

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ynjuiciar é jurar é sostituir dos ó mas, é faga las prestaciones, alegaciones é contrataciones que biese que conbenga al bien comun; el cual le dió con libre y general administracion é le relebó en forma de derecho de toda carga de satisfaccion cuanto puede y de derecho deve y lo firmó de su nombre, testigos - Juan Martin é Alonso Gomez é Marin Perez, vecinos y estantes en dicha ciudad, y el dicho señor general y el dicho Juan Fernandez de Hensiso, pasó ante mi - Pedro de Jerez, escribano público.

E asi sacado el dicho traslado, fué corregido y concertado con su original de donde se sacó por mi el dicho escribano y de órden del señor gobernador, firmado de mi nombre en la ciudad de la Trinidad de Buenos Aires, seis dias, del mes de mayo de mil é quinientos ochenta y ocho años.

E yó Bartolomé de Angulo, escribano público y de cavildo de esta ciudad de la Trinidad y Puerto de Buenos Aires, lo escribí é fize aqui mi firma acostumbra da que es á tal en testimonio de verdad - Bartolomé de Angulo, escribano de gobierno.

Nos los escribanos que de yuso firmamos de nuestro nombre, damos fée que Bartolomé de Angulo es escribano público y del concejo desta ciudad y á los autos quel hace se da entera fée y crédito, como de tal escribano, de lo cual, doy la presente firmada de mi nombre. Ques fecha en la ciudad de la Trinidad, puerto de Buenos Aires, seis dias del mes de junio de mil é quinientos é oehenta y ocho años - Mateo Sanchez, escribano público.

INSTITUTO ARGENTINO DE **CULTURA NOTARIAL**

SEMINARIO SOBRE TÍTULOS PERFECTOS Y OBSERVABLES

Año 1979

Síntesis de las Exposiciones

TÍTULOS PERFECTOS

Expositor: EDUARDO B. PONDÉ

TÍTULO perfecto. Concepto: Es esencia y sustancia de la función notarial producir títulos perfectos.

El notario crea el documento escritura pública, concordante con la voluntad de las partes o acorde con pactos preexistentes, adaptándolo a disposiciones legales mediante la aplicación de la norma al hecho jurídico para que produzca efectos jurídicos eficaces.

Lo hace en dos instancias: lo preparatorio, que es llegar a la convicción de la viabilidad escrituraria analizando las situaciones de hecho y de derecho y, entre ellas, la perfectibilidad del título; lo configurativo, que consiste en aplicar la norma para que su obra tenga la perfectibilidad que buscó al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estudiar los antecedentes.

Todo documento endeble en legalidad y legitimidad es inaceptable en sede notarial, ya que la pretensión mínima de un adquirente es que quien vende sea legítimo propietario (principio de legitimidad) y que ese legítimo propietario, ahora transmitente, llegó a serlo acorde con el principio de legalidad.

Sobre esas bases el notario hará un documento o título perfecto.

La jurisprudencia poco aporta; es repetida y carente de originalidad.

Verificación: La verificación de la perfectibilidad de un título implica analizar los antecedentes, para así calificarlo. Constituye un juicio de valor que debe emitir el notario que autorizará el documento porque él le dará autenticidad impregnándole su fe pública, y la actividad previa a la escrituración tiene también mareado acento personal.

La realidad corrobora que el notario es el natural y sistemático verificador porque los boletos de compraventa nunca derivan el veredicto a las partes o a terceros. El notariado señala la buena senda, recurriendo en consulta a su Colegio Notarial en casos dudosos. Conviene afianzar este hábito con resoluciones del Consejo Federal del Notariado Argentino determinativas que la entrega de la documentación implica aceptar el veredicto del notario con posible arbitraje del Colegio Notarial si hubiere desacuerdo.

Cláusula de título perfecto: Es normal enunciarlo en los boletos de compraventa porque constituye una reserva de quien adquiere con ánimo de no ser perturbado en su derecho; en la escritura no, porque la intervención del notario lo presupone y porque es actividad extraprotocolar. El artículo 156 de la ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, obliga a hacer el estudio del título y - si bien por ahora en suspenso - agregarlo al protocolo, pero aceptando que las partes eximan al notario de hacerlo. La dualidad es un contrasentido, la agregación de un agravio a la fe notarial; ambos revelan poca claridad conceptual.

Ausencia de la cláusula: La inexistencia de la cláusula de título perfecto es intrascendente. El notario debe hacer un documento perfecto y el transmitente debe transmitir título perfecto si no hizo reserva de sus falencias aceptadas por el adquirente. La inexistencia de la cláusula de título perfecto no libera al vendedor de la evicción conforme al artículo 1414 del Código Civil.

La problemática del artículo 1051 del Código Civil: El agregado hecho al artículo 1051 por la ley 17711 rompió con la doctrina de Vélez Sársfield, basada en que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba, sustituyendo el concepto clásico de justicia con sentido estático y de persistencia de la verdad jurídica, por el moderno dinámico de verdad material, aunque oculte irregularidades transmitivas de dominio.

La doctrina no aceptó pacíficamente, especialmente en el supuesto que el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acto fuera nulo, con lo que floreció la problemática de la buena y mala fe, de las nulidades manifiestas y no manifiestas y su incidencia en la función notarial.

En temática tan compleja como es lo abstracto y subjetivo de la buena fe, se distinguió entre buena fe - lealtad y buena fe - creencia, estimándose que ésta es la que pretende el artículo 1051, lograda mediante deliberada búsqueda de esa convicción. De esa interpretación, algunos comentaristas y bastante jurisprudencia signaron al estudio de títulos como demostración de buena fe, al extremo que recientes fallos aconsejan que el adquirente se provea de una copia certificada por el notario para conservarla como prueba. Se confunde el sentido del estudio de títulos que es medio notarial para constatar su perfección, con la existencia o no de buena fe. Y es una farsa presumir que alguien investiga la bondad del título o que ruega tal cosa al notario, o que sabe que éste lo hará; simplemente está cierto que la intervención del notario le dará una titularidad sin perturbaciones.

Esto, en la práctica notarial, se hizo por años, investigando cómo hubo el bien quien ahora vende, cómo adquirió aquel que vendió al actual vendedor y así sucesivamente hasta alcanzar los plazos prescriptivos: el llamado estudio de títulos.

Conforme al artículo 1051, ahora es suficiente analizar la última escritura y si de ésta resulta que el bien fue adquirido a título oneroso sin que se advierta carencia de buena fe, el estudio queda terminado, porque aunque el título por el cual adquirió quien vendió al que ahora enajena sea nulo o anulable, no perturba los derechos del actual vendedor, puesto que como tercer adquirente a título oneroso y de buena fe sus derechos están a salvo. El notario no tiene por qué escudriñar la buena fe porque la ley la presume y por esa razón el titular de dominio no tiene que probar la existencia de buena fe sino que es el atacante del derecho quien debe probar la inexistencia de buena fe.

Responsabilidad derivada del estudio de títulos: El notario responde siempre directamente por sus hechos y omisiones e indirectamente por sus dependientes, como natural derivado de su fe pública personal e indelegable. Su responsabilidad es civil por los daños que provoque a terceros; administrativa, disciplinaria y penal por infracción a las leyes. Es acumulativa. Es contractual por el pacto tácito con quien requiere sus servicios, y extracontractual por las imposiciones que la ley centra en su profesión.

Con relación al estudio de títulos asume responsabilidad contractual por ese acuerdo tácito, pero no por el estudio del TÍTULO en sí, sino por la obligación de producir un título perfecto, para lo cual el estudio de antecedentes es un medio; también extracontractual porque las leyes y reglamentos notariales le conminan a asesorar y porque en su función fedante la perfectibilidad del título está ínsita.

La jurisprudencia elude responsabilizarlo por no haber disposiciones expresas en la ley de fondo y por su libre interpretación como verificador.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Responsabilidad del autorizante y del referencista: La minuciosidad notarial para asegurar la bondad de los títulos originó al "referencista". No tiene relación de derecho con los contratantes y sí con el notario de carácter contractual y con la consiguiente responsabilidad. No tiene responsabilidad administrativa ni disciplinaria porque no hay texto que la regule ni organismo aplicador. Asume responsabilidad aquiliana penal si fragua o distorsiona dolosamente el estudio de títulos. Es colaborador pero no dependiente del notario; éste responde por la delegación de tareas que hace.

