

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL ROL DEL NOTARIADO ALEMÁN EN EL PROCESO DE LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA

EDMUND LIERMANN

PRIMERA PARTE

I

1. El notariado alemán tiene una rica tradición. La escritura notarial figura en primer plano en este contexto. La escritura, que procedía de la actividad del actuario egipcio - griego, del llamado amanuense eventual y del secretario particular secreto de la época del romano tardío, adquirió fe pública en la Edad Media, en virtud de otorgamiento imperial y papal; ya no se la podía hacer depender totalmente del testimonio testifical. Sólo estaba ligada al cumplimiento de las formas, en especial al uso del sello. El escribano pasó a ser notario.

2. La profesión de notario se la confirió el emperador. El Reglamento Notarial decretado por el emperador Maximiliano I el 8/10/1512 contenía los fundamentos y también algunas prescripciones específicas del sistema de autorización aún en vigor en la actualidad. El Reglamento Notarial de 1512 estuvo en vigor hasta 1806, y fue reemplazado, en la región de la orilla izquierda del Rin, donde yo tengo mi cuna, por la constitución notarial francesa, la Ley de Ventoso. En otras regiones regían en parte otras leyes.

El Reglamento Notarial fue redactado centralmente de nuevo en 1937. Desde el 16/2/1961 está en vigor el Reglamento Notarial Federal. En la República Federal de Alemania tenemos diversas formas de notariado, a saber, el notariado de función exclusiva y el notariado que ejerce al mismo tiempo la abogacía, así como también el notariado de organismos oficiales. El Reglamento Notarial Federal es aplicable para el notario de función exclusiva y para el abogado - notario, las dos formas más importantes de notariado.

En ambas modalidades, el notario es el titular de un cargo público independiente. Ambas formas corresponden a los principios de la Unión Internacional del Notariado Latino.

3. El procedimiento de autorización notarial está regulado por la Ley de Autorizaciones Notariales, en vigor a partir del 1º/1/1970. La Ley de Autorizaciones Notariales introdujo el monopolio de escriturado del notario;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se derogó la facultad de los tribunales de justicia para otorgar documentos.

4. Al notario se le asigna una determinada sede oficial, en la que, por principio, ha de ejercer solamente las funciones propias de su profesión. Los objetos de su función oficial pueden encontrarse en todo el territorio de la República Federal de Alemania e incluso en el extranjero.

El notario es competente en la materia de otorgamientos de declaraciones de voluntad, otras similares a declaraciones de voluntad, así como también demás hechos y sucesos. El notario alemán no está facultado para ejercer funciones propias de su cargo en el extranjero. Su potestad escrituraria está delimitada por las fronteras del Estado y queda enmarcada dentro de ellas.

5. El notario es competente internacionalmente en la medida en que la escritura pública goce de libertad de vigencia internacional.

Siempre y cuando el derecho alemán considere a los notarios alemanes como autorizados exclusivamente para otorgar escritura fedataria de determinados hechos y actos jurídicos, no se puede reconocer en Alemania la escritura expedida ante un notario extranjero. Una competencia exclusiva de notarios alemanes en tal sentido se tiene, por ejemplo, al establecer y transmitir la propiedad de viviendas mediante contrato.

El notario se ha de negar a ejercer las funciones propias de su cargo cuando se requiera su coparticipación en actos con los que se persiga reconociblemente fines no permitidos e ilegales.

II

El notario tiene obligaciones de esclarecimiento, de comprobación, de instrucción y de asesoramiento al proceder a la autorización notarial documentada.

1. El notario está obligado a cerciorarse sin lugar a duda alguna de la autenticidad de los datos de las partes que intervienen. Normalmente, esto se hace a base de acreditarse con los documentos nacionales de identidad

2. El notario ha de comprobar si las partes que intervienen están capacitadas para contratar o no. Esto no significa que en el caso en particular él esté obligado a indagar si las partes que intervienen son normales psíquicamente y si son mayores de edad. Sólo en aquellos casos en los que surgían dudas tiene que hacer preguntas y exigir comprobantes, si lo considera procedente. En caso de personas que intervienen con capacidad restringida para contratar, él tiene que cerciorarse de si existe un representante legal y es posible que éste vaya a autorizar el acto.

3. La obligatoriedad de comprobación (función calificadora) por parte del notario se refiere a cerciorarse de la existencia de poder de representación de las personas que intervienen en el acto. La gerencia de una empresa, los consejos de administración y demás representantes de una persona jurídica del Derecho privado y público deben demostrar a base de documento ante el notario que tienen poder de representación. Cuando el poder de representación emane del Registro Mercantil, el escribano legalizará el poder de representación, lo que se prevé expresamente en el Derecho alemán.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para sociedades mercantiles extranjeras, es muy difícil frecuentemente comprobarlo, por el mero hecho de que una parte de los Estados extranjeros carecen totalmente de Registro Mercantil o bien porque de los Registros llevados no se puede colegir cuáles son las personas facultadas para representar ni el alcance de su poder de representación.

4. Finalmente, la obligatoriedad del notario de practicar la comprobación se extiende también a la facultad de disposición de las partes que intervienen en el acto. Cuando falte tal potestad de disposición, no podrá formalizarse el fin jurídico perseguido con el acto instado. El notario no sólo se obliga por la escritura en su forma exterior, sino que ha de expedir con su responsabilidad una escritura eficaz.

En caso de propiedad de bienes raíces, por consiguiente, también en el caso de viviendas en propiedad, el notario está obligado a examinar el Registro de la Propiedad. Por lo demás, normalmente el notario se puede conformar con que las partes que intervienen le aseguran formalmente que son propietarios de un determinado derecho.

La facultad de personas casadas de disponer libremente de su patrimonio propio se puede ver restringida por su régimen de bienes. El notario puede proceder en conformidad con lo establecido por la ley reguladora del régimen de bienes en aquellos casos en los que las partes que intervienen no declaren algo que diverja del contenido de dicha ley.

5. El notario debe investigar la voluntad de las partes que intervienen. Entre las medidas destinadas a tal fin, figura que él averigüe, a base de preguntas, la finalidad económica que persigue con el acto o negocio que se debe documentar notarialmente. En relación con esto, él ha de dar oportunidad a las partes que intervienen a que exterioricen sus deseos. Sólo procediendo así podrá hacerse una idea de conjunto exacta de lo que pretenden. No necesita comprobar si le manifiestan la verdad. El puede dar por supuesto que las indicaciones que le hacen corresponden a la verdad. Por ello, en casos adecuados anticipa al acto a autorizar el estado de cosas tal como se lo exponen a él las personas que intervienen en el acto.

En muchos casos, el notario tiene que averiguar por sí mismo los fundamentos del acto sobre el que debe expedir el acta notarial. Así, por ejemplo, él tiene que deliberar la cuestión de si un testador se ve impedido de disponer libremente a causa de un anterior contrato sucesorio o por testamento mancomún obligatorio otorgado con anterioridad. El notario se debe informar sobre el contenido de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad en caso de actos que tengan por objeto la propiedad de bienes raíces.

6. Con frecuencia es necesario instruir a las partes que intervienen a fin de poder expedir un documento notarial impecable jurídicamente y en consonancia con la voluntad de las partes que requieren el documento.

Depende de las circunstancias inherentes a cada caso en particular, cuáles son los casos en los que se debe hacer tal instrucción a las partes que intervienen y en la medida en que se debe practicar. Ella resulta especialmente procedente cuando no es fácil de apreciar una determinada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntad de las partes instantes o cuando resulta difícil poner en consonancia con el tenor de la ley una determinada voluntad de las partes que intervienen. Cuando no lo consiga libre de toda duda, el notario debe hacer constar en el documento notarial a expedir la aclaración que él les ha hecho y las declaraciones hechas a continuación por las partes que requieren el acto.

7. El notario, como especialista jurídico, está obligado a asesorar a las partes que solicitan el documento notarial. Motivo para asesorar sólo existe siempre que lo requieran las circunstancias específicas del caso en particular. No se puede establecer reglas absolutas sobre la obligatoriedad de asesoramiento. Esta obligatoriedad se encuentra en función del nivel cultural y formativo y por la facultad de discernir o comprensividad de las partes que intervienen en el acto.

La obligatoriedad de asesoramiento no se extiende a la idoneidad económica, en especial tampoco a las consecuencias económicas. En la obligatoriedad de asesoramiento figura, por ejemplo, la advertencia en cuanto a la idoneidad de hacer registrar la anotación preventiva de la transmisión de la propiedad para asegurar el pago anticipado sobre el precio de compra.

8. El notario ha de presentar sin dilación alguna las declaraciones documentadas notarialmente por él en las oficinas del Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil. Sin embargo, sólo podrá hacerlo una vez que se hayan aportado ya todos los documentos, en especial las declaraciones de todas las partes que intervienen objetivamente en el asunto, así como también una vez que se haya aportado también todos los permisos oficiales; en suma, una vez que la solicitud de inscripción cumpla los requisitos exigidos para una rogación registral.

