

Poderey y transferencia de derechos reales sobre inmuebles en el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012, desde la perspectiva del derecho internacional privado*

María Marta L. Herrera

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. 2. Forma de los actos jurídicos y régimen de poderes desde la perspectiva del derecho internacional privado proyectado de fuente de interna. 3. Derechos reales.

1. Consideraciones preliminares¹

El Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial del año 2012 (el Proyecto), actualmente en estado parlamentario, utiliza como técnica de sistematización del derecho internacional privado la incorporación de un capítulo específico, siguiendo las líneas trazadas en derecho comparado por Perú, Québec o Alemania, entre otros. Regula los institutos propios de la materia a través de fórmulas sencillas y sin castigar la técnica, lo que permite una mayor flexibilidad a la hora de su aplicación.

En lo que respecta a la materia en análisis, la comisión redactora tuvo en consideración, además de las normas vigentes, la doctrina, la jurisprudencia y las normas contenidas en otros proyectos de unificación: el del Ministerio de Justicia de 2002, el de la comisión de 1992 y el de Goldschmidt de 1972, entre otros. Asimismo, se inspiró en:

- a) Normas de derecho internacional privado contenidas en leyes o códigos de derecho comparado, tales como el Código Civil de Québec, el Código de Derecho Internacional Privado belga, la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, la Ley General de la República Oriental del Uruguay, el Código de Derecho Internacional Privado de la Repúbli-

* Especial para *Revista del Notariado*.

1. Elaboradas sobre la base de la disertación ofrecida por los doctores Marcelo Iñiguez y María Elsa Uzal, en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires, 8 y 15/8/2012).

- ca Bolivariana de Venezuela y el Código de Luisiana, entre otros.
- b) Normas de derecho internacional privado de fuente convencional, vigentes en nuestro país, tales como los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y todos los tratados y convenciones bilaterales o multilaterales específicos de los que nuestro país es parte.
 - c) Otras normas de derecho internacional privado, como el Código de Bustamante, las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, los proyectos de leyes modelo de la CNUDMI, los trabajos de la UNCITRAL, las normas de la Unión Europea y el MERCOSUR, en cuanto fueren aplicables.

En líneas generales, la regulación proyectada responde a los principios tradicionales y concuerda con la doctrina y jurisprudencia vigentes y aceptadas, por lo que los artículos proyectados constituyen una regulación plausible.

Lamentablemente, por las consideraciones que efectuaremos más adelante, no merecen la misma aceptación sus aspectos relativos a la transferencia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país en virtud de instrumentos celebrados en el extranjero. Respecto de este punto, consideramos que sería conveniente una revisión de la regulación esbozada, a los efectos de armonizarla y darle coherencia con todo el sistema proyectado y otras normas de orden público vigentes en nuestro derecho.

2. Forma de los actos jurídicos y régimen de poderes desde la perspectiva del derecho internacional privado proyectado de fuente interna

Dada la novedad de la regulación de determinados aspectos de los institutos mencionados, nuestro análisis se centrará en primer lugar en el régimen de la forma y del mandato en el derecho local o interno, tal como ha sido elaborado por la comisión redactora, para luego hacer foco sobre las normas proyectadas de derecho internacional privado que regularán específicamente –si la reforma fuera aprobada– el régimen de la eficacia extraterritorial de los poderes que fueren otorgados en el extranjero.

Como síntesis del análisis que formularemos a continuación, podemos expresar que las normas internas y de derecho

internacional privado proyectadas han sido redactadas teniendo en consideración la doctrina y jurisprudencia imperantes, en armonía con la fuente convencional vigente.

2.1. *El régimen de la forma de los actos jurídicos en el derecho local y la fuente interna de derecho internacional privado*

En primer lugar, debemos recordar que la forma es la manera en que se manifiesta la voluntad en el otorgamiento de un acto jurídico (verbal, escrita, etc.). En materia de derecho local, las normas proyectadas que regulan la forma de los actos jurídicos (arts. 284 y ss.) consagran el principio de libertad de formas:

Artículo 284. *Libertad de formas.* Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

Concordante con este principio, el artículo proyectado 1015 establece que, para el derecho argentino, sólo serán formales “los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”. Y el artículo 1016 agrega que

La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

En el mismo sentido, el artículo proyectado 285, en concordancia con el artículo 1185 del Código Civil vigente, dispone que

El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.

Siempre en el campo de la regulación de derecho interno, en lo que respecta a la forma escrita, el artículo 286 establece que

... puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en

que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

La última parte de esta norma constituye una novedad, a la que deberá dársele especial consideración a la luz de los avances de la tecnología.