Aceptación de los contratantes de los títulos nulos o anulables: Si se requiere que se prescinda del estudio de títulos, el notario puede acceder y en la provincia de Buenos Aires está obligado a acceder. Debe procurar disuadirlos. Si se trata de título nulo no debe intervenir por incompatible con una función que es apoyo de la seguridad jurídica. Puede asimilarse la situación de aceptar el título anulable al de nulidad porque la salvedad del artículo 1051 es igual. Empero, en la praxis funcional se dan situaciones tan variadas con relación a títulos anulables que es la prudencia del notario lo que lo instará a intervenir o no. Nunca habría responsabilidad contractual desde que se lo piden los contratantes, pero sí aquiliana disciplinaria.

Liberación de responsabilidad: Por su función fedante el notario no puede ser liberado de responsabilidad. Empero, no es posible permanecer apáticos ante realidades como la celeridad que el proceso inflacionario impone para escriturar. Los contratantes, cuando piden escriturar en pocos días, siguen confiando en que la intervención del notario garantiza título inobjetable y no está en su ánimo liberarlo de responsabilidad. Tampoco debe pedirlo ni aceptarlo el notario. Si el notario deja de hacer títulos perfectos y se libera de responsabilidad, no tiene razón de ser su función con los caracteres del notariado de tipo latino.

TEMA: TÍTULOS NULOS Y ANULABLES

Expositor: MIGUEL N. FALBO

I. CONCEPTOS GENERALES SOBRE LA FORMA Y SU RELACIÓN CON EL TEMA

1) La escritura pública como elemento del negocio y como condición de validez

a) Precisiones sobre la conceptualización de la forma jurídica:

a 1) En primer lugar debe considerarse a la forma como elemento necesario para declarar la voluntad a tenor de lo que dispone el art. 913. La forma se identifica - en sentido amplio - con la declaración de la voluntad; ya que ésta (la voluntad) sin orma que la exteriorice en la naturaleza como fenómeno sensible y determinado carecería de existencia aprehensible y, por consiguiente, no podría actuar como elemento necesario para establecer relaciones jurídicas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En este sentido "forma" es todo "hecho" jurídico que exteriorice la voluntad (arts. 896 y sigtes., Cód. Civil), con fin de establecer relaciones jurídicas (art. 944).

a 2) Hechos exteriorizantes pueden ser: las palabras que tienen el valor de símbolos, y que se expresan en forma ORAL (que no queda materializada); ESCRITA (que queda materializada en el papel).

a 3) Lo escrito como hecho exteriorizante se divide en instrumentos públicos y privados.

a 4) Característica del instrumento público:

- 1) Funcionario o autoridad pública (con específica potestad fideifaciente y competencia) .
- 2) Cumplimiento de formas legales al realizar el acto y el documento.
- 3) Como resultado de todo ello, el documento adquiere "autenticidad".

b) La escritura pública como hecho exteriorizante de la declaración de voluntad:

b 1) El principio general que rige en derecho es el de la libertad de formas (art. 974).

b 2) No obstante la ley impone (por diversos motivos) las llamadas declaraciones "formales": art. 916, cuando la eficacia de la declaración de voluntad depende de las formas admitidas bajo pena de invalidez (arts. 976, 1044, 1183).

b 3) Escritura pública: El derecho reconoce diversos medios por los que se exteriorizan las declaraciones formales. Uno de esos medios es la "escritura pública".

La doctrina notarial distingue diversas funciones de la doctrina pública (en cuanto a forma jurídica) y la presenta:

A) Como forma de ser (ad substantia o ad solemnitatem). Por ejemplo: la donación (art. 1810); la renta vitalicia (art. 2071) las convenciones matrimoniales (art. 1223); testamento (art. 3651); la dote (art. 1241); designación de tutor (arts. 383/4).

En estos negocios formales la escritura es un elemento de hecho exteriorizante de la voluntad.

B) Como forma de valer (o como condición de eficacia - ad probationem). - Son la mayoría de los negocios consensuales del art. 1184. Aquí la escritura es requisito o condición de eficacia del negocio.

2) El acto (o proceso) de formación de la escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La escritura pública es el resultado de un proceso que se cumple siguiendo diversas etapas, algunas de las cuales deben ser observadas cuidadosamente para evitar que se originen causas de invalidez.

a 1) Etapa preliminar: El requerimiento. La aceptación. Competencia. Legalidad. Legitimación. Trámites preparatorios.

a 2) Segunda etapa: El acto de escribir la escritura en el protocolo.

a 3) Etapa formal del otorgamiento: Formalidades o solemnidades. LUGAR. FECHA. COMPARECIENTES. HECHOS Y ACTOS. LECTURA. SALVATURAS (arts. 989, 1001). OTORGAMIENTO Y FIRMA. AUTORIZACIÓN.

a 4) La escritura pública. Como resultado de todos los actos que anteceden se llega a la escritura pública.

Este documento tiene, para el derecho, dos grados diversos de valoración: una parte que corresponde a su contenido "auténtico" que merece plena fe (arts. 993 y sigtes.) o fe pública y está referido a los "hechos" cumplidos por el propio notario o que afirma que han pasado en su presencia. Su contenido se impone como verdadero mientras no se declare su falsedad.

La otra parte se refiere a las "autenticidades" cuyo contenido se refiere a las declaraciones (de voluntad, de verdad, de sentimiento, etc.) de las partes otorgantes, así como a antecedentes del acto; constancias, etc. Su contenido se lo presume verdadero, mientras no se pruebe lo contrario en debido proceso.

Además, en lo que se refiere a la validez, o invalidez de la escritura, debe tenerse presente que las faltas pueden resultar de lo escrito en el protocolo (escritura matriz) o en la copia.

II. CONCEPTO DE INVALIDEZ, DE INEFICACIA, DE INOPONIBILIDAD Y DE PARALIZACIÓN DE EFECTOS DE LA ESCRITURA

a 1) Invalidez formal: Entendemos que el supuesto se presenta cuando en lo documentado como escritura pública, falta o está viciado alguno de los requisitos o elementos formales que el ordenamiento presupone como necesarios para la correcta configuración de esa especie documental. En tal caso debe efectuarse su análisis - conforme a las reglas que corresponden a la teoría de las nulidades - para determinar la intensidad o el grado de la invalidez y, de esa manera, establecer si ella es absoluta o relativa.

a 2) Aspectos de la teoría de las nulidades: La teoría de las nulidades tiene dos aspectos que es necesario diferenciar:

1) Negativo: es el que contiene las causas legales de invalidez.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2) Positivo: es el que acuerda la posibilidad de subsanar el documento o de consolidar sus efectos.

a 3) Principio general:

1) Si el elemento o requisito formal que falta o está viciado afecta a normas imperativas y ha sido establecido por el ordenamiento en protección al orden público o al interés general de la sociedad, la ineficacia del documento será total y absoluta.

2) Si, por el contrario, ello se estableció teniendo en mira el interés de los sujetos particulares, el supuesto también será la invalidez de lo documentado. No obstante se reconoce al documento una eficacia provisional y la posibilidad de su subsanación.

3) La escritura pública, como documento auténtico, extiende los efectos de su "plena fe" hacia terceros. El ordenamiento admite esa forma porque responde a un interés social: protección jurídica; seguridad, orden y paz social.

4) Pero, ¿integran el ordenamiento jurídico imperativo todas las formalidades de la escritura ?

Así son la mayoría. Pero hay supuestos que sólo tienen en mira el interés de los particulares y, mientras no se afecte el orden público o el interés social, no invalida de manera absoluta a la escritura.

b 1) La ineficacia:

Es un concepto genérico que corresponde a la invalidez.

Puede haber ineficacia cuando no se cumple una condición a la que se subordina el negocio: por ejemplo: las cláusulas especiales en la compraventa (arts. 1365 y sigtes.).

Otras veces la ineficacia resulta de causas extrínsecas al negocio: por ej. el testamento es ineficaz si el heredero instituido no sobrevive al testador: art. 3743.

c 1) La inoponibilidad: El acto es válido entre partes pero no produce efectos respecto de tercero, mientras no se cumplan las condiciones legales: Ej.: notificar al deudor cedido, art. 1459; inscribir la hipoteca, art. 3135; inscribir título de dominio y otros derechos reales, art. 2506 y ley 17801; no solicitar las certificaciones registrales, o escriturar cuando está vencida la certificación. En estos casos la escritura no se puede oponer al embargante, o a otro interesado.

d 1) Paralización de efectos (o ineficacia temporaria).