III

Con ello, el notariado es una institución independiente en virtud de garantía constitucional. Independiente, por un lado, con respecto al Estado y, por otro, ante los clientes que instan al acto. El notario es imparcial en virtud de lo establecido por la ley, y especialista en virtud de su cualificación (conferimiento de facultades para el cargo de juez); especialista que, a tenor de la ley, está obligado a informar a los participantes y mostrarles el camino que ellos circunscriben con sus palabras, que, por lo general, no son periciales. Este es el motivo por el que la ley prescribe obligatoriamente la coparticipación del notario en determinados actos jurídicos. Ahora bien, en virtud de la calidad de institución que tiene el notariado se documentan notarialmente también muchas declaraciones que no caen dentro de la obligación de que se dé fe de ellas mediante documento notarial. La escritura notarial se apropia, en cuanto a los actos jurídicos, a ejercer una función probatoria y a dar a las partes que intervienen el asesoramiento pericial e imparcial. Tampoco hay que olvidar la circunstancia de que el notario se responsabiliza de los actos que ejerce en su función.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SEGUNDA PARTE

I. FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN CUANTO A LOS DERECHOS REALES

En virtud del artículo 1º del Reglamento Notarial Federal, el notario alemán tiene en lo esencial las siguientes tareas:

1. a) Escriturar operaciones en derecho. Con este concepto no se refiere solamente a aquellos actos que para tener vigor jurídico tengan que estar escriturados notarialmente, tales como por ejemplo, la venta o la compra de fincas urbanas y la petición, modificación del contenido o la transmisión del derecho de superficie (art. 20 del GWO, Estatuto Industrial), sino también aquellos en los que las partes contratantes acuerdan el escriturado por parte de un notario sin que sea obligatorio hacerlo en virtud de ley. Esto se hace con no poca frecuencia porque de este modo se pretende conseguir que los textos se formulen claramente y que no contengan cláusula alguna cuyo valor jurídico sea dudoso o incluso se tenga que denegar.

El concepto de "acto jurídico", también conocido como "negocio jurídico", se ha de entender como muy amplio. Contiene negocios jurídicos unilaterales y multilaterales, negocios jurídicos sobre derecho de personas y de derecho patrimonial, negocios jurídicos entre personas vivas o por fallecimiento, así como también negocios jurídicos obligatorios y actos de disposición.

b) Legalización de firmas y rúbricas: El notario está facultado también para legalizar firmas y rúbricas puestas bajo declaraciones hechas - en escrituras particulares - esbozadas por él o por terceros.

En este caso no legaliza el contenido de la declaración sino solamente el hecho de la puesta de la firma y rúbrica.

2. Asimismo, al notario alemán se le han asignado tareas en el sector de la administración de justicia preventiva. Este concepto es muy variado en cuanto a matices y no se puede definir exactamente. Para mi disertación de hoy basta en cuanto al tema la indicación de que, en síntesis, los derechos sobre fincas terrenas figuran entre las tareas del notario alemán, junto con la autorización y legalización de firmas y rúbricas, también sobre la percepción de intereses de los afectados ante los Registros de la Propiedad. El Registro Inmobiliario es, en Alemania, el Registro en el que se inscriben todos los derechos sobre fincas, bienes inmuebles. Consta de tres secciones. En la I figuran inscritas las relaciones de propiedad. La II contiene todas las cargas, a excepción de los derechos de prenda mobiliarios; éstos se inscriben en la III.

Para estas tres secciones se tiene una hoja - el índice de fincas existentes -, que sirve para identificar la finca. Por lo general, el Registro de la Propiedad es llevado por los juzgados municipales alemanes. En algunas partes de Alemania donde actúan los llamados notarios oficiales, éstos son los encargados del Registro de la Propiedad. Todas estas instituciones se llaman Registros de la Propiedad. A ellas se han de dirigir todas las solicitudes de inscripción o alteración de derechos en bienes raíces, las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fincas.

II. DERECHOS REALES

Para poder abarcar la magnitud de la actividad del notario alemán en relación con derechos en bienes raíces, es necesario exponer cuáles son los derechos sobre bienes raíces que conoce esencialmente el sistema jurídico alemán.

a) En primer plano se encuentra la propiedad. El artículo 903 del Código Civil federal lo define como la facultad de proceder opcionalmente con una cosa y descartar otras de todo efecto, siempre y cuando que no se opongan a la ley o derechos de terceros. Tras esta definición se tiene un concepto de propiedad que corresponde a los conceptos liberales del siglo XIX. Actualmente ya no es válida, sino que está considerablemente limitada por el llamado nexo social de la propiedad. Tiene su fundamento en el artículo 14 de la Constitución, el que, si bien garantiza la propiedad, sin embargo, define su contenido en discrepancia con el artículo 903 del Código Civil federal, del modo siguiente: "La propiedad obliga. Su uso debe servir a la vez al bienestar de la generalidad".

Rebasaría el marco de mi disertación si pretendiere exponer consecuencias que se sacan del nexo social de la propiedad. Puedo dejar de exponerlo también por el hecho de que su aspecto prioritario no se encuentra en los derechos de bienes raíces existentes junto a la propiedad. Al contrario, apenas si se ven afectados por el nexo social. Esto tampoco ha impedido que la propiedad, aun en bienes raíces, se haya constituido en el más amplio derecho de dominio que conoce el sistema de derecho privado alemán. Todos los demás derechos en bienes raíces, a los que me referiré en detalle a continuación, son un minus con respecto a la propiedad.

Un tipo especial de la propiedad de bienes raíces es la llamada propiedad de vivienda. El legislador alemán la ha creado tan sólo después de la segunda guerra mundial, en virtud de la Ley de Propiedad de la Vivienda, conocida por Ley de Propiedad Horizontal. Antes era desconocida en el Código Civil federal. Se extiende como propiedad plena o - cuando los propietarios sean varios - como copropiedad sólo a una única vivienda de una casa, la que está repartida en las llamadas viviendas en propiedad. El solar sobre el que se levanta la casa es copropiedad colectiva en común de todos los propietarios de viviendas. El mismo tenor tiene aplicación en cuanto a aquellas partes y mobiliario de la casa usados por todos los propietarios de viviendas (por ejemplo, tejado, caja de la escalera, instalaciones de calefacción y demás instalaciones, con excepción de las partes que se encuentran en las respectivas viviendas, en particular, las instalaciones exteriores alrededor de la casa). La administración de las partes de la casa que son propiedad comunitaria es tarea de la generalidad de los propietarios de viviendas. La cumplen casi siempre por medio de un administrador elegido y pagado por ellos, que también puede ser propietario de vivienda. A la vista de la escasez de solares existente en Alemania y de sus elevados precios como consecuencia, la propiedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

horizontal adquiere cada vez más importancia.

b) Un minus frente a la propiedad es el derecho de superficie. Ya estaba regulado en virtud de los artículos 1012 y 1017 del Código Civil federal; sin embargo, su característica actual la ha recibido por el decreto sobre el derecho de superficie del 15/1/1919. Según los conceptos alemanes de derecho, figura entre las cargas de la propiedad fundamental. Por tal motivo, también su definición en el Código Civil federal y en el decreto del derecho de superficie: "Un terreno se puede cargar de manera que aquel a cuyo favor se efectúe la carga tenga el derecho a venderlo o a dejarlo en herencia, de construir un edificio por debajo o por encima del nivel del suelo".

En la mayoría de los casos, este derecho se concede por un plazo de noventa y nueve años, en los que como concedentes aparecen frecuentemente las iglesias y las instituciones influidas por ellas. Estas han adquirido - en la mayoría de los casos por disposición por causa de muerte -, con el correr de los tiempos, una gran propiedad inmobiliaria, la que aprovechan predominantemente a base de otorgamientos de derechos de superficie, pues para la concesión de tales derechos se tiene que pagar anualmente una prima de derecho de superficie.

La ventaja de la adquisición de un derecho de superficie consiste en que quien lo ha adquirido no necesita comprar ningún solar, por lo que puede reducir los costos de construcción. Además, la prima de derecho de superficie no es alta. La peculiaridad del derecho de superficie consiste actualmente en que es una carga del terreno en que se ha constituido, pero que se puede cargar igual que un terreno. Esto significa que todos los derechos que puedan existir sobre un terreno son posibles también en un derecho de superficie. Por consiguiente, se aproxima a la propiedad.

c) Las cargas menos pesadas sobre la propiedad inmobiliaria constituyen las servidumbres reales. Sólo se pueden constituir en favor del respectivo propietario de otro terreno y le confieren a éste el derecho a hacer uso del terreno cargado en relaciones específicas. Asimismo, su contenido puede consistir en que en el terreno cargado no se pueden practicar ciertos actos o que se ha excluido el ejercicio de un derecho que resulta de la propiedad en el terreno cargado con respecto al favorecido. En la vida diaria se constituyen servidumbres reales, por ejemplo, de paso o de circulación. Su contenido consiste también con frecuencia en limitaciones de edificación del terreno cargado o en las limitaciones de su utilización por la prohibición de practicar determinadas actividades mercantiles - industriales (por ejemplo, estaciones de servicio, establecimientos de hotelería). Objeto de polémicas es hasta qué extremo se pueden asegurar prohibiciones de competencia mediante servidumbres reales. Para mencionar un caso concreto: ¿Puede, por ejemplo, ser contenido de una servidumbre real la prohibición de despachar, en el establecimiento de hotelería explotado en la finca urbana cargada, otras marcas de cerveza diferentes de la vendida por una determinada fábrica de cerveza?