Ahora bien, como excepción al principio de libertad de formas o bien confirmándolo, según cómo se lo interprete, el artículo proyectado 1017 dispone que

Deben ser otorgados por escritura pública:

- a) Los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa.
- b) Los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles.
- c) Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública.
- d) Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

A lo largo del texto del Proyecto, se contemplan otros supuestos que exigen la escritura pública como única forma válida para instrumentar determinados actos jurídicos (p. ej.: designación de tutor, manifestación de voluntad procreacional, etc.). Específicamente, la normativa *iusprivatista*, multinacional, proyectada consagra el universalmente aceptado principio de que la forma se rige por la ley del lugar de otorgamiento, según la fórmula tradicional de *lex locus regit actum* –o, mejor expresada, *lex loci actus regit instrumentum ejus*– y posee un acertado aditamento, la regulación de la forma en materia de contratación entre ausentes, lo que constituye una verdadera novedad. La pertinencia de esta inclusión estriba en que dicha modalidad de contratación es cada vez más común en el mundo globalizado en el que vivimos y, particularmente, en países en proceso de integración, como el nuestro. La norma proyectada correspondiente prescribe lo siguiente:

Artículo 2649. *Formas y solemnidades.* Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de

publicidad se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado. Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada. Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

En concordancia, el artículo proyectado 2652 determina que

En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado [...] se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

Podemos apreciar que las normas proyectadas en materia de forma, desde la perspectiva del derecho internacional privado, responden a los criterios imperantes en la doctrina y jurisprudencia vigentes y están en un todo de acuerdo con los principios y regulaciones especiales de fuente convencional y los principios universalmente aplicables. En efecto, como hito en esta materia, debemos recordar las conclusiones de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983), que han sido consagradas en el texto de la reforma:

La ley que rige el fondo del negocio jurídico determina: a) la exigencia de una forma; b) las consecuencias de su omisión; y c) la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada. La reglamentación de la forma queda librada: a la ley del lugar de celebración o a otra ley que tenga contacto razonable con el negocio.²

Sin embargo, la comisión redactora de 2012 se aparta de la concepción que inspiró los proyectos de reforma de 1993 y de 1998-1999, que establecían, como solución al problema de las formas de los actos jurídicos, tanto el derecho que rige al fondo del acto

2. BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON DE NOLASCO, E. I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 25. También allí se cita la siguiente jurisprudencia: CNCom., Sala A, 21/10/1965, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 13, p. 548; CSJN, en *Fallos* 23: 118, 77; CCiv. 2ª Cap., 10/2/1945, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1945-IV, p. 384.

jurídico como el del lugar de celebración. En el mismo sentido, el Proyecto se aparta de las soluciones contenidas en los tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Lamentamos que en el Proyecto no se incluya, como en los dos anteriores, normas específicas de derecho internacional privado que reglen las nuevas formas de contratación, como las realizadas a través de Internet, que son frecuentemente utilizadas en el comercio internacional. Sin embargo, pensamos que las normas incluidas sobre contratación entre ausentes podrían ser utilizadas para dar solución a estos casos.

2.2. *Mandato y poder en el Código proyectado*

El Proyecto distingue, acertadamente, mandato y poder, regulando aquél como contrato y éste como instrumento que contiene el mandato. Esta distinción no se incluye en el Código velezano y ha sido causa de más de una mala interpretación de ambos institutos y de no poca confusión entre los operadores jurídicos.

El artículo proyectado 1319 define el mandato como el “contrato” en virtud del cual una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés y no lo impide –pudiendo hacerlo–, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. Por lo demás, la ejecución del mandato implica su aceptación, aun sin mediar declaración expresa sobre ella.

El artículo proyectado 1320 hace clara la distinción entre poder y mandato, al disponer que

Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes. Aun cuando el mandato no confiera poder de representación, se aplican las disposiciones citadas a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en este capítulo.

Concretamente, el referido artículo 362 establece lo siguiente:

Caracteres. La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción y las instrucciones que el re-

presentado dio a su representante son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión.

El artículo proyectado 366 agrega:

Cuando un representante actúa dentro del marco de su poder, sus actos obligan directamente al representado y a los terceros. El representante no queda obligado para con los terceros, excepto que haya garantizado de algún modo el negocio. Si la voluntad de obrar en nombre de otro no aparece claramente, se entiende que ha procedido en nombre propio.

Por lo expuesto, puede haber mandato sin poder, pero no podrá haber poder sin mandato. Así expresamente lo reconoce el artículo proyectado 1321:

Si el mandante no otorga poder de representación, el mandatario actúa en nombre propio pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni éste respecto del mandante. El mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante.

En lo que respecta a la materia que nos convoca, esto es, la forma del apoderamiento en la fuente interna, cabe destacar lo prescripto por el artículo proyectado 363, que expresamente dispone que “el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar”. Es decir, si el apoderado pretendiere llevar adelante los actos descriptos en el artículo 1017 del Código proyectado, su apoderamiento deberá constar en escritura pública, como única forma válida e impuesta a esos fines.

En materia de interpretación de facultades y requerimiento de mandas especiales, el artículo proyectado 375 dice que

Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. Son necesarias facultades expresas para:

- a) Peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio.

- b) Otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere.
- c) Reconocer hijos, caso en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce.
- d) Aceptar herencias.
- e) Constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables.
- f) Crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad.
- g) Reconocer o novar obligaciones anteriores al otorgamiento del poder.
- h) Hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración.
- i) Renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras.
- j) Formar uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, sociedades, asociaciones, o fundaciones.
- k) Dar o tomar en locación inmuebles por más de tres (3) años, o cobrar alquileres anticipados por más de un (1) año.
- l) Realizar donaciones, u otras liberalidades, excepto pequeñas gratificaciones habituales.
- m) Dar fianzas, comprometer servicios personales, recibir cosas en depósito, si no se trata del necesario, y dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó un poder en términos generales.