Hay circunstancias que no afectan a la validez de la escritura pero sus efectos quedan paralizados mientras no se cumplan ciertos requisitos legales, generalmente administrativos o fiscales:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1) Falta de datos personales de los intervinientes (el art. 1001; art. 11, Ley de Sociedades); testigos en el testamento (debe expresar el domicilio, art. 3654); y la edad (art. 3657). En la hipoteca, el domicilio del deudor y acreedor (arts. 3131, 3132). Zona de seguridad.

2) Falta de coincidencia entre escritura, Registro y Catastro, en cuanto a los nombres de los titulares; determinación del inmueble (ubicación, medidas, linderos, planos); inscripción del dominio o derecho real; datos de catastro.

3) Falta de certificación, o no coincidencia del despacho con el texto de la escritura.

4) Falta de referencias de índole tributaria.

5) Falta de pago de los tributos.

6) Falta de agregar documentos habilitantes (arts. 1184, inc. 7 y 1873).

e) Infracciones simples que no afectan al valor de la escritura pero que pueden determinar sanciones contra el notario que la autoriza:

1) Falta de epígrafe o membrete.

2) Falta (o repetición) del número de la escritura (no del folio: art. 998).

3) No agregar al protocolo certificaciones y otros documentos.

4) No comenzar la escritura en cabeza de sello.

5) Dejar de salvar partes no esenciales.

6) Escribir la escritura con elementos gráficos no admitidos (bolígrafo, estampado, etc.).

III. INVALIDEZ FORMAL DE LA ESCRITURA PÚBLICA POR CAUSA DE NULIDAD

a) Nulidad

a 1) Concepto de nulidad: es el resultado de la reacción defensiva del ordenamiento, que niega valor a aquellos actos jurídicos que, al ser estructurados, quedan afectados por causas que expresamente estaban previstas como determinantes de ese resultado. Por lo cual, según sea el interés que de esa manera se protege, puede suceder que (a tales actos) les niegue valor de pleno derecho, o en la oportunidad en que se juzgue su impugnación. En ambos casos, les impide alcanzar, o mantener (en todo o en parte) los efectos que, en su normalidad, hubieran podido producir.

a 2) Las notas que caracterizan a las nulidades son:

1) Que la causal tiene que estar establecida por la ley de manera expresa o virtual (la "esencialidad").

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2) La causal debe estar establecida en el momento en que se celebra el acto (no puede ser sobreviniente).

3) El efecto de la nulidad es privar al acto de los resultados queridos por los particulares (este efecto puede ser absoluto o relativo).

4) En nuestra opinión, la causal, si bien tiene que ser congénita en el momento de la celebración del acto, debe, además, subsistir como tal en la oportunidad en que se efectúa su valoración (ejemplo: el caso de eliminación de testigos en la escritura. En el año 1950 se otorga escritura en la que se omite hacer firmarla por uno de los testigos que entonces exigía la ley. Si en la actualidad se juzgara la validez de esa escritura, entendemos que no podría decretarse su nulidad, pues el derecho vigente ya no quiere la necesidad del testigo para la validez de estos documentos notariales).

5) La nulidad no es una sanción porque no configura un acto ilícito sino un acto inválido en el que se viola la ley (de manera voluntaria o no) pero no se lesionan derechos subjetivos (arts. 1066 y sigtes.).

Cuando la nulidad es la consecuencia de un acto ilícito aparece la sanción: fraude, falsedad, etc.

b) Clasificación de las nulidades

b 1) Normas generales. Código Civil: Títulos: "De la nulidad de los actos jurídicos" (arts. 1037 a 1058 bis). "Confirmación de los actos nulos y anulables" (arts. 1059 a 1065): Está la teoría general de la ley.

b 2) Disposiciones particulares:

1) Para los instrumentos públicos en general: arts. 980/3/5/6/8/9.

2) Para las escrituras públicas: arts. 1004 y 1005.

3) Para ciertos actos: donación de inmuebles (1810); renta vitalicia (2071); usufructo (2830/2); servidumbre (2992); hipoteca (3128/33); partición por donación (3522); testamento. Causas de nulidad: 1) Aptitud física del testador (3624, 3651, 3652. Además, los que no están en ese título pero resultan de los arts. 3624, 3615 y 3617). 2) Del vínculo de parentesco con el notario (art. 3653); testigos (3654, 3696 y sigtes., en particular 3707). 3) Para la redacción de la escritura (arts. 3618/9, 3621/5/7/8; 3630, 3657 y sigtes.), etc.

b 3) Clasificación de las nulidades efectuada en relación a los siguientes temas de su teoría general:

1) Según como la ley caracteriza las causas: Manifiestas de derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(art. 1038). Actos nulos (arts. 1041 a 1044). No manifiestas de derecho o dependientes de la apreciación judicial (art. 1046). Actos anulables (arts. 1046 y 1046).

2) Según como se manifiesta en el acto la prueba de la existencia de las causas: Manifiesta de hecho (art. 1047). (O sea las que se prueban con el solo examen del acto o instrumento impugnado). No manifiestas de hecho (arts. 1047 a contrario). (O sea las que se prueban por medios diversos al propio acto o instrumento impugnado).

3) Según como se considere establecida la causa en el ordenamiento: Expresas (art. 1037) (o sea las establecidas por la ley). Virtuales (las que resultan de los "actos" prohibidos por la ley, según el art. 18; o lo que en cada caso resuelvan los jueces cuando en el acto o instrumento falta o está viciado algún elemento esencial previsto por el ordenamiento como presupuesto de hecho).

4) Según sea la extensión de la invalidez en relación al instrumento o al negocio: Total (art. 1039). (Cuando afecta al instrumento o al negocio en su integridad). Parcial (también art. 1039). (Cuando afecta a una parte de la cláusula del instrumento o del negocio, que puede separarse de las restantes).

5) Según sea el interés que la causa legal quiere proteger; y al sujeto qué se le concede el ejercicio de la acción (o de la excepción). Absoluta (arts. 1047 y 1058 bis). Cuando la causa ha sido establecida en protección del interés general, del orden público, la moral y las buenas costumbres. En estos casos el ejercicio de la acción (o de la excepción) puede corresponder a toda persona que tenga interés, incluso el ministerio público y aun, de oficio por el juez, cuando aparezca manifiesta de hecho. Relativa (arts. 1048, 1058 y 1058 bis). Cuando la causa ha sido establecida en protección de un interés particular. En estos casos el ejercicio de la acción (o de la excepción) corresponde sólo a la persona en cuyo beneficio se estableció.

b 4) Nulidades manifiestas y no manifiestas de derecho:

a) Manifiesta de derecho: Igual acto nulo. Cuando la causa la establece la ley de pleno derecho, en forma rígida, sin margen de interpretación ni de valoración. El juez sólo debe comprobar la existencia de la causal. La invalidez la determina la ley (art. 1038). Para Llamás son "nulidades de derecho". Coinciden con "actos nulos" (ver Parte General, 7ª ed., 1978, II, N° s - 1888, pág. 573).

b) No manifiestas de derecho (también "Nulidades dependientes de apreciación judicial"). Las crea la ley (no el juez). Pero el juez debe valorar el hecho y la causal y resolver en cada caso si corresponde o no declarar la nulidad: art. 1046.

b 5) Nulidades manifiestas de derecho:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Repetimos, la establece la ley (art. 1038). Es nulidad de derecho. Es la nulidad inmediata de la nota.

Observación que la nulidad sea de derecho no quiere decir que el acto pierda todo su valor.

No confundir nulidad de derecho con nulidad absoluta.

Ejemplo I) Compraventa entre cónyuges:

- 1) Hay nulidad manifiesta de derecho (arts. 1044, párrafo 2º y 1358).
- 2) Es nulidad absoluta: porque afecta el orden jurídico matrimonial.

Ejemplo II) Acto de un menor relativamente incapaz, sin la autorización necesaria:

- 1) Hay nulidad manifiesta de derecho (art. 1042).
- 2) Es sólo nulidad relativa (no absoluta).

b 6) Supuestos legales:

En cuanto al sujeto: incapaces de hecho (arts. 1040/1/42); incapaces de derecho (art. 1043). (Caso del art. 985, parentesco del escribano con el otorgante).