La pregunta es respondida negativamente por la teoría alemana dominante y por la práctica judicial con el argumento de que el derecho a elegir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

libremente a los proveedores de mercancías no emana de la propiedad de bienes raíces; limitaciones de este derecho no tendrían como consecuencia ninguna diversidad de la utilización del solar. Ahora bien, esto no significa que el contenido de una servidumbre real sólo pueda ser la prohibición del ejercicio de una determinada actividad comercial en un terreno cargado. La prohibición puede tener como contenido también almacenar y vender allí determinados tipos de mercancías. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal ve la prohibición de almacenar y vender botellas de cerveza en un terreno como contenido posible de una servidumbre real. En todo caso, la servidumbre real tiene que ofrecer ventajas al terreno dominante. Sin esta premisa, ella carece de vigor.

El Derecho alemán conoce servidumbres reales cuyos usuarios no tienen que ser propietarios de predios. Se llaman limitadamente servidumbres personales y pueden tener el mismo contenido que las servidumbres reales. Su característica más importante es el derecho de habitación, mencionado y regulado especialmente en el artículo 1093 del Código Civil Federal.

d) En el marco de estas servidumbres figura también el derecho de usufructo; el derecho, los usos de una cosa - también de un terreno - utilizarlos ampliamente. Se puede limitar por la exclusión de algunos usos específicos individualmente.

e) Las cargas reales constituyen otras formas de uso económico de terrenos. Son cargas que gravan terrenos de forma que a los titulares se les han de dar prestaciones reiteradamente emanadas del terreno. Titular puede ser también el propietario de otro predio. Las prestaciones pueden ser prestaciones materiales de todo tipo, prestaciones de servicio y prestaciones en dinero. La formulación de que las prestaciones se han de hacer "procedentes del terreno", del predio, no quiere decir que se tenga que tratar de sus rendimientos. Sólo se refiere a la responsabilidad del predio para estas prestaciones. Junto a él se tiene la responsabilidad personal del propietario del terreno para las prestaciones singulares que vengán y se tengan que hacer durante su calidad de propiedad. En la vida diaria sirven las cargas reales muchas veces para asegurar la parte antigua. Los mismos tienen luego las prestaciones materiales y las prestaciones de servicios del más diverso tipo como objeto, los cuales sirven para la mantención física y personal de los titulares. En cambio, en comparación con éstas, las cargas reales de rentas son raras.

f) Hay que mencionar también el derecho de tanteo. El derecho de retracto concede al titular la facultad de poder adquirir, en las mismas condiciones y disposiciones por el obligado, en virtud del derecho de retracto, en primer lugar de su otorgante, un terreno vendido a un tercero mediante contrato de compraventa autorizado reglamentariamente, condiciones y disposiciones que se han fijado en el contrato de compraventa concluido con el tercero.

g) La forma más importante de la carga que grava la propiedad en suelos la constituyen los derechos de prenda inmobiliarios, cuyo sistema ha sido configurado muy diferenciadamente en el Derecho alemán.

Conoce tres tipos de prenda inmobiliarios, a saber, hipotecas, deudas territoriales (o inmobiliarias) y deudas de rentas, también llamadas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipotecas de rentas o hipotecas en garantía de rentas.

La hipoteca asegura un crédito personal del titular con respecto al propietario de la finca gravada o a un tercero. En este sentido, jurídicamente el crédito es la cosa principal; la hipoteca es la cosa secundaria. Sin embargo, económicamente las cosas se encuentran a la inversa, debido a que tan sólo una vez que se asegure el crédito por medio de la hipoteca se tendrá su valor económico. La hipoteca está en función de la existencia del crédito. No se puede fundar sin un crédito que le sea subyacente.

Cuando se extingue el crédito, después de haberse constituido la hipoteca, ocurre que ésta se convierte en deuda territorial del propietario en virtud de ley. En estos casos se habla de la accesoriedad de la hipoteca. De todos modos, el Derecho alemán ha ejecutado este principio sólo en parte consecuentemente, a saber, en la llamada hipoteca de seguridad. En el otro tipo de hipoteca, la hipoteca de tráfico, no ha ocurrido esto. La diferencia se muestra en la configuración de la adquisición creadora de una hipoteca.

El Derecho alemán protege la buena fe de aquel que al adquirir el derecho sobre una finca se fía del contenido del Registro de la Propiedad. Esto se considera en su favor como correcto. Lo mismo ocurre también al adquirir una hipoteca inscrita en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, esta protección de la buena fe no sería suficiente en este caso, si no se extendiese también al crédito subyacente relativo a la hipoteca, puesto que la hipoteca no se podría adquirir sin él. Actualmente el Derecho alemán no conoce ninguna adquisición de crédito sobre base de buena fe. En la hipoteca se ha hecho una excepción de este principio. Para proteger también en ella la confianza en la autenticidad del Registro de la Propiedad se extiende también la protección al crédito subyacente, puesto que la hipoteca no puede existir sin él. Sin embargo, esta adquisición del crédito sobre la base de la buena fe sólo es posible en relación con la hipoteca. Aisladamente, el crédito no se puede adquirir sobre la base de la buena fe. De este modo, se puede quebrantar la dependencia del crédito de la hipoteca de tráfico. Una persona que obra de buena fe la puede adquirir bajo las condiciones descritas también sin crédito. Una de las peculiaridades del Derecho hipotecario alemán es que en la hipoteca de seguridad conoce una hipoteca que sólo se rige por el crédito y en la que nadie fundamenta sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad para demostrar el crédito. Ella se tiene que denominar en el Registro de la Propiedad como hipoteca de seguridad. Sólo esta hipoteca es rigurosamente accesoría.

El sistema hipotecario alemán distingue, además, entre hipoteca sin cédula e hipoteca de cédula. Ciertamente, ambas se inscriben en el Registro de la Propiedad; sin embargo, en la hipoteca de cédula se expide adicionalmente una cédula hipotecaria. Facilita la cesión que, en este caso, junto con el mutuo acuerdo expresado por escrito, sólo requiere la entrega de la cédula hipotecaria, mientras que la cesión de la hipoteca sin cédula se ha de inscribir en el Registro de la Propiedad para ser efectiva. Por tal motivo, la hipoteca de cédula resulta ventajosa para aquellos acreedores que ya al constituirla tienen en consideración la posibilidad de cederla

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posteriormente. Por regla general, los institutos crediticios no lo hacen. Sin embargo, en Alemania, al constituir hipotecas de cédula, tales institutos hacen que se les otorgue la facultad de poder convertirlas en hipotecas de cédula con sólo hacer una declaración unilateral.

Asimismo, el Derecho alemán conoce también hipotecas del propietario y la hipoteca ajena. Finalmente conoce la carga que grava varias fincas con la misma hipoteca, la llamada hipoteca conjunta sobre varios inmuebles.

A diferencia de la hipoteca, la deuda territorial (o inmobiliaria) no está en función del crédito. También ésta se constituye para asegurar un crédito. Sin embargo, en su existencia no está ligada con el crédito. Caso de que éste no haya surgido o se haya anulado, esta circunstancia no ejerce influencia alguna sobre la existencia de la deuda territorial. Existe entonces, un derecho contra el titular a que se renuncie o se suprima la deuda territorial, o a que se transfiera al propietario de la finca gravada o a que se amortice. Así es el concepto de la deuda territorial, según el Código Civil federal. Sin embargo, la evolución en el Derecho ha llevado al reconocimiento de una deuda territorial en función del crédito, la llamada deuda territorial de seguridad. Dado que, sin embargo, el derecho alemán de deuda se basa sobre el principio de la libertad de contratar, permite también un acuerdo que haga depender la existencia de una deuda territorial del crédito para cuyo aseguramiento ha sido constituida. Una necesidad económica para esto existe allí donde se concede un crédito - también uno en mercancías - en una forma tal que se va alcanzando poco a poco un límite máximo estipulado, mientras que el crédito se debe asegurar en su plena magnitud desde el comienzo. En este sentido, la hipoteca se muestra como no adecuadas debido a que como hipoteca ajena en cada caso sólo existe en la cuantía del crédito que tiene como subyacente, pero que, por lo demás, también es deuda territorial del propietario. En cambio, la deuda territorial de seguridad existe en la cuantía inscrita en el Registro de la Propiedad, debido a que la inscripción no permite reconocer el carácter de seguridad, pues la finalidad de seguridad de una deuda territorial no es apta para ser inscrita. Ella ni siquiera se puede denominar deuda territorial de seguridad en el Registro de la Propiedad. Por consiguiente, el contrato de seguridad es exclusivamente una cuestión entre acreedor hipotecario y deudor hipotecario. Esta configuración de la deuda territorial de seguridad efectuada fuera del tenor del Código Civil federal arroja problemas, ante todo al hacer su cesión en estados no valuados o no plenamente valuados, los que son muy complicados y no se pueden representar aquí. Ellos evolucionan principalmente en torno de la protección de aquel que no sabe que no está plenamente valuada la deuda territorial y ha pagado su contravalor pleno. Digno de mención es también que la deuda territorial normal, a partir de su surgimiento, ya se puede constituir como deuda territorial del propietario, puesto que no tiene que tener subyacentemente ningún crédito. Cuando ella es deuda territorial de cédula, lo que es muy frecuente, se presenta como un medio para convertir rápidamente la propiedad inmueble en dinero mediante toma de crédito, puesto que se puede ceder fácilmente, al igual que la hipoteca de cédula.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como deuda de renta, entiende el Derecho alemán una deuda territorial (o inmobiliaria) cuyo contenido es el pago de determinadas sumas de dinero con efectividad periódica.