Es decir, por el juego de las normas proyectadas antes transcritas, en el caso de poderes conferidos para, por ejemplo, constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables, no solamente se requerirán facultades específicas conferidas por el mandante al mandatario apoderado a esos fines, sino que, además, dicho apoderamiento deberá constar en escritura pública. Para los demás supuestos contemplados en el artículo proyectado 375, se requerirán poderes especiales, que podrán ser otorgados en instrumentos privados o públicos, como requisito de forma impuesta y exigida, si ellos fueren a ser utilizados o fueren conferidos en los términos de los incisos c) y d) del artículo 1017 proyectado.

2.3. Eficacia extraterritorial de los poderes conferidos en el extranjero para ser utilizados en nuestro país

Conforme a la regulación proyectada, la cuestión del derecho aplicable al mandato –entendiendo como tal el negocio jurídico que contiene un poder de representación– conferido en extraña jurisdicción para tener eficacia en nuestro territorio, debe examinarse desde diversos ángulos:

- a) ¿Cuál es la ley que le impone a un negocio jurídico una forma determinada o que lo exime de toda exigencia formal (ley impositiva de la forma)?
- b) ¿Cuál es el derecho que rige la realización misma de la forma (ley reguladora de la forma)?
- c) ¿Es equivalente la forma regulada de esta manera a la forma exigida por la ley impositiva?
- d) ¿Cuál es el derecho material en definitiva aplicable al mandato como contrato?

Es claro –y así queda consagrado en la normativa proyectada– que la ley impositiva de la forma debe ser la misma que juzgue sobre la equivalencia entre la forma realizada y la forma exigida, transformándose así, esa misma regulación, en la ley calificadora de tal forma. El derecho que rige el fondo del negocio jurídico ha de ser, por necesidad, el que impone y califica la forma. Tal es la solución que adopta la normativa proyectada.

Finalmente, la ley reguladora de la forma será la del lugar de otorgamiento del acto, según lo establece expresamente el Proyecto, que indica aplicable a la validez formal del acto la ley del lugar de su otorgamiento, celebración o realización. En efecto, las reglas proyectadas consagran expresamente el principio *locus regit actum*,³ por lo cual la forma de los actos jurídicos y, en su caso, los recaudos de registración se sujetan a las prescripciones del lugar donde se realizan. Esta norma deja de lado el sistema de la ley del lugar de ejecución, que sí está presente en el Tratado de Montevideo de 1889 (art. 32). Sin embargo, conforme entienden la doctrina y jurisprudencia, la regla de *lex locus regit actum* es una regla facultativa o de carácter facultativo atenuado,⁴ ya que da la opción entre la aplicación de la *lex causae* y la *lex loci*. Por ello se sostiene que la cuestión debe ser resuelta teniendo en consideración dos situaciones diversas: la existencia o inexistencia de una ley que exija una forma determinada y la reglamentación de la forma en sí.

3. En concordancia con los artículos 80-85, 159, 950, 1180-1182, 1211, 3129, 3635 y 3638 del Código Civil.

4. VV. AA., *Código Civil comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía*, tomo I (dirigido por Julio C. Rivera), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 54.

La existencia de una forma es una cuestión esencial, que debe ser reglada por la ley a la que está sometido el acto jurídico (*lex causae*). En cambio, la reglamentación puede quedar sujeta a la ley del lugar de celebración del acto (*lex locus regit actum*). Por esta razón, algunos autores⁵ afirman que la autonomía de la voluntad, en materia de las formas, se circunscribe al aspecto de la regulación de las formas, pero con límites. En primer lugar, el derecho impositivo de las formas, es decir, el derecho que rige el fondo del acto jurídico. Por esta razón, en este caso habrá que distinguir entre el derecho internacional privado coactivo del fondo del asunto, excluyente de la autonomía de la voluntad,⁶ y el derecho internacional privado dispositivo, que rige el fondo,⁷ que es del ámbito de la autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad puede alterar el derecho de fondo y, por lo tanto, la imposición de una forma determinada. En segundo lugar, se encuentra limitada por el derecho material al que el derecho internacional privado remite: éste puede exigir una forma pública o privada y la exigencia de una forma pública impide la autonomía propia en la ley reguladora de la forma, porque el funcionario público deberá ajustarse a sus propias normas imperativas, es decir, la realización del acto en otro país que no exija la forma pública.

En este marco se pueden plantear algunas cuestiones, sobre todo en los casos en que el país en el que se otorgó el acto no tiene regulada una forma equivalente (p. ej.: la forma de los instrumentos públicos en el derecho de filiación latina y en el *Common Law*, que la desconoce). Estos supuestos se solucionan, generalmente, mediante la aplicación de la *lex loci celebrationis* con el alcance más amplio que el de la regulación de los requisitos formales: la *lex loci celebrationis* es moderadora del rigorismo de la ley de fondo.⁸

El otorgamiento de un poder en el exterior con los fines de ejercerlo en nuestro país podrá ser considerado como la instrumentación de un mandato, que, en tanto contrato, se rige, en lo relativo a su validez, naturaleza y obligaciones, por la ley del lugar de cumplimiento. A tenor de las normas proyectadas transcritas, si el mandato ha de ejercerse en la Argentina, la ley argentina impondrá, como *lex causae* –y, eventualmente, *lex fori*, si se planteara una controversia judicial–, la forma exigible al poder que ha de presentarse a los efectos de acreditar la representación invocada. Es que, en efecto, será en nuestro territorio

5. Ver PERUGINI, Alicia M., *La validez y la circulabilidad internacional del poder de representación notarial*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 81 y ss.