En cuanto al objeto: Simulación o fraude "presumido por la ley" (art. 1044, p. 1º). Objeto prohibido (art. 1044, p. 2º; art. 18, Ley Soc.: objeto ilícito). Falta de forma ordenada (art. 1044, p. 3º). Nulidad del instrumento (art. 1044 in fine).

b 7) Nulidad no manifiesta de derecho:

Casos del art. 1045:

a) Nulidad expresa o virtual (esencialidad). Para parte de la doctrina, el caso se produce cuando el notario no "autoriza" la escritura.

b) Nulidad total o parcial. La total produce la ineficacia íntegra del acto. La parcial se presenta cuando sólo afecta a una parte del mismo: por ejemplo, cláusula que invalida un testamento; o cláusula penal de excesivo rigor, etc.

c) Nulidad absoluta (arts. 1047, 1058 bis).

- 1) Orden público. Interés social. Elementos "esenciales".
- 2) Puede ser declarada de oficio por el juez si aparece manifiesta de hecho y de derecho (art. 1047).
- 3) Pueden alegarla todos los que tengan interés (art. 1047, p. 2º).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4) Es inconfirmable (art. 1047 in fine).

5) En muchos casos es imprescriptible (excepto algunos casos).

b 8) Nulidad relativa:

1) Interés de las partes.

2) Sólo puede alegarla la parte en cuyo interés se estableció (art. 1048).

3) Es confirmable (art. 1058).

4) La acción se prescribe (arts. 4023, 4030, 4031).

TEMA: RECOPIACIÓN DE ANTECEDENTES Y ESTUDIO DE TÍTULOS

Expositor: ALBERTO VILLALBA WELSH

1. Debe distinguirse claramente el estudio de títulos de la relación de títulos (o referencia o recopilación de antecedentes).

2. El estudio de títulos constituye uno de los aspectos del asesoramiento que debe prestar el notario como profesional de derecho y esta tarea está comprendida en los honorarios que percibe por la escritura. Se exceptúa, claro está, el caso en que se le encomienda directamente un estudio, sin relación a escritura alguna a otorgarse. Lo que sí corresponde percibir en todos los casos, son los emolumentos por la relación de títulos (o referencia o recopilación de antecedentes).

3. La parte interesada (comprador, acreedor hipotecario, etc.) puede eximir al notario interviniente, de su obligación de estudiar el título, sea porque lo conozca o por razones de urgencia o por cualquier otra. Va de suyo que en el caso quedaría también eximido de hacer la relación. De la pertinente manifestación de la parte debe quedar constancia escrita y firmada extraescrituraria.

4. También, en el caso de que el notario interviniente señale a la parte interesada un defecto del título, ésta puede por escrito y con su firma, tomar conocimiento del defecto y pedir que ello no obstante, se escribure.

5. El notario interviniente puede encomendar a otro notario o a un profesional de derecho legalmente habilitado, a efectuar la relación de títulos a objeto de realizar el pertinente estudio. Si lo encomienda a persona no habilitada o que estándolo según los reglamentos locales, carezca de la idoneidad que confiere el título universitario de escribano o abogado, no podrá eludir su responsabilidad personal por los daños que puedan producirse, derivados de una defectuosa o incompleta relación de títulos.

6. El autor de la relación puede emitir su opinión sobre la calidad del título pero el estudio que ha de tener relevancia jurídica ha de ser el propio del notario interviniente y éste, en caso de daño, no podrá excusar su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad alegando que se apoyó en la opinión del relator sin haber hecho el mismo, el estudio de rigor.

7. Sin perjuicio de la actividad actual o futura de notarios y relatores, pareciera conveniente que los Colegios Notariales organizaran departamentos u oficinas de relaciones de títulos a cargo de profesionales legalmente habilitados y sin que los Colegios asuman responsabilidad alguna por la labor que se realice, de la que responderán solamente los profesionales actuantes. De más está decir que la utilización de este servicio sería voluntario y reservado exclusivamente a los notarios que lo requirieren.

8. Los emolumentos por la relación de títulos deben ser a cargo del titular de dominio, pues a él incumbe aportar los elementos necesarios (relación, referencia o recopilación de antecedentes) para que el notario interviniente esté en condiciones de examinar el título invocado.

TEMA: ANORMALIDADES INSTRUMENTALES

Expositor: CARLOS A. PELOSI

Concepto: Se entiende por tales los vicios que afectan la formación del documento notarial, referentes al notario o por defectos de forma, quedando comprendidos tanto los que originen la nulidad o anulabilidad del documento como toda desviación a las reglas formales o vicios de menor significación que pueden ser purgados con una pena disciplinaria.

Fe de conocimiento: a) La omisión de la dación de fe de conocimiento no está sancionada con nulidad, pero origina dudas sobre la certidumbre de las personas que formalizan el negocio jurídico. Doctrinariamente se considera sobreentendida, pero existe un antecedente jurisprudencial de que la comisión de esa formalidad hace imperfecto el título. b) De lege ferenda puede subsanarse la omisión mediante nota marginal, pero de lege lata no es admisible. c) La dación general de fe al final de la escritura no suple la falta de fe de conocimiento.

Orden cronológico: Significa que las fechas de las escrituras deben sucederse y figurar con sujeción al transcurso del tiempo. El art. 1005 decreta la nulidad por falta de cumplimiento. En el estudio de un título, al examinar una escritura matriz lo primero que debe hacerse es revisar las anteriores y posteriores para verificar si aparece cumplido este requisito. No se exige la continuidad en el número de las escrituras, lo que se prohíbe es la intercalación de escrituras de fechas distintas. La falta de mención del día, mes y año no afecta la validez si el dato puede inferirse o completarse con elementos extraídos del propio documento o fuera de éste. Es lo que se llama la divisibilidad de la data. El art. 1005 se aplica fundamentalmente cuando existe la posibilidad de fraude.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Certificados erróneos o sin agregar: a) Es obligatorio pedir el certificado del Registro de la Propiedad (art. 23, ley 17801; 47, ley 17417 y 22, decreto - ley 11643/63, provincia de Buenos Aires). Su agregación al protocolo no la establece la ley pero resulta obvio. b) La falta de certificado, con respecto al dominio y gravámenes, nada corresponde observar - excepto el aspecto disciplinario - si el título ha sido inscripto. Con respecto a inhibiciones, como no surgen del folio real y pudo existir una o más, debe tenerse en cuenta que ellas no crean una incapacidad de derecho, pero importan una medida cautelar que afecta la disposición de inmuebles por el deudor. La falta de certificado crea dudas, pues, en caso de existir inhibiciones, el acto puede ser revocado por los acreedores o impugnado de nulidad. Se subsana pidiendo nueva certificación. c) Si el certificado ha sido solicitado erróneamente, cuando el equívoco se refiere a la individualización del inmueble debe adoptarse el mismo criterio que ante la falta, y si versa sobre el nombre de la persona o personas respecto de las cuales se certificó por inhibiciones, debe remediarse el defecto con nuevo pedido de certificado.