En total, los derechos sobre fincas posibles en virtud del Derecho alemán son un sistema de muy diversas facetas y también confuso, debido a que algunos de los diversos derechos se aproximan mucho entre sí. La configuración sólo se puede entender si se tiene en cuenta el conjunto de premisas con que se estableció el Código Civil hacia fines del siglo XIX. En los länder que constituían entonces el Deutsche Reich existía Derecho diferente, el que contenía un Derecho inmobiliario surgido históricamente. Los posibles derechos, junto a la propiedad, sobre fincas eran diversos en los respectivos länder. Se han incorporado todos al Código Civil federal ante la fuerza de los hechos económicos y jurídicos.

III. DERECHO DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Necesidad de llevar el Registro

1. El Derecho del Registro de la Propiedad como parte del amplio Derecho de los bienes inmobiliarios regula las operaciones, diligencias e inscripciones en el Libro fundiario público relacionadas con la propiedad inmobiliaria. En el Derecho del Registro de la Propiedad rigen formas rígidas; éstas se ocupan de importantes valores patrimoniales.

La necesidad de llevar Registros de la Propiedad resulta del Derecho inmobiliario material basado en el principio de que las relaciones de existencia, propiedad y cargas sobre propiedad inmobiliaria se han de hacer constar en libros especiales - los libros fundiarios - . Por regla general, no hay ninguna adquisición, ninguna modificación y ninguna supresión de derechos de propiedad y demás derechos sobre fincas sin la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad. Para esta inscripción sirve el Registro de la Propiedad, en primer lugar. Se hace realidad así, a la vez, el Derecho material

Con este fin surge, para la constitución, carga y modificación de las relaciones de propiedad y demás relaciones en Derecho sobre una finca, el requisito de que estén de mutuo acuerdo los participantes (elemento de voluntariedad); para la supresión de un derecho sobre una finca surge el requisito de la declaración unilateral de cometidos. Este es, con el derecho formal, el punto clave de la cooperación entre el notario y el Registro de la Propiedad, como pilar básico de la seguridad en Derecho. Por tal razón, según el Derecho alemán, ambas instituciones son indispensables e importantes por igual.

El Registro de la Propiedad tiene por finalidad crear y mantener, en cooperación con el notariado, relaciones seguras en derecho, sobre fundamento inatacable para fincas. El Registro de la Propiedad deberá informar sobre estas relaciones en Derecho. Es determinante, en especial también para las relaciones en Derecho entre el propietario de la finca y de los facultados reales sobre la finca, sobre todo acreedores de créditos inmobiliarios. De todos modos, el contenido de las inscripciones en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Registro de la Propiedad no corresponde siempre a las circunstancias existentes realmente; puede haberse vuelto incompleto o incorrecto a causa de relaciones de Derecho determinadas surgidas fuera del Registro de la Propiedad. El contenido incorrecto e incompleto del Registro de la Propiedad puede significar un peligro para aquellas personas para las que esta realidad existe desfavorablemente, puesto que, según los principios de la fe pública del Registro de la Propiedad, el contenido de éste se estima correcto bajo las premisas allí tratadas. Por ello, el libro del Registro de la Propiedad se ha de corregir lo antes posible mediante solicitud de los participantes o, en determinados casos, por la misma oficina del Registro de la Propiedad.

De esto resulta que la declaración de los derechos sobre fincas mediante inscripción en el Registro de la Propiedad no es una exterioridad sino que forma parte del contenido en Derecho. Ella es constitutiva. Su ausencia perjudica el Derecho material.

A consecuencia del hecho de que la predominante mayoría de todas las disposiciones en el Derecho fundiario requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, éste se convierte en institución central también del Derecho fundiario material. Por consiguiente, se fusionan las normas de derecho de procedimientos del Reglamento de Registros de la Propiedad (GBO) con el Derecho material del Código Civil federal para formar una unidad condicionada por la finalidad. Los derechos sobre fincas, en especial la propiedad, constituyen ampliamente el fundamento de la existencia individual y de la vida en comunidad. A causa de su importancia para los participantes directos y para el amplio círculo de los interesados directos, resulta necesaria una declaración que cree resultados seguros como propiedad. Por ello, las inscripciones en el Registro de la Propiedad se tienen que asentar sobre una base sólida para que proporcionen una garantía digna de desear.

De este modo se explica la evolución del Derecho procesal especial, que sólo permite inscripciones sobre la base de fundamentos seguros. Por otra parte, es digno de mencionar que, a consecuencia del concatenamiento del Derecho formal con la regulación de las disposiciones sobre derechos fundiarios, hay que tener consideración al tráfico jurídico. Por tal motivo, el procedimiento no ha de ser ni demasiado difícil ni demasiado oneroso. Redunda también en interés de las autoridades oficiales del Registro de la Propiedad limitar la obligatoriedad de control. Por tal motivo, la ley tiene que buscar un término medio entre los requisitos de la seguridad en Derecho y la sencillez, por una parte, y la rapidez de la tramitación del procedimiento, por otra parte.

Registro de la Propiedad y Catastro

2. A diferencia de las cosas muebles, cuya limitación resulta de su propia corporización, los actos humanos determinan los límites de los predios. La constatación permanente de los resultados es cuestión que compete al Catastro.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Catastro es un Registro estatal que debe establecer y hacer constar las relaciones reales de las fincas rústicas y urbanas. El Registro de la Propiedad hace constar los derechos reales sobre fincas. El Catastro y el Registro de la Propiedad se complementan entre sí por el mero hecho de que el uno fija las relaciones reales y el otro las relaciones jurídicas. Su actuación en común proporciona un registro completo del suelo. El (Catastro y el Registro de la Propiedad están coordinados por el hecho de que el Registro de la Propiedad incorpora en el índice de existencia las indicaciones reales del Catastro y el Catastro recoge las indicaciones de propiedad hechas por el Registro. Ambos se mantienen en consonancia en virtud de las informaciones que se comunican mutuamente.

Fundamentos principales del Registro de la Propiedad

Por meras razones de tiempo, no es posible hacer una exposición verbal sistemática. Por tal motivo, voy a valerme de una relación reseñada y muy en consonancia con la práctica. Como fundamentos principales del Derecho fundiario (también llamado Derecho inmobiliario o Derecho hipotecario) y del Derecho del Registro de la Propiedad, se destacan ordinariamente: principio del acuerdo, principio de la inscripción, principio de la publicidad, principio de la designación, principio de la función calificadora, principio de solicitar la inscripción de la prioridad. Estos principios figuran, en parte, en el Derecho material, en parte, en el Derecho formal.

a) El principio de acuerdo implica que, para transferir la propiedad sobre una finca, para gravar la finca con un derecho

- apto para la inscripción -, así como también para transmitir o gravar un tal derecho, la primera premisa en Derecho material es el acuerdo entre el facultado y la otra parte en cuanto a la modificación del derecho, siempre y cuando la ley no prevea otra cosa en sentido contrario.

b) Equivalente a este principio es el de la inscripción, esto es, el requisito de hacer inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho real sobre una finca o sobre el Derecho fundiario, sobre cuyo perfeccionamiento están de acuerdo los participantes en el acto, en caso de que la disposición deba surtir efecto.

c) El principio de la publicidad es uno de los más importantes del Derecho de Registro de la Propiedad. Se tiene que el contenido del Registro de la Propiedad se considera correcto cuando no se ha inscrito ningún óbice contra la autenticidad o cuando el comprador desconoce la falta de veracidad. Este principio va relacionado con la posibilidad de examinar el contenido del Registro de la Propiedad, guardando una estrecha relación.

d) El principio de la designación significa que la finca sobre la que se debe disponer mediante acto jurídico o sobre un derecho apto para la inscripción sobre una finca tiene que constar clara e inequívocamente.

e) El principio de la función calificadora contiene que el Registro de la Propiedad tiene que ejercer la función calificadora sobre la legalidad de una solicitud dirigida a que se efectúe una inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, la obligatoriedad de función calificadora y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Derecho de función calificadora se limitan por principio al Derecho formal del Registro de la Propiedad, entre los que figura también la cuestión de si existe aptitud para la inscripción de la finca o del Derecho fundiario.

f) El principio de solicitar la inscripción significa que el Registro de la Propiedad, por principio, no puede actuar por vía oficial, sino solamente en virtud de solicitud presentada por un facultado a tal fin. Naturalmente, hay excepciones en este principio, tal como, por ejemplo, la anotación de una contradicción en el caso de una manifiesta incorrección o de una anulación practicada por vía oficial, la llamada cancelación de oficio.

g) El principio de la prioridad tiene el rango de un derecho fundiario para el contenido. Al inscribir varios derechos en la misma sección la secuencia de rangos se rige por el orden secuencial de las inscripciones, el tracto sucesivo. Cuando los derechos están inscritos en diversas secciones del Registro de la Propiedad, ocurre que tiene preferencia el derecho inscrito con la indicación de la fecha primera. Se requiere la inscripción especial en el Registro de la Propiedad en caso de una determinación del orden de preferencia que difiera del principio indicado.

