

**La Instrumentación
de los
Derechos Reales**

Tema II

Por la notario
Elvira Martha Yorio

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

República Argentina

LA INSTRUMENTACION DE LOS DERECHOS REALES

Iniciamos estas breves reflexiones acerca del tema del epígrafe, bajo una premisa que consideramos ineludible: la supremacía del valor “seguridad” como eje rector de todo sistema referido a la materia.

Aquellos pueblos que reniegan de sus tradiciones, ponen —inevitadamente— un freno a su progreso. Es loable que los esfuerzos vayan siempre encaminados a perfeccionar las instituciones vigentes: eso es adelanto; también es comprensible que el perfeccionamiento buscado se nutra con elementos provenientes de las más diversas fuentes, pero estos elementos deberán adecuarse a las particularidades de cada país. Y serán valorados nunca aisladamente, sino dentro del contexto que ofrecen sus circunstancias condicionantes: costumbres, leyes, economía, índice cultural, pautas sociales, ect. Sólo así se captará su verdadera dimensión.

En el caso especial de las leyes, a menudo resulta difícil al legislador, sustraerse al atractivo que representa otro sistema legal extranjero, que funciona exitosamente en su país de origen. Pero, no se trata de importar un sistema, por brillantes que hayan sido los resultados en el lugar de donde el mismo proviene. Así como para trasplantar un vegetal, deben darse las condiciones de suelo y clima, para que el mismo se adapte y sobreviva, del mismo modo, para que un modelo legal funcione en otro país distinto al de su origen, deberán darse los elementos culturales, económicos y humanos que permitan su adecuado funcionamiento.

Adelantamos desde ya nuestro criterio para el mantenimiento del denominado sistema notarial de tipo latino. Perfeccionándolo, en

cuanto ello sea factible. Adecuándolo a las nuevas modalidades que cada época impone, pero manteniendo su sustrato en una tradición jurídica secular, que hasta ahora ha determinado un proceso evolutivo que no debe detenerse.

I

Es un hecho notorio que la transmisión por actos inter vivos de los derechos reales, adquiere una importancia capital en Occidente, tanto por la significación económica que dicha transmisión implica, como por la seguridad jurídica que el acto transmisivo debe revestir.

Pese a la finalidad común que persigue en todos los países dicho acto, o sea: determinar la causa-fuente de la transmisión, individualizar al transmitente y al adquirente y especificar el título, modo y condiciones de la transmisión misma, existen diferencias básicas en cuanto al procedimiento, instrumentación y efectos jurídicos del acto, en las distintas legislaciones.

Destácanse en estos aspectos los siguientes sistemas:

1) SISTEMA GERMANO: Dentro de él observamos dos tipos fundamentales:

a) *Alemania*: en el cual la transmisión del dominio y demás derechos reales supone un acuerdo o negocio real y abstracto que se instrumenta ante el notario o la oficina registral respectiva. Este acuerdo formal de transmisión o investidura (Auflassung), encuéntrase desvinculado del negocio causal, de manera tal que la nulidad de éste no afecta a aquél. Aquí la interpretación de la voluntad de las partes tiene pues un doble punto de apoyo: de un lado, la voluntad de transmitir y adquirir el derecho real; de otro, la voluntad de crear derechos y obligaciones de contenido patrimonial. Debe destacarse especialmente dentro del sistema alemán, que la transmisión de todo derecho real requiere, para su perfeccionamiento y validez, la inscripción en los registros públicos pertinentes. La redacción es formularia, aun cuando no existen grandes diferencias con el sistema latino: las partes concurren ante la oficina registral respectiva, o

comparecen ante un notario o un tribunal. Como señala Nussbaum¹, el acuerdo forma otórgase, en la gran mayoría de los casos, ante notario, dada la mayor rapidez que su intervención imprime a la tramitación. Ciertamente que éste cumplirá ulteriormente con el trámite inscriptorio.

El notario examinará la identidad de las personas, establecerá su capacidad para disponer o adquirir, la extensión de poderes en caso de representación y las condiciones de la transmisión. Todo ello lo hace constar en el instrumento que firman las partes y él autentica. En definitiva, para el sistema alemán, sólo interesa el título-instrumento que debe inscribirse, pues únicamente con la inscripción se constituye y se hace público el consentimiento del transmitente y del adquirente, sin distinción alguna entre título y modo.