Alcance de las incompatibilidades del art. 985, Cód Civil: a) Las prohibiciones que impone el artículo son designadas, indistintamente, incapacidad para instrumentar, incompetencia por razón de las personas, incompatibilidad, inhabilitación, inhibiciones y falta de legitimación. b) En cuanto al parentesco la ley no hace distinción y se incluyen los consanguíneos (matrimoniales y extramatrimoniales) y afines, en línea recta, descendente y colateral. Se comprende también el parentesco por adopción, pero solamente la adopción plena (ley 19134). En el caso más común que ha creado dudas, esto es, del "concuñado", debe tenerse presente que los afines de los afines no son parientes, pero tratándose de un bien ganancial la prohibición alcanzaría por ser parte o hallarse interesada la sociedad conyugal. Se ha interpretado que no puede el escribano autorizar escrituras de poderes a favor de sus parientes dentro del cuarto grado. c) En cuanto al interés, debe ser propio y directo. No rige para los casos en que el pariente del escribano interviene como mandatario de un tercero. La excepción, cuando los interesados tienen parte en sociedad anónima, como gerentes o directores, ha creado dudas sobre su alcance en numerosos casos. En algunos supuestos se aconseja no intervenir por razones éticas. Para asimilar las comanditas por acciones a las anónimas es menester una reforma legislativa. d) Sobre la extensión recíproca de las prohibiciones que rigen para el titular o adscripto no existe acuerdo, pero debe concluirse que la intervención de uno u otro no origina la nulidad del documento, aunque se aconseja abstenerse por razones de orden ético. e) En cuanto a la interpretación de que puede intervenir un escribano en los actos en que sea parte un pariente dentro del cuarto grado, si no están interesados, debe entenderse que si actúan como parte, en posición activa o pasiva, existe interés. f) El incumplimiento al art. 985 está sancionado con nulidad absoluta, pero el vicio no se puede detectar por ser oculto. El único indicio es la similitud de apellidos y en tales casos es aconsejable que el autorizante deje constancia que no existe parentesco.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Correcciones: a) Las entrelíneas sólo pueden escribirse en una sola línea imaginaria entre dos renglones. Deben consignarse por el mismo procedimiento gráfico empleado para extender la escritura o, en su defecto, de puño y letra del escribano; caso contrario debe ser considerado como no escrito. b) No debe utilizarse el entre paréntesis como sustitutivo del testado, pues aunque se salve al final que no vale, deberá tenerse por escrito, como si no existieran los signos. c) Pueden insertarse cláusulas aditivas antes de la lectura o inmediatamente después de efectuada ésta y se harán constar los hechos como sucedieron con la mención de nueva lectura y conformidad. d) Las partes esenciales resultan, en principio, de la ejemplificación del art. 989. Pero el intérprete deberá efectuar en cada caso el análisis y evaluación correspondiente sobre si una parte corregida es o no esencial.

Falta de firmas: a) Está claramente establecido en el art. 1004 que es nula la escritura si falta la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden firmar y la firma de dos testigos cuando su presencia ha sido requerida. b) Con respecto a la firma de los testigos se plantean dos problemas: 1) Si falta la firma de los testigos de conocimiento, no actuando como tal los instrumentales debe entenderse que la escritura no es nula. 2) Si falta la firma de los testigos en escrituras anteriores a la ley 15875, que los suprimió, debe interpretarse que siguen siendo nulas. c) Cuando el otorgante no firma por no poder hacerlo no es indispensable especificar la causa concreta que se lo impide. d) No es obligatorio dejar constancia que el firmante a ruego es mayor de edad y conocido del escribano. e) Un otorgante puede, además, firmar a ruego por otro interviniente. Sólo está vedado a los testigos.

Inobservancia de otras formalidades: a) Falta de expresión del estado civil: No hay nulidad, pero hace observable el título en ciertos casos por la duda que se crea sobre la legitimación del disponente. b) Lectura de la escritura: La falta de constancia no afecta la validez. Sólo en los testamentos la mención es obligatoria bajo pena de nulidad. c) Determinación del lugar en que se firma la escritura: No es necesario; la exigencia es que sea otorgada dentro del distrito en que tiene competencia, y así conste. d) Uso del bolígrafo: El Colegio de la Capital Federal ha entendido que no debe hacerse uso del mismo. El Colegio de la Provincia de Buenos Aires lo tiene autorizado. e) Sello: Su omisión no afecta la validez de la escritura. f) Omisión del nombre de los testigos: Se considera válida la escritura si los testigos han firmado. g) Idioma: La doctrina nacional ha considerado que si la escritura se extiende en idioma extranjero no se halla afectada la validez. En un trabajo escrito sobre el tema se ha opinado lo contrario.

TEMA: OBSERVACIONES VARIAS

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Expositor: JORGE A. BOLLINI

Introducción al tema: Las observaciones varias a los títulos que analizaremos, no son las que están vinculadas con las incapacidades, o las que limitan en forma absoluta la facultad de disponer, o las nulidades, o los actos calificables de inexistentes, como tampoco los que imponen su anulabilidad y su inoponibilidad.

Las "observaciones" que se analizarán son aquellas que "limitan la libertad de obrar" en los documentos, y el caso particular de la limitación absoluta de la inhibición.

Conceptuación del derecho de dominio y cualesquiera otros derechos reales y su transferencia en nuestra legislación: Según nuestra legislación de fondo, los derechos reales solamente pueden ser creados por ley, y de conformidad con el art. 2503 del Código Civil y la ley 13512 (incorporada a éste), ellos son ocho, a saber: 1) dominio y condominio; 2) usufructo; 3) uso y habitación; 4) servidumbres activas; 5) hipoteca; 6) prenda; 7) anticresis; y 8) propiedad horizontal.

El dominio (derecho real por excelencia) es aquel en cuya virtud una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

En nuestro sistema jurídico, el derecho personal se constituye por el "consentimiento" solamente; mientras que para constituir el derecho real se precisa, además del consentimiento "la tradición". De aquí surge la necesidad del título y del modo.

Título modo y publicidad: En nuestro derecho civil, especialmente en lo referente al dominio los elementos caracterizantes y constitutivos son, sin lugar a dudas, el ya mencionado título y el modo. Este último elemento para muchos constituye una forma publicitaria, pero nosotros no lo consideramos ni siquiera normal.

La publicidad es una actividad que busca hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica, referido, claro está, a todo el campo del derecho. Circunscribiendo la publicidad a los derechos reales, es la actividad que busca hacer cognoscible cualquier situación jurídica real, a partir de su constitución, como también el documento que la contiene y, en forma particular, hacer oponible a terceros la existencia del derecho real.

Vélez Sársfield estableció la publicidad registral solamente para la hipoteca, por ser la única forma en que consideró posible tutelar al titular de ese derecho real - el acreedor hipotecario - ya que él nunca podrá tener la *possesio naturalis* (como la denominó Lafaille).

El oficio de hipotecas surgió en la antigua legislación española, cuyas Reales Pragmáticas crearon los Registros de Censos e Hipotecas, que existieron también en nuestro país durante la dominación de España. Vélez recogió esa tradición y reguló solamente la publicidad registral de la hipoteca. Sus notas a los arts. 577 y 3203 aclaran por qué no creó la "publicidad registral" para los demás derechos reales, ya que para él y nuestra vieja tradición jurídica sirve exclusivamente para su "oponibilidad a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terceros".

En conclusión podemos afirmar que a los requisitos formales del título y del modo - tradicionales - se ha agregado, exclusivamente para su oponibilidad a terceros, la publicidad inmobiliaria.

Nacimiento de los registros de la propiedad inmobiliaria en nuestro país: Sancionado el Código Civil, surgen en seguida los proyectos de leyes tendientes a establecer la publicidad para todos los derechos reales, en general mediante el reemplazo en aquel cuerpo legal del vocablo "tradición" por "inscripción", otorgando así al "modo" el carácter constitutivo del derecho real.

La reforma del Código Civil dispuesta por la ley 17711 reemplazó el texto primitivo del art. 2505 por el siguiente: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas". Con esa norma lo que se considera perfeccionada es la "adquisición", que existe desde el instante mismo en que se reúnen los requisitos establecidos por el Código para la constitución o transmisión de los derechos reales, esto es el título y el modo, éste por la tradición.

Vigente el Código Civil, las provincias fueron organizando sus registros de publicidad inmobiliaria, inspirándose en la ley hipotecaria española. El primer registro fue creado en la provincia de Buenos Aires en el año 1879.

El 2 de noviembre de 1896 se sancionó la ley 1893, que organizó los tribunales de la Capital Federal, su archivo y el Registro de la Propiedad. En el Título XIV se crea y organiza un registro de "propiedades, hipotecas, embargos e inhibiciones", fijándose qué documentos son inscribibles.

Todos los registros creados a partir de la vigencia del Código Civil fueron tachados de inconstitucionales por la doctrina nacional, con la única excepción de Salva. Se fundaban para ello en que las legislaciones provinciales no podían establecer un requisito nuevo para la eficacia de los derechos reales, alterando el sistema establecido por el Código Civil, que es legislación de fondo, con carácter nacional.

No obstante ello, los registros fueron implantándose en todo el país; aceptados por todos, pues hacían más fluido y ágil el tráfico inmobiliario, llegando a ser calificados como "una feliz anomalía", según la expresión de Bielsa.

El dominio después de la reforma del Código Civil, según la citada ley 17711 y particularmente la 17801. Necesidad y obligatoriedad de la inscripción. La Carta de Buenos Aires: La reforma del art. 2505 del Código Civil, hecha mediante la ley 17711, no resultó práctica para los requerimientos del tráfico, los usos y costumbres, obligando a la sanción de la ley 17801 (del 26/6/68), que en su artículo 2º establece que para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones legales, se inscribirán en los registros correspondientes, los documentos por los que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, así como los que disponen embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares, y los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.