3. Para la rescisión de un derecho, en virtud de acto jurídico, sobre una finca, se requiere en virtud del Derecho material, una declaración unilateral del facultado en la que exponga que renuncia al derecho y cancela el derecho en el Registro de la Propiedad.

Derechos aptos y no aptos para la inscripción

4. Aptos para la inscripción son todos los derechos reales del Derecho de cosas en el Código Civil federal, tal como ya los he especificado, así como también, en funciones de medios aseguratorios de efecto real, la anotación preliminar, la llamada anotación preventiva, a saber, las anotaciones preventivas de la transmisión de la propiedad y contradicciones. No aptas para las inscripciones son, por ejemplo, las limitaciones de disposición según el Derecho público y las cargas públicas que gravan. En este contexto se presupone que se conoce el tenor de la ley.

5. El Registro de la Propiedad es llevado, en principio, por el Juzgado Municipal como Oficina del Registro de la Propiedad. El 1º/1/1970 dejó de ser competente al caso la Oficina del Registro de la Propiedad en cuanto a practicar las autorizaciones y las legalizaciones de firmas y rúbricas. En el marco de la competencia del Juzgado Municipal para cosas del Registro de la Propiedad actúan en éste el administrador de Justicia y sólo, a título de excepción, también el juez.

6. La competencia territorial de la Oficina del Registro de la Propiedad se extiende por regla general a todas las fincas situadas en el distrito del Juzgado Municipal, a saber, sin consideración a los propietarios ni a su domicilio oficial.

7. Los Registros de la Propiedad se llevan en tomos fijos o en cuadernillos individuales con pliegos insertables extraíbles (Registro de la Propiedad de folios sueltos). El Registro de la Propiedad de folios sueltos ya se ha introducido en magnitudes considerables.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

8. La institución del Registro de la Propiedad se verá influida en el futuro en medida considerable por la automatización que se va imponiendo más y más. Las modificaciones más importantes serán la supresión del Registro de la Propiedad con documentos de papel, llevar el Registro de la Propiedad por el procedimiento del teleproceso de datos y el registro electrónico de datos por el administrador de Justicia de la Oficina del Registro de la Propiedad. Ya es previsible la fecha del Registro de la Propiedad computarizada. La configuración exterior del Registro de la Propiedad experimentará en el futuro una modificación en el sentido de que en el Registro de la Propiedad sólo constará el certificado de existencia, el de propietario y el de cargas que gravan la propiedad. Pero aún han de pasar unos años hasta que se introduzca el Registro de la Propiedad Computarizado. Hasta entonces puede producirse un ulterior desarrollo sucesivo de los fundamentos del proceso de datos, evolución que puede requerir un contenido del Registro de la Propiedad Computarizado. A juicio de muchos expertos, el paso a este nuevo sistema de Registro de la Propiedad llevará consigo en todo caso considerables dificultades en la República Federal de Alemania.

9. En el Registro de la Propiedad sólo se permite por principio hacer una inscripción tan sólo cuando se tenga en forma reglamentaria el consentimiento de verificación de inscripción y la rogación registral (artículos 13 y 19 del Reglamento de Registros de la Propiedad). El consentimiento de verificación de la inscripción se tiene que demostrar mediante documento público o documento legalizado públicamente. Un documento público sólo es tal cuando ha sido redactado por un organismo oficial o por una persona con la facultad de dar fe pública dentro de las facultades del cargo en la forma prescrita legalmente. Por principio, sólo los notarios están facultados para la autorización y el otorgamiento de un documento legalizado públicamente. Un documento legalizado públicamente es un documento privado en el que la firma y rúbrica del firmante están legalizadas públicamente.

10. Una modificación de derecho real comienza a tener efecto, con disposición de acto jurídico, según el artículo 873 del Código Civil federal, en virtud de acuerdo y de inscripción en el Registro de la Propiedad. Mientras que el derecho material está dominado por el principio del acuerdo (principio del consentimiento material), en el Derecho del Registro de la Propiedad rige el llamado principio del consentimiento formal. En el Derecho de procedimientos de Registro de la Propiedad es suficiente, por principio, para la inscripción de modificación del Derecho (constitución, modificación del contenido o carga sobre un derecho, cancelación de un derecho o inscripción de una rectificación en el Registro de la Propiedad) el comprobante del consentimiento unilateral del afectado por la inscripción. Este principio hecho constar en el artículo 19 del Reglamento de Registros de la Propiedad tiene por finalidad hacer más fácil el procedimiento en el Registro de la Propiedad. No se tiene que examinar si concurren las premisas en derecho material necesarias para la modificación del derecho. Esto significa que, teóricamente, el consentimiento de la inscripción sólo se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tiene que presentar en forma legalizada públicamente. Sin embargo, en la transmisión de la propiedad de bienes inmobiliarios se requiere presentar el contrato de transmisión como escritura. Además, al otorgar documentos hipotecarios que contengan una cláusula ejecutiva se requiere también la escritura. Dado que, sin embargo, en la práctica ésta es la regla general, ocurre que a las oficinas de Registro de la Propiedad se presentan en muchos casos escrituras de constitución de hipoteca. En su consecuencia, la regla general, según mi experiencia, es la autorización notarial, debido a que el aspecto principal en la actividad notarial consiste en transmisiones de fincas y en la constitución de derechos de prenda inmobiliarios. Por consiguiente, en estos documentos se encuentran tres elementos a separar dogmáticamente, a saber, la declaración en Derecho de obligaciones para modificar el derecho (por ejemplo, contrato de compraventa), el contrato real sobre la modificación propiamente dicha (en el caso de transmisiones de fincas la llamada transmisión de la propiedad) y el consentimiento de inscripción como fundamento de la operación de la inscripción. La naturaleza jurídica del consentimiento es objeto de discusiones. La opinión dominante ve en ella una declaración de voluntades de Derecho procesal y, a la vez, de actos jurídicos, porque en derecho material contiene una disposición y comprende una declaración de voluntades unilateral que necesita recepción. Según una opinión contraria, el consentimiento es un genuino acto procesal sin carácter de acto jurídico, por consiguiente, sin efecto de disposición.

El consentimiento es necesario para inscripciones que modifican el derecho y para modificaciones correctoras. La seguridad del tráfico jurídico, al que sirve todo el sistema del Registro de la Propiedad, requiere el consentimiento como fundamento de la inscripción, pero con un contenido claro y determinado. Del documento se tiene que colegir claramente que se desea una determinada inscripción en el Registro de la Propiedad. Además, tiene que estar bien en claro quién es el que da el consentimiento a fin de que se pueda examinar su corrección. El consentimiento de inscripción lo ha de emitir el que se vea afectado en su derecho por la inscripción. Afectado es aquel cuya posición en derecho se ve perjudicada judicialmente por la inscripción consentida. La facultad de disposición del que consiente se ha de tener hasta el momento de hacer la inscripción. El consentimiento se puede dar también por un representante. Sin embargo, según el Derecho procesal, la existencia del poder se ha de demostrar por lo menos en forma legalizada públicamente. La solicitud de inscripción en derecho formal puede ser retirada en cualquier momento por el que la haya presentado, sin que para ello tenga que indicar los motivos. La retirada de la solicitud de inscripción requiere siempre la autorización o la legalización pública. Sin embargo, se presenta un nexo obligatorio en derecho material, por el hecho de que se haya presentado el documento autorizado ante la Oficina del Registro de la Propiedad. Finalmente, premisa para la inscripción es que esté inscrito el titular real (inscripción preventiva).