6. Es decir, en materia de derechos reales.

7. Es decir, en materia de contratos internacionales.

8. Esta situación tiene su origen en la diferente organización estatal de las cuestiones relativas a la delegación del ejercicio de la función fedante (ejercicio de la fe pública) entre los países de raigambre latina y los del *Common Law* y el reconocimiento o no de la existencia de diferentes tipos de instrumentos, según intervengan o no en su confección y elaboración funcionarios públicos delegatarios de la fe pública.

en donde deben llevarse a cabo las conductas que permitirán cumplimentar el mandato conferido.

La nueva regulación proyectada impone la forma de escritura pública para la ejecución de los actos jurídicos contemplados en el artículo 1017 y otros tantos actos dispersos a lo largo del texto del Código proyectado. De ello se deduce que los únicos supuestos en los cuales la ley argentina actuará como ley impositiva de la forma *escritura pública* para un poder otorgado en el extranjero estarán constituidos por aquéllos poderes conferidos en el exterior para ejecutar en el país los actos jurídicos previstos en esas normas específicas que imponen esa forma agravada. Para ejecutar otros actos jurídicos no incluidos en esas normas –o que no sean accesorios de actos jurídicos extendidos en escritura pública– o cuando las partes hubieran escogido esa forma para otorgar cualquier acto jurídico que las vincule, regirá el principio de libertad de formas y podrán ser conferidos por escritura pública o instrumento privado (p.ej.: poderes generales de administración o de disposición de bienes muebles o muebles registrables, etc.) y tendrán plena eficacia extraterritorial en nuestro país. Sin embargo, la falta de exigencia formal de escritura pública no excluye la exigencia de que el poder sea “especial”, en los casos del artículo proyectado 375. En consecuencia, en materia de poderes, aun aquellos otorgados en el extranjero para tener eficacia extraterritorial en nuestro país se rigen por el principio de libertad de formas, que se regula de conformidad con el principio de la *lex loci celebrationis*. Todo ello a excepción de los poderes conferidos para ejecutar los actos jurídicos enumerados taxativamente en el artículo proyectado 1017 y en los demás casos dispersos a lo largo del Proyecto, que exigen escritura pública. En tal caso, sí existirá una exigencia formal de la *lex causae* que rige esta materia (arts. 2663 y cc. del Código Proyectado) y que impone la forma de escritura pública para su otorgamiento. Será esa misma *lex causae* la que, a su turno, calificará la equivalencia de la forma.

Por lo demás, no debe perderse de vista que las normas proyectadas no incluyen ningún texto semejante al del artículo 14, inciso 4, del Código Civil vigente, que instauro el principio *favor negotii patriae*, en virtud del cual se aplicará la ley argentina cuando ésta sea más favorable a la validez del acto. Según dicha norma, si la *lex causae* no exige forma alguna especial y faculta a las partes a celebrar el acto en el idioma y con las solemnidades que estimen corresponder, regirá en toda su plenitud el princi-

pio *locus regit actum*. En cambio, por aplicación del inciso 4 del artículo 14 citado, cuando no se hubieran cumplido las formas establecidas por la ley extranjera de la celebración, pero sí los requisitos de forma que instauran nuestras leyes, tales actos serán válidos.

Finalmente, cabe destacar que la regulación e interpretación de la legislación proyectada, en materia de forma de poderes otorgados en el extranjero, está conteste con la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (Panamá, 30/1/1975).

2.4. Legalización y traducción de los poderes

Las normas de fuente interna y convencional de derecho internacional privado –de fondo y forma–, la doctrina y la jurisprudencia aceptan el principio general de que los documentos públicos otorgados en el extranjero sólo se considerarán auténticos en nuestro territorio si se encuentran legalizados y traducidos.⁹

La legalización es un acto administrativo, que opera sobre los aspectos formales o externos del documento y tiene como finalidad asegurar su autenticidad y legalidad, es decir, garantizar que realmente procede de quien en apariencia dimana y que ha sido realizado con la debida forma legal. Así se pretende dar seguridad jurídica y desplazar toda duda sobre la legalidad del documento extranjero. Debe diferenciarse de la autenticación,¹⁰ que es la *atestación* efectuada por un funcionario respecto de la exactitud de la firma que se inserta en el documento y, cuando emana de un funcionario público, de la calidad de tal de quien lo ha expedido.

La legalización, entonces, consiste en la verificación del acatamiento de las formas prescriptas por las leyes del país de donde el documento proviene. Una vez verificados estos extremos, le corresponde un reconocimiento que le otorga validez y fuerza ejecutoria, sin necesidad de intervención judicial.

Así, en virtud de los procedimientos de autenticación y legalización, se coloca al documento extranjero auténtico en el mismo plano que el documento nacional auténtico, siempre y cuando no atente, en el aspecto sustancial, contra el orden público internacional, que constituye el límite a la aplicación del derecho extranjero.

9. Ver nota extendida en p. 119.

10. GALLINO, Julieta, "La circulación internacional del documento notarial", en Nuta, A. R. (dir.) y Gallino, Julieta (coord.), *Tratado de derecho privado notarial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 453.