Las normas de esta ley vinieron a llenar el gran vacío existente en el Código y a convalidar la existencia, casi centenaria, de los registros de la propiedad inmueble, amenazados con la tacha de inconstitucionales.

Del régimen registral vigente, surge que la registración no resulta "obligatoria" sino "necesaria", como consecuencia de los efectos que para su oponibilidad a terceros se impone, y por la aplicación integral de su normativa, especialmente de sus principios, relacionados con el tracto sucesivo (art. 15), el tracto abreviado (art. 16) y el tracto convencional (art. 19).

Además de la "necesariedad", el sistema registral vigente, al tener efectos de "oponibilidad a terceros", resulta "declarativo" en cuanto a su caracterización o naturaleza, y "no convalidante" de los derechos inscriptos o anotados, tal como lo expresa su art. 4º.

También es "declarativo" en cuanto su art. 5º establece que las escrituras públicas presentadas en el plazo de 45 días de la fecha de su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación. Es decir, que el derecho real no nace en el registro - como regla general - sino en el instrumento extrarregistral de su constitución, conformado con antelación a su presentación al registro.

En el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Buenos Aires del 27 de noviembre al 2 de diciembre de 1972, se aprobó un documento, denominado La Carta de Buenos Aires, cuyo punto VIII proclama que "La registración de los derechos y situaciones jurídicas sobre bienes inmuebles debe ser obligatoria".

Obligaciones del notario y del funcionario, en general, frente a las normas registrales inmobiliarias: Durante la vigencia de la ley 1893, el notario no podía extender escritura alguna que transmitiese o modificase derechos reales sin tener a la vista el certificado expedido por el Registro, con la constancia del dominio del inmueble y sus condiciones. Como ya se ha dicho, para esta ley las inscripciones eran obligatorias (art. 227).

Para la ley 17801 vigente, el escribano o funcionario público, en los casos de documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales, debe tener a la vista: 1) el título inscripto en el Registro; y 2) la certificación expedida por el Registro, que consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas (tradente). De ello debe dejar constancia en los documentos a otorgar.

Enajenación de un inmueble sin inscripción del título de dominio: De las disposiciones vigentes respecto de la publicidad inmobiliaria, no resulta posible la enajenación de un inmueble cuyo título no esté inscripto previamente en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Como lo establecía la ley 1893, la 17801 prescribe que es obligatorio tener

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la vista la certificación del Registro, pero, además, el título "inscripto". Eventual convención del transmitente y del adquirente sobre títulos no inscriptos. Posibilidad de tal convención y sus efectos. Actitud notarial y procedimiento aconsejable: La ley 1893 establecía que ningún escribano podía extender, "aunque las partes lo solicitasen, escritura...". La ley 17801 no contiene una norma equivalente, pero de su articulado resulta claro que se debe tener a la vista el título de dominio inscripto del tradente.

Ni el pedido ni la convención son actitudes válidas para transmitir el dominio o constituir derechos reales sobre inmuebles "no inscriptos". El escribano no puede autorizar ese tipo de escrituras; si lo hiciera, el instrumento que autorizó es perfectamente observable, y, lo más grave, es que resulta "ininscribible".

En el país existen dominios no inscriptos por causas variadas, aunque estén poseídos los inmuebles en forma pacífica e ininterrumpida. En tales casos, el notario debe aconsejar el procedimiento judicial que reconozca la prescripción adquisitiva haciendo obtener al usucapiente el "dominio" del inmueble. Si resulta indispensable al que detenta la posesión transmitir sus derechos dominiales, el notario podría hacer una escritura de cesión de derechos y acciones y de la posesión detentada.

Constitución de derechos reales de garantía sobre inmuebles sin dominio inscripto. Imposibilidad de la inscripción del derecho real de garantía para su oponibilidad a terceros: Para constituir derechos reales de garantía sobre inmuebles es necesario ser propietario del mismo (art. 3119, Cód. Civil). Por ello, no puede imaginarse la constitución de un derecho real de garantía sin dominio inscripto, ya que el instrumento no sólo sería observable, sino también ininscribible.

Medidas cautelares sobre inmuebles o contra sus propietarios: Las denominadas "medidas cautelares" tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de la sentencia que se solicita al iniciar la acción.

Desde el punto de vista registral se hacen efectivas por medio de "anotaciones preventivas", como las llamaba la legislación anterior y las sigue denominando la vigente, que las contempla en el capítulo III del Código de Procedimientos Civil y Comercial (ley 17454) y la ley 17801. De esas normas surge que las medidas cautelares pueden ser solicitadas antes o después de iniciada la demanda; que se decreta con la responsabilidad de quien la pide, que deberá dar caución suficiente; que tienen carácter provisional, pudiendo cesar en cualquier momento; y que las inhibiciones y embargos se extinguen a los cinco años de anotadas.

Enajenación de inmuebles embargados: La enajenación de un inmueble "embargado", esto es, que tiene un embargo decretado por autoridad judicial, es un acto lícito y procedente, siempre que el adquirente tome a su cargo dicho embargo. Ello es así, porque la medida cautelar sigue a la "cosa". Si el documento no hace alusión alguna al embargo, será observado, y corresponderá su debida aclaración.

Este embargo procesal tiene "rango", o sea, que según el principio prior tempore potior iniure, un embargo entrado antes que otro es de primer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

orden o rango sobre cualquier otra carga real, como sería una hipoteca.
Enajenación de inmuebles con "anotación de litis": Es otra medida cautelar, legislada en el art. 229 del Código Procesal. Se puede enajenar, en general, todo inmueble que tenga anotada preventivamente una litis, siempre que el comprador se dé por enterado de ella y se haga cargo de sus consecuencias. Si no aparece esa referencia a la litis, el TÍTULO es observable.

Enajenación de inmuebles con "prohibición de innovar": Si existe una anotación cautelar de "prohibición de innovar", el escribano debe abstenerse de extender todo acto jurídico mientras la traba no se levante. Si se observa un título por la existencia de la traba no tomada en cuenta, la observación es procedente, y sólo puede subsanarse mediante el levantamiento de aquélla.

Enajenación de inmuebles cuyos propietarios están inhibidos: La inhibición es una medida cautelar dirigida contra el propietario de inmuebles, es personal, y procede cuando no se conocen bienes del demandado.

El escribano no puede actuar con transmitentes que están inhibidos judicialmente. Si la inhibición está trabada antes del acto observable, esta observación no tiene subsanación; solamente podría serlo con el levantamiento de aquélla.

Enajenación de inmuebles con "prohibiciones de contratar" o con "medidas cautelares genéricas" previstas en los Códigos Procesales de las provincias: La "prohibición de contratar" es una medida grave, que paraliza a las partes y al escribano que debía actuar. Si la observación se hace por no haberse dado cumplimiento a la "prohibición de contratar", notificada a las partes, e incluso al escribano, resulta insubsanable. Tampoco puede acordarse nada al respecto entre las partes en el acto escriturario. Cualquier acuerdo o arreglo debe ser judicial y no extrajudicial, hasta lograr el "levantamiento" de la prohibición de contratar.

Respecto de otras "medidas cautelares genéricas" que pueden contener algunos Códigos Procesales, debe señalarse que si la medida sigue a la cosa, como los embargos, el inmueble puede ser enajenado. Pero si afecta al tradente, cualquier observación es justa, pues está inhabilitado para disponer.

Enajenación de inmuebles en Zonas de Seguridad. Caracterización. El orden público y la normativa impuesta: Las llamadas zonas de seguridad constituyen una situación jurídica especial, que busca impedir la formación de núcleos de nativos del país limítrofe en las fronteras nacionales. Desde el punto de vista del derecho civil significan una restricción al dominio. Las zonas de seguridad - que pueden ser de fronteras y del interior - fueron creadas por la ley 12913 sobre la base del decreto 15385 (del 14/6/44).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para cualquier constitución o transmisión de derechos reales o personales dentro de ellas, es necesario solicitar la previa autorización a la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad; y los Registros de la Propiedad no inscribirán los instrumentos en que no conste el otorgamiento de esa autorización previa. Posteriormente se exceptuó de este requisito a los argentinos nativos.