[La facultad de petición del notario](#)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

11. El artículo 15 del Reglamento de Registros de la Propiedad argumenta una presunción legal para el poder del notario a presentar solicitudes en el Registro de la Propiedad para los titulares facultados para solicitar la inscripción. Cuando la declaración necesaria para hacer una inscripción ha sido autorizada y legalizada por un notario, éste se considera facultado para solicitar la inscripción en nombre de uno de los titulares de la facultad de petición. Siempre y cuando este otorgamiento de poder sea suficiente, el notario también está facultado a retirar las solicitudes que hubiese presentado. La presunción legal contenida en el artículo 15 del Reglamento de Registros de la Propiedad es refutable, por consiguiente ella puede ser dejada sin valor por medio de una declaración de voluntades en sentido contrario hecha por los participantes en el acto. El notario se considera autorizado a presentar la solicitud cuando haya actuado como persona fedataria en el acto. Por consiguiente, tiene que haber autorizado una declaración en cuestiones del Registro de la Propiedad o haber legalizado una firma y rúbrica en un documento privado. En virtud del artículo 15 del Reglamento de Registros de la Propiedad, el notario puede presentar una solicitud para el Registro de la Propiedad para cada titular facultado para la solicitud, por consiguiente también para quien él no haya autorizado su declaración o no la haya legalizado o, incluso, no haya hecho declaración alguna. Basta con que se haya autorizado o legalizado la declaración de uno de los titulados facultados a hacer la solicitud. Por lo tanto, la declaración de la persona para la que él desea actuar en virtud del artículo 15 del Reglamento de Registros de la Propiedad puede haber sido autorizada o legalizada por otro notario. Por considerarse procedente y conveniente, el notario indicará cada vez expresamente para cuál de los diversos titulares facultados a presentar la solicitud él la presenta. Cuando falte tal indicación, ocurre que, en caso de ser varios los titulares facultados para presentar la solicitud, por regla general la solicitud se ha de considerar como presentada en nombre de todos los titulares facultados. En el marco del poder otorgado en conformidad con el artículo 15 del Reglamento de Registros de la Propiedad, el notario no puede reemplazar las declaraciones necesarias de los participantes junto a la solicitud de inscripción, no pudiendo ni variarlas ni complementarlas, pues se daría otro contenido al consentimiento. La solicitud presentada por el notario tiene que concordar con el contenido del consentimiento. El notario no está autorizado a apartarse de él. En todo caso, tiene que dejar bien en claro declaraciones que se presten a varias interpretaciones hechas por los participantes, lo que ha de aclarar por medio de su solicitud. Un documento de inscripción que falte no puede ser reemplazado por la solicitud presentada por el notario, por ejemplo el consentimiento del propietario en el caso de la rectificación del Registro o la cancelación de un derecho de prenda inmobiliario o la indicación de una relación de comunidad entre varios propietarios y titulares constituyentes de la solicitud.

Cuando el notario haya presentado una solicitud ante la oficina del Registro de la Propiedad, ésta le ha de dirigir a él la comunicación de la inscripción.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El mismo tenor rige para una potencial disposición intermedia y para la denegación de la solicitud de inscripción. Cuando la oficina del Registro de la Propiedad deniega una solicitud presentada por el notario para un facultado de petición según el artículo 15 del Reglamento de Registros de Propiedades, se tiene el derecho a recurrir contra la denegación en nombre de uno de los facultados de petición sin tener que presentar documento de poder, pero no en nombre propio.

Al Registro de la Propiedad se tienen que presentar todos los documentos necesarios para poder examinar si se tienen todos los documentos requeridos y adecuados para hacer la inscripción. Los documentos se pueden presentar en original, copia o copia legalizada. La extensión de una escritura notarial está destinada a sustituir al original en el tráfico jurídico. Una copia legalizada constituye la confirmación del notario de que la copia concuerda con el original. Cuando sólo haya que demostrar la existencia sino que también depende de la posesión del documento en cuestión (por ejemplo, en el caso de otorgamiento de poderes), sólo hace al caso la presentación del original o de una expedición del documento.

La revisión a hacer por parte de la Oficina del Registro de la Propiedad se extiende a los siguientes aspectos:

- a) Competencia;
- b) Capacidad de inscripción del derecho (obligatoriedad típica), esto es, si está consentido y solicitado un derecho inscribible y configurado con contenido inscribible en el caso individual
- c) Al hacer la solicitud de inscripción, controlar la facultad para hacerla, la capacidad jurídica y la capacidad de contratar del solicitante o bien de su poder de representación
- d) Comprobante de la aptitud en forma de transmisión de la propiedad en caso de transmisiones de la propiedad de fincas, necesidad de la aprobación por parte de terceros
- e) La inscripción preventiva del afectado;
- f) Presentación de la cédula hipotecaria;
- g) Autorizaciones oficiales y certificados.

La magnitud de la función calificadora del Registro de la Propiedad y con ello el derecho a función calificadora sobre el contenido inscribible del derecho siguen siendo discutibles en los detalles. El proceso de formación de la opinión aún continúa. Se ha de hacer constar que la oficina del Registro de la Propiedad, en principio, sólo tiene que examinar las premisas en derecho formal. Para que surta efecto en derecho material el notario es responsable, por principio; este efecto es garantizado por su función y por las obligaciones inherentes a ella.

Para concluir, en este contexto deseo tratar un acto jurídico que cada vez se presenta más frecuentemente en la práctica. Estas explicaciones rigen también como justificación de que el derecho a función calificadora de la oficina del Registro de la Propiedad no se refiere, en principio, al efecto en derecho material, y tampoco esto es necesario. De esto resulta claro para el Derecho alemán que entre el notario y el Registro de la Propiedad existe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una división de funciones, puesto que se trata de funciones que se complementan y que sólo en el procedimiento formal de inscripción tienen un campo de acción común.

TERCERA PARTE

La constitución y la transmisión de la propiedad de viviendas en régimen de propiedad horizontal adquiere importancia económica especial en cuanto a los contratos perfeccionados por promotores de obras. En este contexto, la intervención del notario como órgano independiente y pericial reviste importancia especial. La trascendencia de la actividad consultiva del notario no radica, en este contexto, en la formulación, sino en el asesoramiento. Asegurar que se practique la instrucción jurídica es la función más importante de la potestad de dar fe notarial. Su importancia ha venido aumentando constantemente, en especial desde que entró en vigor la ley que regula las cuestiones de otorgamiento de documentos notariales. El notario está obligado a informar a las partes que intervienen en el acto sobre el alcance jurídico - legal de la declaración que se ha de hacer constar en documento notarial. En tal sentido, lo decisivo es el clausulado redaccional del acto jurídico en el respectivo caso concreto. En relación con esto, el Tribunal Supremo Federal ha dictaminado que resulta una obligación especial instruir con precisión cuando surja el peligro de la disposición jurídica del tenor del contrato o de la modalidad prevista de su ejecución.

En el alcance jurídico se incluye primeramente si el ordenamiento jurídico vigente permite de hecho que se haga realidad jurídicamente el objetivo perseguido con la declaración de la voluntad. En cuanto a esto, se plantea la cuestión de si la validez jurídica depende del permiso a expedir por un organismo oficial o de si existen derechos legales de tanteo o de retracto.

Con respecto al alcance jurídico de un contrato de compraventa de una vivienda en propiedad horizontal, la propiedad no se transfiere al comprador ya inmediatamente que se ha formalizado el contrato, sino tan sólo una vez que ya se haya hecho la inscripción de transmisión de la propiedad en el Registro de la Propiedad. Como orientación sobre esta circunstancia, puede servir una observación en la que se advierte que aún puede transcurrir mucho tiempo y que existe el peligro de que el inmueble se pueda vender, entre tanto, a otra persona, o que se pueda gravar con cargas. La advertencia sobre este aspecto del alcance jurídico se puede suprimir si el notario aconseja seguir un procedimiento que asegura al comprador contra los efectos de anotaciones intermedias y los participantes en el acto siguen este consejo notarial. Un procedimiento de tales características es practicar un asiento provisional como anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, ocurre con frecuencia que no se puede hacer, para el comprador, el asiento de la anotación preventiva por el mero hecho de que éste, propiamente dicho, aún no es propietario inscrito. A la instrucción sobre el significado jurídico

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del acto jurídico en cuestión corresponde también la advertencia de que no se puede asentar todavía la anotación preventiva en favor del comprador, por lo que aún no existe seguridad alguna para el comprador. Asimismo, se ha de instruir también sobre las cargas que puedan gravar la propiedad horizontal. La obligatoriedad de instruir se extiende a que el comprador sólo puede adquirir propiedad gravada si el acreedor se niega a liberar la carga. Estas instrucciones revisten importancia especial en caso de cargas globales. También en este contexto se puede reducir considerablemente la instrucción si se encuentra un medio que permita evitar los peligros que encierra tal circunstancia. El tener en consideración el deseo del vendedor de que se mantengan en secreto las cargas que gravan su propiedad fundiaria no es causa suficiente para silenciar tal circunstancia. Con frecuencia el notario hace constar estas instrucciones en el acta notarial y relaciona, al hacerlo, las cargas que existen.

En el marco de la actividad asistencial, el notario se encarga frecuentemente de gestionar los trámites necesarios para desgravar un bien inmueble vendido de las cargas que sobre él pesan. Se exige, asimismo, que el notario trace un procedimiento encaminado a asegurar como garantía precautoria la liberación de cargas aceptada por el vendedor. Frecuentemente este objetivo sólo se puede lograr con la intervención del notario como agente fiduciario. Se recomienda hacer depender el pago del precio de compraventa total o parcialmente de la notificación notarial en la que se comunica que ha tenido lugar la supresión de cargas. Se recomienda depositar el dinero en cuenta notarial en aquellos casos en los que el importe de la compra se deba aportar antes de amortizar la hipoteca o de extinguir las cargas que gravan inscritas en el Registro de la Propiedad. El notario se puede comprometer a ejecutar un encargo fiduciario para las diligencias de supresión de las cargas también ante los acreedores de derechos reales a inscribir de nuevo.