Sin perjuicio de ello, no se debe olvidar que, según la fuente convencional aplicable, el requisito de la legalización se encontrará cumplimentado con la inclusión de la *apostille*¹¹ o con la firma del cónsul argentino, acreditada en el Estado del cual emana el documento respectivo.¹²

2.5. Conclusiones

De lo expuesto precedentemente se deducen los siguientes principios:¹³

- Al calificar un poder que deba ser ejercido en la República Argentina, habrá de tenerse en consideración que es la instrumentación de un mandato que, en tanto contrato, se rige, en lo relativo a su validez, naturaleza y obligaciones, por la ley del lugar de cumplimiento.
- Si el mandato ha de ejercerse en la Argentina, la ley argentina impondrá, como *lex causae*, la forma exigible al poder, pues es aquí es donde deben llevarse a cabo las conductas que permitirán cumplimentar el mandato conferido.
- En el caso de que no exista fuente convencional aplicable, habrá de tenerse en consideración lo prescripto por la norma de fuente interna aplicable al caso y, especialmente, que la única forma impuesta en materia de poderes se da para los casos enunciados en el artículo proyectado 1107 y en los demás supuestos contemplados en forma taxativa a lo largo del Proyecto.
- Los apoderamientos deberán ser, además, especiales para los actos establecidos por el artículo 375 del Código proyectado, instrumentados bajo la forma de instrumento público o privado, según lo disponga la regulación específica.
- La ley reguladora de la forma será la del lugar de otorgamiento, por resultar aplicable a la validez formal la ley de otorgamiento del acto, esto es, la del país de origen del documento.
- Si se alega la violación del cumplimiento de estas formalidades, quien actúe así deberá probar el derecho extranjero para fundar su impugnación, a menos que el operador de derecho que califique el acto adhiera a otra de las teorías imperantes en esa materia y lo considere un derecho por él conocido.¹⁴

11. Convención por la cual se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (La Haya, 5/10/1961), aprobada por Ley 23.458.

12. Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo 1889 y 1940, artículos 3-4.

13. HERRERA, María M. L., "Breves glosas en torno al fallo 'Trade and Commerce Bank c/ José Cartellone S. A.'", *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, Buenos Aires, Legis, nº 3, 2011, p. 99.

14. II Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

- Sin embargo, aunque la ley argentina puede ser la ley impositiva de la forma pública para este tipo de instrumentos, su alcance no llegará hasta la determinación de recaudos técnicos para su redacción, que se rigen por la ley del lugar de celebración del instrumento.¹⁵
- Siempre se deberá tener presente el principio de equivalencia de la forma, cuando se trate de instrumentos que emanen de países del *Common Law* o extraños al sistema del notariado latino.

3. Derechos reales

En materia de derechos reales, las normas proyectadas responden al principio mundialmente aceptado de la *lex rei situs*. Esta afirmación se funda en la interpretación del texto de los artículos proyectados 2663, 2667-2669:

Artículo 2663. *Calificación*. La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación.

Artículo 2667. *Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles*. Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación...

Artículo 2668. *Derecho aplicable. Derechos reales sobre bienes registrables*. Los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del Estado del registro.

Artículo 2669. *Derechos reales sobre muebles de situación permanente. Cambio de situación*. Los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos. El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior.

En forma concordante, los artículos proyectados 2664-2666 disponen lo siguiente:

Artículo 2664. *Jurisdicción. Acciones reales sobre inmuebles*. Los jueces del Estado en que están situados los inmuebles son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes.

15. La ley argentina puede exigir que el apoderamiento se otorgue por instrumento público, pero los recaudos y formalidades para ser tenidos como tal se rigen por la ley del lugar de celebración del mismo.

Artículo 2665. *Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes registrables.* Los jueces del Estado en el que fueron registrados los bienes son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes.

Artículo 2666. *Jurisdicción. Acciones reales sobre bienes no registrables.* Los jueces del domicilio del demandado o del lugar de situación de los bienes no registrables son competentes para entender en las acciones reales sobre dichos bienes.

Las acciones reales de reivindicación, confesoria, negatoria y de deslinde se deberán interponer ante los jueces del lugar de situación de los bienes, quienes deberán en todos los casos aplicar el derecho local.

En lo relativo a la regulación de las cosas muebles que carecen de situación permanente, el artículo proyectado 2670 mantiene los principios vigentes:

Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación.

Las normas proyectadas mantienen sustancialmente el régimen consagrado en el Código Civil vigente, sin perjuicio de que contienen algunas precisiones para la determinación de la regla elegida para regir en esta materia, la ya mencionada *lex rei sitae*. En efecto, si bien el texto proyectado en materia de inmuebles no contiene un texto detallado como el del actual artículo 10, cuya naturaleza jurídica oscila –según la doctrina actual– entre la de una norma de conflicto unilateral y una de policía, mantiene su filosofía. Así, consagra el principio de *lex rei situs* para los inmuebles y muebles de situación permanente; se deberá aplicar la ley local si los mismos se sitúan en el territorio del país. Asimismo, la redacción de las normas proyectadas se muestra en un todo concordante con los principios jurídicos consagrados en la fuente convencional, especialmente los tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

3.1. *Transferencia de derechos reales sobre inmuebles situados en el país, instrumentada en el extranjero*

La norma proyectada merece ciertas críticas, luego de tomar en consideración: 1) la tradición imperante en nuestro sistema jurídico; 2) la falta de armonía en el juego de la norma de derecho internacional privado específica proyectada y las normas internas proyectadas para la constitución y transferencia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país; 3) las disposiciones de otras normas complementarias como las leyes 17.801 y 26.737 y el Decreto-ley 15.385/44 (Ley 12.913).