Enajenación de inmuebles de Zonas de Seguridad sin autorización previa. Penalidades. Su nulidad o su ilicitud: La omisión del pedido de autorización previa origina la nulidad del acto que pudiere efectuar el escribano, y puede acarrear sanciones penales. La observación al instrumento sería procedente, pues no podría obtenerse su inscripción en el registro correspondiente.

El escribano debe abstenerse de ejecutar actos de esa naturaleza, ilícitos, punibles, e insubsanables. En la mayoría de los supuestos, ya sea por denegatoria previa de la autorización o por denegatoria posterior al otorgamiento del instrumento (cuando por error material no se solicitó antes), la gestión para subsanar esa falta podría arribar a un feliz resultado.

Venta de inmuebles con demasías. Derechos sobre las mismas.

Transmisibilidad y usucapión: Por la venta de inmuebles con demasías no caben observaciones. Los casos encuadran en las previsiones de los arts 1344 y siguientes del Código civil.

Es inobjetable la adquisición de un inmueble cuyo título, en cuanto a medidas - especialmente áreas - esté en exceso, y en que tanto el transmitente como el adquirente, advertidos de ello, formalizan dos actos jurídicos; la compraventa del inmueble según títulos, y la demasía o excedente es cedida por el tradente (como cesión de derechos y acciones) y en todos los aspectos que hagan a la prescripción adquisitiva (usucapión)

Según la ley 17711, la prescripción adquisitiva de tierras, sin justo título y sin ponderar si hubo buena fe, ha sido reducida al plazo de veinte años (art. 4016 del Cód. Civil). La prescripción con buena fe y justo título ha sido reducida a diez años continuos (art. 3999).

Calificación errónea del "negocio causal": En nuestro régimen jurídico, la transmisión del dominio se hace solamente por actos entre vivos y por mortis causa, y en el primer caso, esa transmisión debe basarse en un "negocio causal".

El Código Civil, en el art. 1001, determina los requisitos que debe tener la escritura pública, la naturaleza del acto y su objeto, elementos todos que concretan e individualizan el acto jurídico celebrado. En otros artículos determina los supuestos de error esencial, que determinan la nulidad del acto.

Todo ello impone al escribano sumo cuidado en la redacción de la escritura, a fin de evitar que por error en la consignación de la naturaleza del acto, se caiga en la nulidad. También debe tenerse en cuenta que la calificación que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las partes hayan dado al acto jurídico que celebran no es decisiva. La expresión equívoca del "negocio causal" no afecta la naturaleza de la transmisión. Será observable, y quizás deba ser aclarada, en aras de la seguridad jurídica y de la perfectibilidad de los títulos.

Escrituras rectificatorias y aclaratorias: Corresponderá una escritura rectificatoria cuando deba modificarse el acto o negocio jurídico generador del instrumento, introduciéndose las rectificaciones o modificaciones conducentes para subsanar la observación que el o los actos merecieron. Debe otorgarse escritura aclaratoria cuando solamente se consignen elementos complementarios, ampliatorios y hasta quizás, de rectificación de poca monta.

Notas marginales de subsanación: Podrá subsanarse alguna causa de observación al título o negocio causal, que no se refiera a la integridad del acto, o a su contenido, o que no implique un acto compromisorio atribuible exclusivamente a la partes, mediante nota marginal.

TEMA: OBSERVACIONES VARIAS

Expositor: NATALIO PEDRO ETCHEGARAY

Ausencia del asentimiento conyugal: Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del asentimiento conyugal, que no es causal de incapacidad del titular ni crea una codisposición de ambos cónyuges, ni es requisito del negocio, ni es elemento de validez, ni disminuye la legitimación para disponer del titular, sino que es un requisito de eficacia, como medida de protección de tipo resolutorio y su omisión causa inoponibilidad del negocio al cónyuge que no lo prestó, y ante la iniciativa de éste demostrando su justa causa para oponerse, los efectos del negocio desaparecen por revocación. La falta de asentimiento se soluciona en forma directa por prestación posterior, o en forma indirecta por asentimiento supletorio judicial, o por prescripción decenal para el adquirente, y por el artículo 1051 del Código Civil para el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. La jurisprudencia califica la falta de asentimiento como generadora de una nulidad relativa sólo invocable por el cónyuge omitido y sus herederos.

Asentimiento genérico: La doctrina notarial general está en favor del asentimiento general anticipado, pero como la doctrina judicial mayoritaria los rechaza por entender que se prestan a abusos, se recomienda a limitarlos, ya fuera en el tiempo, o con relación de bienes, zonas, lugares o tipo de contratos a los que se circunscribe. El notariado considera aceptable en cambio, el poder general para dar el asentimiento, ya que en ese caso el control se realiza en cada acto por el apoderado, no viendo inconveniente que el apoderado sea el propio cónyuge disponente, pues de otras disposiciones del mismo Código (art. 135) puede inferirse que nuestro ordenamiento legal supone en principio la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

armonía conyugal, y no a un cónyuge como necesariamente enemigo del otro.

De cualquier manera, y en atención a la mayoría doctrinaria que no acepta el asentimiento genérico, se recomienda que aun en los poderes, se haga una somera referencia a los inmuebles o bienes registrables, que a la fecha del poder integran el haber ganancial del otro cónyuge, e inclusive el hogar conyugal, si fuere propio de éste.

En los poderes anteriores a la reforma de 1968, es prácticamente imposible poder inferir la existencia de la facultad del asentimiento conyugal.

Sociedad conyugal: Bienes propios: la principal observación se hace a los títulos a nombre de la mujer, que no tienen una adecuada y circunstanciada relación de cómo el dinero perteneció a la titular. Ello por aplicación del artículo 1246 del Código Civil.

Se ha entendido que por aplicación de la ley de derechos civiles de la mujer y la última reforma de 1968, el art. 1246 del Código Civil, está implícitamente derogado.

Pero un plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal (14 de julio de 1972. Autos "Serrey de Drabble") aseguró su vigencia reducido a dos aspectos: que el dinero es de la mujer y cómo le correspondió, y se hizo notar que no comprendía este artículo al marido.

Entiendo que a pesar de ello, el artículo 1246 está implícitamente derogado, y por imperio del artículo 1266 que es el que enumera los casos de excepción a la ganancialidad, ambos cónyuges están obligados a dejar constancia de que el dinero es propio, para que así se los considere.

Pero esta manifestación ya no está alcanzada por las limitaciones temporales del 1246, y puede dejarse constancia del origen del dinero, aun con posterioridad a la escritura de adquisición.

Para esa circunstancia es muy valiosa la doctrina, consultas notariales y jurisprudencia que se fue elaborando sobre el artículo 1246, pero no aplicando su rigorismo a la situación actual.

Entiendo que debe aplicarse a la manifestación del origen del dinero, tanto del esposo como de la esposa, la calidad de manifestación autenticada, que los artículos 994 y 995 del Código Civil dan a las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal o los reconocimientos en ellos contenidos, y que por aplicación de los artículos citados hacen plena fe, hasta la prueba en contrario.

Ello porque al momento de las precisiones se hace muy difícil caracterizar acabadamente las menciones que deben considerarse esenciales para establecer el origen del dinero.

Así, basándose en los citados artículos 994 y 996 toda manifestación sobre el origen del dinero debe tenerse por válida hasta la prueba en contrario, aunque justamente para impedir esa prueba, la manifestación sea lo más completa posible.

En dos consultas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal se deja claramente establecido que ni el adquirente, ni el escribano autorizante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

están obligados a verificar la veracidad de la manifestación que hizo en su oportunidad el titular, y que dicha manifestación es *juris tantum* y que no hay acción reipersecutoria contra el adquirente (Rev. del Notariado, 1972, pág. 1244, y 1973, pág. 1469).

Bienes gananciales: Son los que ofrecen menores problemas.

Se hizo referencia a los gananciales a nombre de la mujer sin origen del dinero, señalándose el avance de la jurisprudencia en el sentido de que se los tiene por gananciales de libre disposición, sin necesidad de que contengan aquella mención sobre el origen del dinero, siendo la comparecencia del esposo a los efectos de dar asentimiento y no codisposición.

Bienes mixtos: Es actualmente mayoritaria la doctrina que descarta la calificación dual, cualquiera fuere el monto del valor o las porciones indivisas agregadas.