Ocurre frecuentemente que los bancos no están dispuestos a expedir declaraciones de autorización para que se hagan pagos antes de que se termine de construir el edificio en los que se encuentran las viviendas en régimen de propiedad horizontal. En tales casos puede bastar también con una promesa de puesta a disposición a tenor del derecho de obligaciones. En tal caso se recomienda recabar una promesa de puesta a disposición ante el banco en cuestión, en la que se haga constar que cada una de las respectivas viviendas en propiedad particular (en propiedad horizontal) irá obteniendo individualmente la liberación de la carga global a medida que cada comprador haya cumplido sus obligaciones en este sentido.

Por consiguiente, el notario ha de instruir sobre el significado legal del acto jurídico. Con respecto a esto se ha de distinguir el significado impositivo. Por principio, el notario no está sujeto a obligación de instrucción alguna sobre estas consecuencias ni sobre los riesgos en materia fiscal.

El alcance del significado económico se diferencia con minuciosa meticulosidad con respecto al significado jurídico. El notario no está sujeto a obligatoriedad alguna en cuanto a instrucción, con respecto al significado económico, en especial en relación con la idoneidad económica del acto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídico y de las consecuencias económicas que puedan derivarse de él. Entre tales aspectos cabe la duda de si el precio de compraventa es adecuado o no, o si la otra parte contratante es de confianza o no. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo Civil ha supuesto la obligación asistencial general del notario, sin haberla delimitado con pormenorización específica. La jurisprudencia ha desarrollado una obligación emanada de tal obligatoriedad de asistencia general.

Esta obligación se extiende también a los requerimientos jurídicos existentes fuera de un procedimiento documentado notarialmente. Para el notario puede existir la obligación de aclarar, en la medida pertinente, a los que intervienen en el acto, que se dirigen a él basados en la confianza que le dispensan, las consecuencias jurídicas no consideradas por ellos y que pudiera tener su declaración autorizada notarialmente o lo relativo a la no entrada en vigor de las consecuencias que esperan que se deriven de sus declaraciones. La jurisprudencia dice: "Al notario, en su calidad de titular de una profesión de administración de justicia precautoria, no le está permitido permanecer inactivo y dejar que los que intervienen en el acto jurídico incurran en el riesgo de un daño de graves consecuencias evitable a base de una instrucción pericial a exponer con pocas palabras". El Tribunal Supremo da por concurrido un tal caso cuando al perfeccionar un contrato de compraventa de un inmueble una de las partes contratantes hace una prestación por anticipado. El notario no está obligado a realizar un estudio económico detallado, pero sí a hacer una observación general en el sentido de que un pago por anticipado se debería dotar de garantías precautorias, caso de que tal pago no estuviese injustificado todavía por el correspondiente estado de las obras en la pertinente fase de adelanto de la construcción, según el cuadro de marcha de las respectivas unidades de obra.

Estaría en disonancia con la realidad de la vida si al hacer la compra por el promotor de la obra sólo se pretendiese verlo como un problema de cuestión de la instrucción jurídica.

Con frecuencia ocurre que un promotor de obra entra en contacto con el notario ya en la fase temprana de las diligencias al efecto, haciendo que se le asesore en detalles específicos sobre las diligencias gestionadas con respecto al proyecto de obras en materia de inscripción en el Registro de la Propiedad y sobre la configuración dada al cuerpo de los contratos de compraventa. En lo relativo a este asesoramiento, en la mayoría de los casos figura la confección de uno o varios anteproyectos de contrato. Frecuentemente se deja en manos del notario, más o menos ampliamente, que redacte el tenor de las cláusulas de los contratos de compraventa.

El tenor redaccional es una parte importante de la labor del notario. En la práctica se ve como una parte integrante de la autorización notarial, no obstante que sistemáticamente se hace o bien simultáneamente o bien antes de expedir el pertinente documento notarial. Esta actividad va más allá de lo mínimo exigido en cuanto a instrucción sobre los aspectos jurídicos. El notario está obligado a asesorar pericialmente en materia jurídica al comitente en consonancia con las reglas de la práctica. El notario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumple con su obligación inherente al cuerpo profesional si él procede conforme a su libre entender de acuerdo con su obligación y según las reglas de la práctica notarial.

La jurisprudencia ha establecido el principio de que el notario ha de elegir el procedimiento más seguro. En igual modo ha de sopesar en todo caso de la probabilidad del peligro con respecto a los costos y al tiempo requerido por la evitación que provoque. La obligación suprema del notario es su imparcialidad. Se destaca expresamente en la ley que el notario no es representante de una parte, sino asesor imparcial de las partes que intervienen. En su juramento profesional, el notario jura cumplir imparcialmente sus funciones.

El notario tiene que procurar siempre que la actuación jurídica tome una forma ponderada. Esto tiene vigor no solamente para el contrato de compraventa, sino también para la declaración sobre la división por cuotas de la propiedad fundaria y del régimen comunitario. Existen reparos cuando la declaración de división excluye de la propiedad comunitaria instalaciones que regularmente pertenecen a ella y en su lugar constituye propiedad particular, al igual que en aquellos casos en los que el Reglamento de Copropiedad contiene una regulación inadecuada.

En los últimos tiempos se pone de relieve la obligación del notario de intervenir en la configuración del contenido del acto jurídico. La tendencia, en la práctica y en la jurisprudencia, se dirige a ampliar la acción más allá de la función del escriturado notarial del mero atestiguamiento y de la instrucción jurídica de los participantes (a través del significado jurídico de la declaración de voluntad atestiguada), haciéndolo en el sentido de un control del contenido.

Fundamento de una tan amplia influencia es el principio de la imparcialidad del notario. Sólo actuando en el marco de tal principio podrá el notario estar facultado y obligado a ejercer influencia sobre el clausulado del contenido del acto jurídico autorizado. Este principio puede obligar al notario a rechazar formulaciones francamente unilaterales. Este principio ha de ser aplicable igualmente cuando el promotor mismo haya aportado el esbozo de contrato. Si bien el notario en este caso apenas si tiene posibilidades de influencia sobre el clausulado del contrato, de todos modos le está permitido negarse a hacer la autorización notarial sólo en casos especiales. Sin embargo, él sí se puede distanciar del contenido a base de hacer constar las explicaciones pertinentes en tal sentido.

Esta obligación emana de los siguiente: la creación del notariado se instaura en el tráfico jurídico por el ordenamiento jurídico. El notario se encuentra a disposición del tráfico jurídico como persona de confianza. En primer término, el notario es persona fedataria. La confianza se refiere primeramente a la verdad de los atestiguamientos practicados por el notario. Se funda también en su imparcialidad. Esta posición de confianza le puede imponer al notario distanciarse de clausulados de contratos. Sin embargo, se tiene que tratar de redacciones contractuales que den impresión de no equitativo grave y difiera desmesuradamente de lo ordinario en la práctica. En tal sentido se ha de tener en cuenta sobre todo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las directrices elaboradas y publicadas por los Colegios de Notarios. La obligación de distanciarse se ha de aprobar como procedente cuando la redacción del contrato difiera considerablemente de dichas directrices en puntos importantes. Este distanciamiento se puede practicar a base de que el notario advierta apremiantemente que determinadas cláusulas contractuales no han sido redactadas por él y que el tenor de ellas no concuerda con lo usual en la práctica. Esta observación se puede hacer constar en la escritura notarial. Un caso de tales características puede darse también en la propiedad horizontal, si se pacta una regulación inadecuada de los gastos de utilización. Inadecuada sería, por ejemplo, una regulación que establezca que los gastos de utilización solo tendrán que ser soportados por los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal ya vendidas.

En relación con esto, hay que mencionar que el legislador ha promulgado dos leyes importantes, en los últimos años, que apoyan al notario en su labor de formulación redaccional de contratos ponderados y justos. En este sentido se trata, por un lado, de una ley especial para promotores y corredores de viviendas, que prescribe obligatoriamente al estructurar proyectos de construcción que sólo está permitido pagar un determinado porcentaje del precio de compraventa según un determinado estado de avance de la construcción. Por otro lado, se trata de la ley para regular el derecho de las condiciones generales de operaciones mercantiles. Según el tenor de ella, determinadas cláusulas contractuales en contratos a formular, entre los que figuran también las estructuras notariales, se pueden prohibir concretamente si una de las partes contratantes aprovecha su supremacía económica por medio de reglas inadecuadas e injustas. El notario ha de rechazar acuerdos que se aparten de estas leyes.