El texto vigente del Código Velezano establece que

Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren en instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

Si bien el artículo elaborado por la comisión redactora, específico sobre esta materia, parece seguir este mismo principio, la omisión del último párrafo de la norma vigente hace que el sistema se modifique por completo. Advertimos especialmente que, de aprobarse el texto proyectado, el cambio drástico en el régimen imperante podrá ser especialmente perjudicial para la seguridad jurídica y afectar el principio constitucional de la igualdad ante la ley y el de *lex rei situs*.

La norma proyectada en esta materia es el artículo 2667, que, en efecto, establece que

Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados.

La regulación proyectada merece la misma crítica que la vigente, en la medida en que ninguna de ellas logra conciliar acabadamente, para la transferencia entre vivos de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el territorio del país, los principios de *lex locus regit actum* y *lex rei sitae*. Confirma la excepción

de la aplicación del primer principio enunciado, general en materia de forma de actos jurídicos, en el caso de transferencia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país, por acto entre vivos. Por lo demás, no sigue la de los proyectos de 1993 y de 1998-1999, en el sentido de determinar que la calificación de *instrumento público* queda librada a la ley del lugar del otorgamiento. Sin embargo, ello resulta innecesario a la luz del juego de las normas que, sobre forma, contiene el Proyecto –a las que nos hemos referido precedentemente–. En todos los supuestos, excluye la eficacia de los instrumentos privados a los fines de transferir derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país.

En lo que respecta a sus consecuencias de fondo, la norma proyectada parece acercarse más al sistema francés de transferencia de derechos reales y parece olvidar que la transferencia de dominio sobre inmuebles en nuestro derecho se efectúa por título suficiente, modo –tradición– e inscripción registral. El artículo 2667, *in fine*, no logra superar las limitaciones técnicas que mereció el vigente artículo 1211 –que reproduce casi textualmente–, en el sentido de que su aplicación no refiere en general a los supuestos de la constitución de otro tipo de derecho real sobre inmuebles sitios en el país. Esta insuficiencia ha debido ser subsanada por vía doctrinaria y jurisprudencial, a través de una labor de interpretación en virtud de la cual se ha determinado que la norma vigente también resulta aplicable a los supuestos de constitución o transferencia de los restantes derechos reales de que son susceptibles los inmuebles ubicados en el país. Parecería que la misma labor interpretativa deberá ser reproducida cuando se analice el artículo proyectado 2667. Por tal motivo, resulta aconsejable proponer la revisión del texto proyectado, a los efectos de subsanar esta falta técnica. Concretamente, en lo relativo a la transferencia de dominio de bienes raíces ubicados en el país, sería aconsejable mantener el actual régimen de control judicial (según el art. 1211 vigente), ya que:

- El control judicial permite constatar que la transferencia o constitución de un derecho real sobre un inmueble sito en el país responde a una causa lícita y que el instrumento presentado cumple con las formalidades establecidas en el país de su otorgamiento para la especie instrumentada y, en su caso, la aplicación del principio de equivalencia de las formas, si el documento proviene de los países del sistema del *Common Law*.

- La protocolización notarial posterior, llevada a cabo por orden judicial, también implicará una calificación del documento por parte del notario, que luego rogará la inscripción registral en el registro respectivo, tras el cumplimiento de las tareas pre-escriturarias, la retención de los impuestos y los respectivos deberes de información a la AFIP-DGI (resoluciones 1375/02, 1508/03 y 1463/03) y demás organismos de control y prestadores de servicios públicos.
- La práctica en la materia ha sido uniforme y no ha merecido críticas de la doctrina; además, ha resultado ser eficaz y pertinente para la seguridad jurídica requerida por el tipo de transacciones al que se refiere.

Por lo demás, la norma proyectada también merece ser criticada en el sentido de que parece no tener en cuenta que, generalmente, los negocios instrumentados por los documentos que se presenten con legalización y que se declaran *válidos* no quedarán comprendidos en las disposiciones de la Ley 26.737¹⁶ –de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia– y, eventualmente, en las del Decreto-ley 15.385/44 (Ley 12.913) –relativo a las operaciones con inmuebles ubicados en las zonas de seguridad de fronteras–, cuyos preceptos no podrán cumplimentarse a posteriori.