Se afirma en la doctrina y en la jurisprudencia y es útil para el tráfico inmobiliario.

Sin embargo, no apareciendo claramente en la ley de fondo elementos para que ello no sea más que una construcción jurisprudencial, el notariado aconseja tener presente los distintos orígenes hasta que se clarifique totalmente el problema, y en consecuencia tenerlos como bienes en parte propios y en parte gananciales.

Como recomendación: Si se puede manejar como bien "mixto", o sea reconociendo ambos orígenes, es oportuno tomar las precauciones para que se cumplan las formalidades de ambas categorías, a fin de evitar un futuro rechazo de título, o presentarse, por ejemplo, en las actuaciones sucesorias del cónyuge no titular, pidiendo la exclusión del bien del acervo hereditario por su carácter de propio del cónyuge titular.

En cambio en los títulos antiguos, con transferencias ya realizadas, debe defenderse la calificación única, u original del bien, pues ya se torna casi imposible tomarlo como mixto, sobre todo teniendo en cuenta que la doctrina, incluso bancaria, tradicional, era de calificación única.

Disolución de la sociedad conyugal y adjudicación de bienes: La aplicación inmediata del artículo 1306 del Código Civil a los divorciados anteriores a la reforma de 1968 que no tenían disuelta su sociedad conyugal, ha provocado dos corrientes dentro del notariado: una mayoritaria que les exige liquidar su sociedad conyugal para disponer de los bienes adquiridos antes de la reforma y con posterioridad al divorcio, y otra, que considera al cónyuge no culpable como habilitado para disponer sin asentimiento (argumento artículo 1306 y analogía con los separados de hecho no culpables).

En las Jornadas Nacionales del Chaco (XII - 1968) se estuvo en la primera doctrina exclusivamente. En la XIII Jornada (Santa Fe, 1970) hubo tres despachos, uno en mayoría, y dos minorías, siendo la última minoría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

encasillada en la solución amplia y general.

En consultas notariales se observan también ambos criterios.

En los bienes adquiridos después de la reforma, no pueden presentarse problemas, son personales de cada uno de ellos.

Los divorciados después de la reforma tienen obviamente la libre disposición de los bienes que adquieran.

Para la disposición de los bienes que tenían antes del divorcio (tanto divorciados antes como después de la reforma) se afirma la doctrina de la codisposición, en razón de que la indivisión postcomunitaria que el divorcio ocasiona, sustrae los bienes gananciales a la libre administración del titular, y los somete a la codisposición de ambos cónyuges y por lo tanto responde por las deudas de cualquiera de ellos, exigiendo en consecuencia solicitud de certificación de inhibiciones por cada uno de los cónyuges, titular y no titular.

Ello siempre que no se hubiera adjudicado a uno de ellos en la división de los bienes conyugales.

Para el caso del último párrafo del artículo 1277 sólo se toma como hogar conyugal el existente a la fecha del divorcio y no los que con posterioridad hubieran sido residencia del cónyuge que tiene los hijos menores a su cargo.

En cuanto a la adjudicación de bienes entre los cónyuges una vez declarado el divorcio, no se encuentra asidero legal para la exigencia registral acerca de la previa homologación judicial de los convenios, para su posterior exteriorización en escritura de división. Ello en virtud de regirse por la división hereditaria y poderse hacer sin ninguna clase de autorización o participación judicial.

Que el artículo 67 bis prevea que si no hay acuerdo la liquidación se hará por vía sumaria, no implica que en los casos de acuerdo se deba recurrir a la justicia.

La sola presentación judicial y el consecuente "tégase presente", de ninguna manera evita abusos o desviaciones legales que tendría la intención de controlar la autoridad judicial.

En cuanto a los separados de hecho se aclaró que dicha circunstancia es irrelevante en sede notarial, y se debe tratar a los cónyuges como no separados.

No es causal de disolución, sino que cobra relevancia en la disolución (La Ley, t. 32, pág. 1428).

TEMA: REPRESENTACIONES DEFECTUOSAS

Expositor: JOSÉ C. CARMINIO CASTAGNO

1. La vastedad del tema impone un tratamiento circunscripto a sólo algunos tópicos, habiéndose seleccionado dos:

- a) Enfoques de la problemática general en función del concepto de "legitimación" - como presupuesto del negocio -, en el que encuadra la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mayoría de los casos.

b) Supuestos de actuación de una persona jurídica colectiva, de organicismo complejo (v.g.: una sociedad anónima).

2. "Título" es, en la generalidad de las hipótesis, un negocio jurídico causal.

3. Interesa destacar que dicho negocio - en lo que al notariado atañe más estrechamente - se contiene, de ordinario, en una "escritura pública".

4. "Documentación habilitante" es, entonces, la que justifica la actividad jurídica que en el documento despliegan las partes (en sentido "formal - instrumental" y "substancial - negocial").

5. Así:

a) La referida a la existencia del sujeto (v.g.: El "acuerdo constitutivo" de un ente societario).

b) La que versa sobre su "capacidad" (emancipación por habilitación de edad, por ejemplo).

c) La que acredita la titularidad del bien que se dispone (el "TÍTULO" del dominio, inserto en la fórmula "le corresponde...").

d) Las "autorizaciones judiciales":

-Para la venta del inmueble propio por menor emancipado (Cód. Civil, art. 1360).

-Para el acto dispositivo por un inhabilitado.

e) La que comprueba el "asentimiento conyugal" (art. 1277 del Cód. Civil) (o la venta judicial supletoria).

f) La referida a la "conformidad del curador" respecto de actos de disposición de los inhabilitados judicialmente (art. 152 bis del Cód. Civil).

6. Además (con relación a los casos de "representación" - legal, convencional u orgánica -):

a) La acreditativa del vínculo paterno - filial (v.g.: compras efectuadas para un hijo, bajo patria potestad).

b) La relativa al acto de apoderamiento (en supuestos de actuación de mandatarios) .

7. Con respecto a los actos vinculatorios de personas colectivas de complejo organicismo, conviene destacar que se requiere:

a) Decisión por el órgano deliberativo interno (v.g.: Asamblea o Directorio, según su naturaleza).

b) Actuación de dicha decisión por el órgano de representación (Presidente del Directorio).

8. Y que se requiere la siguiente "documentación habilitante":

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- a) Acuerdo constitutivo y estatutos sociales.
- b) Acta de Asamblea de elección de autoridades.
- c) Acta de Directorio de distribución de cargos.
- d) Acta de Asamblea o Directorio de toma de decisión del acto (según corresponda) .

9. Dichos documentos pueden:

- a) Ser exhibidos al notario en sus originales.
- b) Presentarse al interviniente en copias que las subroguen en su eficacia (legalizadas, cuando corresponda).

10. El estudio de la documentación habilitante impone:

- a) Analizar su validez formal y substancial.
- b) Pronunciarse acerca de la competencia de cada órgano, en su caso.
- c) Dictaminar sobre la extensión del poder que pretenda ejercitarse en función del acto de que se trata.

DISPOSICIONES SOBRE EL NOTARIADO DE GRAN BRETAÑA

AÑO CUADRAGÉSIMO PRIMERO

REY JORGE III

Capítulo 79

Una Disposición para la mejor Reglamentación de los Notarios Públicos en Inglaterra (junio 27 de 1801)

Toda vez que se lo considere, para la mejor prevención contra personas legales y sin experiencia que muestren así actuar, o sean admitidas en el Colegio de Notarios Públicos, es conveniente que dicho Colegio se controle desde Inglaterra; por lo tanto, Su Majestad el Rey, con el apoyo y aprobación de los Lores Espirituales y Civiles y de la Cámara Baja de los Comunes, en este Honorable Parlamento reunidos, y bajo la Autoridad que de los mismos emana, decreta que, a partir del primer día de Agosto de 1801, no le será permitido a ningún ciudadano en Inglaterra actuar como Notario Público, o usar y ejercer el oficio de tal, o llevar a cabo cualquier acto notarial, a menos que esa persona haya prestado el debido juramento o haya sido admitida y registrada como más abajo se establece, en la Corte frente a la cual los Notarios acostumbradamente prestan juramento, o son admitidos y registrados.

II. Decrétase asimismo, que a partir del primer día de Agosto de 1801 ninguna persona preste juramento o sea admitida o registrada como Notario Público a menos que dicha persona haya sido destinada bajo Contrato por Escrito o Escritura de Noviciado, para desempeñarse como