservación integral de las fronteras, que en todo caso son intereses superiores a los de cualquier relación económica de los particulares, por cuantiosa que ésta fuere.

Tomamos en esta materia como postulado fundamental el denominado dirigismo contractual, con el cual se puede o no estar de acuerdo, pero que entendemos es plenamente aplicable al caso, v.gr. mediante la redacción de contratos administrativos tipo en los casos citados en el punto A) in fine, los que deben sujetarse a los principios generales del derecho y especiales establecidos en la misma ley o en su decreto reglamentario que no den margen a la especulación, o más directamente dicho a la "chicana".

Propiciamos todo ello en tanto la propia ley actualmente en vigencia - decreto 32530/48, art. 4° - dispone: "Los actos jurídicos referentes a derechos comprendidos en el artículo 1° y que no se celebren ante funcionarios públicos no serán reconocidos ni escriturados, si no hubieran obtenido la autorización de la C. N. Z. S."

Acá observamos que no se habla empero de uno de los remedios esenciales y básicos con que se debe sancionar la inobservancia de la ley, cual sería la nulidad absoluta del acto contrario a la ley, y sólo y tímidamente se hace referencia a una falta de reconocimiento, cuyos efectos jurídicos se nos antojan atenuados en cuanto a sus consecuencias se refieren, para no aplicar lisa y llanamente la "Teoría del acto inexistente" del Código de Napoleón de 1808.

En dicha norma se debería asimismo aclarar expresamente lo establecido en la Resolución N° 42 C.N.Z.S. de normas interpretativas de la ley 14027, tipificando en la misma los conceptos de "propietario" y de "Inmueble limítrofe en las fronteras de la Nación", como allí se hace.

Sería asimismo encomiable - lógicamente desde nuestra óptica - y con referencia a la Resolución N° 24 C. N. Z. S. ya citada y que establece los casos de excepción de autorización previa, que se declaren igualmente nulos de nulidad absoluta con todas las implicancias que tal medida conlleva, a los contradocumentos sean públicos o privados, con lo que se evitaría a los llamados home de paille de la jurisprudencia francesa, "Palos blancos" del lenguaje coloquial patagónico o más claramente "Testaferros" - y permítasenos la lunfardía - argentinos nativos que por esa circunstancia no necesitan de autorización previa alguna, y que podrían prestarse a jugar dicho papel para favorecer a extranjeros, sean

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

éstos personas físicas o jurídicas y que tornarían lícita toda ley protectora de fronteras. Basamos esta postura en el artículo 955, subsiguientes y concordantes del Código Civil.

Fuera del estricto margen de la C.N.Z.S. y yendo al campo de contrato de mandato establecido en el Código Civil, aun los poderes generales o especiales - revocables o no - referidos a la administración o disposición de inmuebles otorgados a favor de extranjeros que podrían disfrazar así la figura del procurator in rem suam deberían ser previamente visados por cada delegado de zona, para justificar válidamente la personalidad jurídica invocada y servir como documento habilitante.

Con referencia a la Resolución N° 13 de la C.N.Z.S. que igualmente exceptúa del permiso previo a la transferencia de inmuebles por juicios sucesorios y en los casos de división de condominio, propiciamos su derogación lisa y llana, no sólo por no encontrar la ratio legis - pese a que el heredero continúa a su causante - sino por el peligro potencial que la misma encierra para el caso no improbable que deban entrar en posesión y dominio pleno de heredades de frontera, personas de nacionalidad extranjera residentes en el país y aun en el exterior.

Por otro lado, la autorización expedida en su momento al causante, y al condómino en su caso, entendemos que es de una naturaleza jurídica intuitu personae y por ende intransmisible a los sucesores a título universal o particular, y no vemos en ello un cercenamiento a la integridad del acervo sucesorio, sino simplemente el cumplimiento de un requisito pequeño dentro del juicio sucesorio - testamentario o intestado - que se conforma plenamente a lo establecido en el artículo décimo del Código Civil. Y en caso de denegatoria serían plenamente aplicables los resortes de la ley de expropiaciones, con lo que no se podría hablar de "abuso del derecho" ni "enriquecimiento sin causa" por parte del Estado.

G) Con todo lo expuesto no estamos propiciando la creación de una maquinaria burocrática en el mejor estilo belle époque del derecho administrativo francés finisecular, que obstaculice la contratación, en tanto y en cuanto se lograría la agilización de todos los trámites mediante la ampliación de facultades a los señores Delegados del Presidente de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad en cada zona, que por un principio de inmediatez y medios informativos o de seguridad a su alcance estarían autorizados a aprobar o denegar trámites de su sector.

Tampoco se vea en estas líneas que es nuestra posición la de encontrar en cada extranjero un "espía potencial" ni dedicarnos a la "caza de brujas" infundada, sino de compartir el fruto de la práctica profesional en una zona de frontera durante más de ocho años con otros colegas.

V. EPÍLOGO

Somos plenamente consecuentes con lo establecido en el artículo 17 de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuestra Carta Magna, pero no descartamos en absoluto la posibilidad de que algún "trasnochado liberal" vea incongruencia o contradicción entre nuestra primer vía de solución eminentemente de derecho privado, y perfectamente instrumentable, y la segunda, esencialmente dirigista, sino que la última actuaría donde es impracticable la primera; y esta en la medida de su realización, o lo que es más grave aún que se viera un atentado a los principios constitucionales ocasionados por el contralor, o una eventual denegación de permiso, y justamente a ellos replicamos anticipadamente que los derechos supremos contenidos en nuestra Constitución deben ser disfrutados o ejercidos de conformidad a las leyes que reglamenten su ejercicio. No olvidemos que para muchos la Argentino termina en la Tierra del Fuego; para nosotros comienza en el Polo Sur y así debemos conservarla para las generaciones futuras. Sostenemos por último que los argentinos que habitamos el extremo sur del país no estamos "haciendo Patria" como erróneamente se pregona, porque la Patria está hecha desde hace mucho, siendo nuestro deber mantener la integridad de sus fronteras.

BIBLIOGRAFÍA

Ossorio y Florit, Código Civil comentado.

Borda, Guillermo A.; Salvat, Raymundo; Llerena B.; Lafaille, H. y Mariani de Vidal, M., Tratado de Derechos Reales.

Borda, Guillermo A., La reforma de 1968 al Código Civil. Rezzónico, Tratado de las obligaciones.

Hessen, J., Tratado de Filosofía.

Digesto de la C.N.Z.S. Ed. 1973, Escuela de Artillería.

Bielsa, R., Principios de Derecho Administrativo.

Jordá, Ignacio V., "Acerca de la subsistencia del derecho real de superficie en la Tierra del Fuego", Revista del Notariado, año 1971.

Colombo, Tratado de Derecho Procesal. Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Parte general.