Finalmente, entendemos que el texto propuesto atenta también contra la seguridad jurídica, toda vez que la protocolización del documento extranjero legalizado y traducido, ordenada por el juez competente, que actualmente se instrumenta por imperio del artículo 1211, persigue, además del cumplimiento de las normas registrales, impositivas y de orden público imperantes en la materia, el aseguramiento de la posibilidad de obtención de una segunda o ulterior copia testimonial del título de propiedad en caso de extravío del expediente judicial. En efecto, una razón de necesidad documental requiere la presencia de una escritura matriz en el país –y la protocolización obraría, por analogía, como una *especie* de matriz, sin revestir técnicamente ese carácter a la luz de los principios notariales y de fondo vigentes–, que permitirá recomponer el documento público extranjero sin necesidad de someterse a innumerables trámites y/o al otorgamiento de un documento nuevamente, si no fuere posible su reproducción. En el mismo sentido, la necesidad de la compulsión y estudio de antecedentes, más conocidos como estudio de títulos –que en el texto proyectado constituirá concretamen-

16. Ver nota extendida en p. 120.

te una práctica que abona la buena fe del adquirente–, como así también todo tipo de peritaje judicial o extrajudicial que hubiera que realizar en relación con la documentación archivada, hacen conveniente que ese documento sea agregado a un protocolo notarial nacional.

En virtud de lo expuesto, propiciamos una revisión del texto proyectado, a los efectos de mantener el régimen vigente, que se ha demostrado efectivo en esta materia y coherente con todo el sistema del régimen de derechos reales y las normas de orden público que se vinculan con él.

No se nos escapa que, ya anteriormente, cierta doctrina especializada había sugerido la posibilidad de que dicha protocolización se efectuara por rogación directa del interesado a los notarios, entendiendo que esa actividad correspondía al ámbito de las competencias notariales, en el campo de la jurisdicción voluntaria:

La celeridad de las transacciones, la seguridad técnica que ofrece el notariado actual, la siempre posible acción judicial de los terceros afectados atento nuestro sistema de derecho (causal), la existencia de “otro funcionario” calificador del documento portante del negocio jurídico real, institucionalizado por la Ley 17.801, nos hacen pensar que ha llegado también el turno al viraje interpretativo –restrictivo–, para dar paso a la tesis que sostenemos en cuanto a la viabilidad rogatoria directa. Estimamos que en modo alguno, tratándose de una cuestión de jurisdicción voluntaria, se desnaturaliza el principio o se conculcan las funciones al lanzar la postura semejante.¹⁷

Es por eso que, si bien puede ser que la redacción proyectada corresponda a esta orientación, no debe perderse de vista que será necesario designar, tal como lo hace el artículo 1211 del actual Código, qué operador del derecho deberá calificar ese documento extranjero y, posteriormente, rogar su inscripción en el registro respectivo. Este profesional debe ser, por su especialidad técnica, sin duda alguna, el escribano público.

Si la revisión sugerida del texto proyectado no se concretara y se mantuviera la redacción actual del artículo, habrá que tener en cuenta lo siguiente:

- 1) Deberá tenerse en consideración, al momento de dictarse su reglamentación, lo prescripto por los artículos 2, 3 y 8 de la Ley 17.801 en el sentido de que los registros de la

17. RUIZ DE ERENCHUN, Alberto, “Negocio jurídico inmobiliario celebrado en el extranjero”, *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, tomo 48, p. 747. Ver, además: KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton de Nolasco, E. I. (coord.), ob. cit. (cfr. nota 2), tomo 1, 2003, pp. 20 y ss. En contra: QUEIROLO, Martín M., “Contratos hechos en el extranjero. Para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República”, *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 947, 2004, p. 93.

propiedad solamente pueden calificar la forma extrínseca del documento cuya inscripción se solicita, ateniéndose a lo que resultare de él y de los asientos respectivos. En consecuencia, corresponderá designar en esa reglamentación a los escribanos públicos para llevar adelante la tarea de calificación del documento por el que se efectúe la transferencia o constitución de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país. Dichos profesionales, además, deberán cumplimentar las demás normas tributarias y administrativas y de rogación directa de la inscripción del instrumento público por ante el registro de la propiedad inmueble correspondiente, previa protocolización del mismo a solicitud de la parte interesada, como medida de buena práctica notarial, con fundamento en las consideraciones legales antes transcritas. En efecto, al comentar el texto del artículo 1211 del Código Civil, la doctrina ya se ha expresado respecto de la necesidad de calificar la forma extrínseca e intrínseca del documento, antes de darle curso, para que tenga todos los efectos jurídicos propios de la naturaleza del negocio que le corresponda en nuestro país. El instrumento público legalizado, una vez librado a la circulación, contará de fuerza probatoria y fuerza ejecutiva; de allí entonces que sea necesario que dichas formas y el fondo del negocio jurídico sean analizados para determinar su compatibilidad con el ordenamiento jurídico nacional mediante la calificación notarial, única idónea a esos fines, si se deja de lado el sistema de control judicial. La intervención calificadora de los notarios se mantendrá aun en los casos en los que el documento a inscribir sea un documento consular argentino. Sin embargo, no sería necesaria su incorporación a un protocolo nacional, en virtud de que, de conformidad con la legislación vigente, las funciones desempeñadas por los cónsules argentinos se asemejan, en materia instrumental, a las desarrolladas por los escribanos públicos. En su actividad calificadora, el escribano deberá:

- calificar el acto, los derechos de las partes, la capacidad para adquirir el bien y el modo de transferirlo, que debe ser conforme a la ley argentina;
- calificar que el acto instrumentado responda a una causa lícita y que no se vea afectado el orden público internacional argentino;
- calificar que el instrumento presentado sea instrumento público en el

lugar de su celebración y se encuentre debidamente legalizado y traducido, si correspondiera.