En relación con esto, no se debe silenciar que, en caso de promotores que proporcionan al notario grandes encargos de autorización notarial, existe la propensión a exigir del notario una actividad que considere en primer término los intereses del comitente del encargo. También en relación con esto puede surgir la impresión visual de que realmente ocurre así. Especialmente en estos casos se formulan altas exigencias al notario para que mantenga su independencia y descarte concretamente también la impresión de que actúa en favor de una de las partes contratantes. Precisamente en estos casos, el notario tiene la tarea especialísima de poner en juego sus conocimientos periciales especiales y su poder de convencimiento de manera que se formalice un contrato ponderado. Cuanto más seria sea una empresa, tanto más fácil es para el notario convencerla. Por otro lado, la conformación de los derechos individuales no puede conducir a que, a causa de una gran diversidad de posibilidades de inhibición, se llegue a poner en tela de juicio la realización del proyecto en total. Precisamente en casos de muchas viviendas en régimen de propiedad horizontal, es importante que el contrato en cuestión se realice según un concepto general.

El notario ha de estar dispuesto a dar tiempo a las partes que intervienen a que hagan preguntas. Cuanto menos capacitada esté una de las partes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tanto más tiempo se necesitará para aclararle debidamente los aspectos. En caso de contratos del mismo tenor, es recomendable no invitar a demasiadas partes contratantes al mismo tiempo para que asistan al acto de expedir la escritura notarial. Con ello se perjudicaría la posibilidad de que se traten cuestiones personalísimas. Se debería evitar igualmente en tales contratos despertar la impresión de que se trata de un formalismo sin importancia. Precisamente con esto se da pie a que se dude de la objetividad del notario. Por ello, los Colegios de Notarios prescriben también en el ámbito del derecho corporativo que en el acto de otorgar la escritura notarial no pueden participar más de cinco a seis personas en calidad de compradores.

La posibilidad de una u otra parte de imponer determinadas regulaciones está en función de la situación del mercado. El vendedor tiene la posibilidad de hacer ceder al comprador para que haga concesiones, si la demanda es mayor que la oferta. Puede ocurrir lo contrario cuando la situación es a la inversa. Tal como ya se ha expuesto, en casos límites es tarea del notario impedir regulaciones insostenibles o, cuando menos, procurar debilitarlas.

Con frecuencia ocurre que las viviendas en régimen de propiedad horizontal se venden ya en una época en las que aún están sin construir. En relación con esto, es importante fijar el modo y la manera de la disposición constructiva. A este fin sirve la descripción técnica de la obra o memoria del proyecto. La descripción técnica de la obra se constituye en contenido del contrato. En principio, esta descripción o memoria tiene que adjuntarse como anexo al contrato. Esto obliga a tener que leerla en alta voz a quienes intervengan en el acto jurídico. Sin embargo, la ley brinda la posibilidad de que, por motivos de la practicabilidad, se haga referencia a otra escritura notarial. La práctica se ayuda por el hecho de que tal descripción técnica de la obra es documentada notarialmente y se toma como base de referencia.

La ley indica que no se necesita leer en voz alta la otra escritura, si las personas que intervienen en el acto declaran que conocen su contenido y renuncian a que se lea en voz alta. No se necesita adjuntar como anexo la otra escritura si los que intervienen renuncian a que se haga. Ambas cosas se tienen que hacer constar en la escritura. A otra escritura se debe hacer alusión, sin leer en alta voz, solamente si al hacer el escriturado notarial se tiene presente por lo menos en copia legalizada. En aquellos casos en que se haga referencia a planos de construcción (planos de permiso aprobados) para la descripción de la obligación de construir por parte del vendedor, tales planos de construcción se han de presentar a los participantes para que los examinen, teniendo que aprobarlos para que sean válidos a este efecto. En la escritura se tiene que hacer constar que los han aprobado.

Tenor equivalente tiene validez también para el reglamento de la comunidad de copropietarios.

Al vender viviendas en propiedad horizontal, por parte de constructores, es una tarea especial del notario prestar atención a que se tome una regulación ponderada en cuanto a la responsabilidad para defectos materiales, máxime si se tiene en cuenta que también contratos autorizados

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarialmente pueden estar sujetos a un control del contenido por los tribunales de justicia. Tan solo en casos de excepción se puede considerar admisible que surta efecto hacer constar en contrato por escritura notarial que se descarta la posibilidad por defectos materiales. Sin embargo, se considera como eficaz una regulación de que se descartan exigencias de prestación de garantía si al comprador le corresponden derechos de reparaciones. La llamada cláusula de franquicia (por la que se salva la responsabilidad respecto a la exactitud) consiste en que el promotor mismo se responsabiliza de los defectos que se hayan relacionado en el acta de entrega de la obra (acta de recepción); por lo demás, se pasan al comprador los derechos a prestaciones de garantía que le pudieran corresponder al promotor ante los contratistas subsidiarios que hayan participado en la construcción. Al mismo tiempo, persiste la responsabilidad subsidiaria del promotor de obra. En interés de que se practique la justicia o equidad, tiene que permanecer sobre el promotor el riesgo de que fracase la imposición de los derechos a indemnización por daños y perjuicios.

Se ha de convenir también que el comprador de una vivienda en régimen de propiedad obtenga las informaciones necesarias para que él pueda imponer sus derechos a que se subsanen los defectos.

En contratos que tengan por objeto la estructura de edificios se presentan frecuentemente litigios en torno a si se han realizado correctamente o no los trabajos de las obras. En un tal caso, no es improcedente hacer que se convenga designar un tribunal de arbitrio por el mero hecho de que éstos tramitan sus actuaciones con más rapidez y con costas más bajas que los tribunales de justicia ordinarios.

CUARTA PARTE

Finalmente, hay que hacer constar que para la motivación, modificación y cancelación de derechos reales es indispensable la actuación en común del notario y del Registro de la Propiedad, como dos funciones complementarias. La existencia de ambas funciones, que no se excluyen sino que se complementan la una con la otra organizadamente, explica el contenido del funcionamiento de ambas instituciones. De dicha existencia se concluye que el notario es responsable del efecto en derecho material de los contratos o declaraciones unilaterales requeridos para el efecto jurídico de los documentos; por otra parte, el Registro de la Propiedad es responsable de que los derechos se inscriban clara e inequívocamente, concretamente en especial como elemento constitutivo para el efecto de los derechos convenidos o de las modificaciones en Derecho. El elemento de unión entre ambas instituciones, por así decir, el puente de enlace entre el notario y la oficina del Registro de la Propiedad, es el derecho formal de Registros de la Propiedad, a saber, el consentimiento de inscripción y la solicitud de la inscripción. Aquí se encuentra el campo de la cooperación. De esto se explica que en el Derecho alemán se diferencie dogmáticamente con severidad y también por el contenido de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documentos notariales rigurosamente, entre el derecho material y el derecho formal. De esto resulta la explicación, en especial, de que por el Registro de la Propiedad la escritura del notario no alcanza efecto en plena magnitud, sino solamente en cuanto a las disposiciones reales abstraídas por el acto en Derecho de obligaciones, disposiciones que alcanzan efecto tan sólo por la inscripción constitutiva, a saber, también inter partes, lo que se comprueba ulteriormente. Para garantizar una cooperación racional y una coexistencia idónea es necesario que cada función se limite a su campo de actividades. Yo lo considero innecesario y también contrario a la función caso de que, por un lado, los notarios y, por otro, el Registro de la Propiedad se empeñasen en ampliar su competencia. No hay motivo para ello. Así considerado, no existe tampoco motivo alguno para suponer que la existencia de la inscripción constitutiva en el Registro de la Propiedad pueda debilitar la importancia de una o de otra institución. La práctica jurídica alemana es el mejor ejemplo de que la acción conjunta de ambas funciones se desarrolla sin dificultades, en interés de la seguridad en Derecho y en bien de los ciudadanos, en forma óptima. En un sistema de estas características no veo ningún indicio para una rivalidad. En esta suposición me veo reforzado por la realidad jurídica en la Argentina. No es ninguna mera casualidad que los Colegios de Notarios en este país apoye desde siempre el Registro de la Propiedad y que muchos registradores procedan de la profesión del notariado.

Para concluir, deseo mencionar también que estoy fuertemente impresionado de la evolución del Registro de la Propiedad aquí, en la Argentina, concretamente en Buenos Aires y en La Plata. He tenido oportunidad de compartir la evolución, en el curso de los últimos veinte años. Aún me acuerdo muy exactamente cuando hace veinte años, los señores Scotti y Falbo llegaron a Alemania para estudiar nuestro sistema. Yo mismo tuve el honor, como intérprete pericial, de dar explicaciones en nuestro Registro de la Propiedad en Colonia. La Argentina ha tomado algo de nuestro Reglamento de Procedimientos. Sin embargo, debo reconocer abiertamente que tengo la impresión de que su técnica de inscripción en registro es considerablemente más moderna que la nuestra. En este sentido, en relación con el centenario del Registro de la Propiedad les tengo que expresar a ustedes mi admiración y mis felicitaciones más afectuosas.

Para poner punto final, deseo indicar que el notariado y el Registro de la Propiedad son factores de estabilidad que sirven a la seguridad jurídica y, no en último término, también en la paz jurídica y social. Por tal motivo, pienso que ningún Estado en este mundo puede renunciar a ambas instituciones de tan rica tradición.