- 2) En relación con la entrega de la posesión del inmueble –modo necesario a los efectos de adquirir el dominio conforme a la legislación vigente y proyectada–, en atención a que está constituida por hechos materiales, entendemos que si el adquirente y el transmitente se encontraran en el país, éste procederá a entregar a aquél la posesión del bien, pero, si el transmitente no se domiciliara en el país o no se encontrara aquí al momento de rogarse la inscripción del documento de marras, será menester que en el documento a inscribirse se haga expreso el desistimiento del transmitente de la posesión que tenía y había, a los efectos de cumplimentar las normas legales de la materia.
- 3) Será necesaria una reforma legislativa que contemple los efectos legales de este tipo de instrumentos, a tenor de lo regulado por la Ley 26.737 y el Decreto-ley 15.385/44 (Ley 12.913).
- 4) Eventualmente, podrá invocarse que la redacción proyectada viola el principio constitucional de igualdad ante la ley, toda vez que la transferencia instrumentada por extranjeros, sin cumplir las leyes de orden público mencionadas en el apartado precedente, sería siempre válida hasta que se invocara la excepción del orden público para el reconocimiento de los efectos extraterritoriales en el país del instrumento público extranjero en cuestión. Por lo expuesto, no cabe duda acerca de que, eventualmente, podría declararse la inconstitucionalidad de la norma con ese fundamento.

Otra bibliografía consultada:

ALCORTA, Amancio, *Curso de derecho internacional privado*, tomo II, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 1927. BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, tomos I y II, Buenos Aires, LexisNexis-AbeledoPerrot, 2006, 5ª ed. actualizada. BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) y ZANNONI, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, tomo 5, Buenos Aires, Astrea, 1984. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en teoría trialista del mundo jurídico*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009 (actualizado por Alicia M. Perugini). VICO, Carlos M., *Curso de derecho internacional privado*, tomo II, Buenos Aires, 1927.

Notas extendidas

9. “Conforme a ello, nuestra jurisprudencia ha establecido una presunción *iuris tantum* de que las actas notariales hechas en el extranjero por escribanos públicos cumplen con sus respectivas legislaciones. Goldschmidt apunta que esta línea jurisprudencial se ini-

cia con una sentencia de la Corte Suprema del 5 de mayo de 1892 *in re* 'C. H. Busher c/ Cooperativa Argentina' (Fallos 48:98) y ha sido seguida por otros fallos de diversos tribunales (C.Fed.Cap., 16/9/1921, *in re* 'Heller y Cia. c/ Marini', JA 8-270; 'Lever Brothers Ltda. c/ Frigorífico Anglo' (G. del Foro 135-6); CNCom., Sala A, 'Paneth Erwin c/ B.I.E.M.' del 21/10/1965 (ED 13-548). Se ha dicho también 'que la validez de los actos otorgados en un país extranjero se rige por las leyes de ese país y no puede ser impugnada con invocación de la falta de las formas o solemnidades exigida por nuestras leyes' y que 'la personería invocada conforme a poderes otorgados en el extranjero no puede ser cuestionada –inclusive cuando no media transcripción de los documentos habilitados– mientras no se acredite que el instrumento no llena las formalidades exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, en razón de que la intervención del notario público hace presumir la legalidad del acto y el incumplimiento de las leyes del lugar' (confr. CNCiv., Sala B, 3/8/1972, *in re* 'Tours Investment S. A. c/ Iturraspe Pedro R.' –ED 45-637–, GOLDSCHMIDT, W., 'Derecho Internacional Privado', pp. 262-4)". Del dictamen del fiscal de Cámara *in re* "N. V. Philips Gloeilampenfabrieken c/ High Tech Medical Parks D. C. s/ordinario", resuelto por la CNCom., Sala C, 23/2/1995 (inédito).

16. Esta norma establece sanciones graves para los actos jurídicos que no cumplimenten el procedimiento de autorización por ella implementado (art. 13), que a todas luces no se cumple en el supuesto del artículo bajo análisis, el cual declara a los actos jurídicos otorgados en el exterior como "válidos" sin tener en cuenta esta norma de orden público que será sin duda óbice para el reconocimiento extraterritorial del documento si por el mismo se violaran sus disposiciones.

"Artículo 6. Queda prohibida toda interposición de personas físicas de nacionalidad argentina, o de personas jurídicas constituidas en nuestro país, a los fines de configurar una titularidad nacional figurada para infringir las previsiones de esta ley. Ello se considerará una simulación ilícita y fraudulenta". "Artículo 7. Todos los actos jurídicos que se celebren en violación a lo establecido en la presente ley serán de nulidad total, absoluta e insanable, sin derecho a reclamo indemnizatorio alguno en beneficio de los autores y partícipes del acto antijurídico. A los efectos de esta disposición se considerarán partícipes quienes hicieran entrega de las tierras u otorgaren instrumentos, públicos o privados, que conformaren el obrar antijurídico, los que responderán en forma personal y solidaria con su patrimonio por las consecuencias dañosas de estos actos. La autoridad de aplicación está facultada a examinar los actos jurídicos conforme su naturaleza real, sin sujetarse al nombre que le impongan las partes otorgantes". "Artículo 13. Para la adquisición de un inmueble rural ubicado en zona de seguridad por una persona comprendida en esta ley, se requiere el consentimiento previo del Ministerio del Interior". <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192150/norma.htm>.