En síntesis, el sistema alemán es el prototipo de registro real constitutivo. El registro se ha desarrollado tanto, que la doctrina alemana ha elaborado en torno a su funcionamiento una rama del derecho civil denominada “derecho inmobiliario”. A tal punto, que ello se ha reflejado en la legislación, que divide el “derecho inmobiliario material”, de “derecho inmobiliario formal”.

b) *Tipo suizo-austríaco*: Aquí la transmisión se efectúa con intervención de los Tribunales Municipales (oficinas registrales públicas), los que tienen a su cargo la toma de razón de los instrumentos pertinentes, redactados y autenticados por los notarios, quienes revisten el carácter de funcionarios judiciales. Impera el sistema de transmisión causal, esto es la fundamentada en el título y en un modo legal de adquirir. Aun cuando, tratándose de inmuebles, el modo consiste en la inscripción. (Párrafos 425 y 431 del código civil austríaco y arts. 620 a 622 y 530 del código civil suizo).

Hay en este sistema, una completa publicización del acto transmissivo, dado el carácter de funcionario judicial que reviste el notario, las más de las veces encargado de la propia oficina registral. Este mismo sistema ha sido adoptado por Turquía.

1 Nussbaum, Arthur, *Tratado de derecho hipotecario alemán*, pág. 280, Madrid, 1929.

2) **SISTEMA ANGLO-AMERICANO:** En el derecho anglo-americano, ningún acto jurídico privado necesita para su existencia y validez, de la intervención notarial. Si bien esta intervención es usual y corriente en determinados contratos, para cuya redacción las partes no se encuentran capacitadas, ella no tiene otra significación que la de prestar un auxilio técnico y preparar una prueba.

Este mismo principio es el que se aplica a la instrumentación de los derechos reales.

Analizaremos a continuación, el problema en el derecho inglés y en el estadounidense.

a) *Inglaterra:* Con particular referencia a la transmisión del derecho de propiedad, el Derecho inglés asentábase sobre el principio de que la “delivery” (entrega material de la posesión con propósito de transmitir la propiedad) constituía un requisito esencial para la transmisión de la propiedad². Originariamente, esta tradición o entrega material, era considerada como la manifestación externa del consentimiento. Pero la evolución operada en virtud de las modalidades propias de la vida moderna, ha conducido a que la “delivery” perdiera su importancia fundamental. A partir de la “Sale of goods act” inglesa de 1893 y de la “Uniform sales act” estadounidense, el principio del consentimiento —e incluso, la tradición misma— hallase representado por la entrega del instrumento “deed” del transmitente al adquirente (tradición instrumental) y esta entrega reviste entera eficacia, aun cuando la compraventa hubiese sido pactada con la condición de “pago en cuotas”. Así, pues, el comprador puede reclamar la entrega material de la cosa vendida como si fuese un verdadero propietario, mediante la *action of detinue*, y el vendedor, a su vez, puede reclamar el saldo del precio mediante la *action of debt*³.

El sistema registral o de empadronamiento, hallase también reconocido por el sistema inglés, pero no integra, ni constituye al acto transmisivo.

2 Cfr. Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, tomo 2, pág. 175, ed. Reus, Madrid, 1950, 7ª edición.

3 Castán Tobeñas, José, *Ob. cit.*, pág. 176.

En Inglaterra el notario es un funcionario debidamente nombrado, investido de la facultad de redactar, atestiguar y certificar, habitualmente con su sello oficial, contratos y otros documentos, incluso traspaso de propiedad real o personal; anotar o certificar transacciones de documentos negociables; preparar disposiciones de última voluntad, realizar protestos y documentar los sucesos acontecidos en buques, navegantes o no, así como el transporte de mercancías en ellos⁴.

El asesoramiento general de las partes para la concreción de un negocio jurídico cualquiera, está, en el derecho inglés, comúnmente a cargo de los "solicitors" (procuradores). La función notarial queda entonces reducida a una intervención puramente práctica, destacándose, en el panorama de los actos inter-vivos, la redacción de los contratos sellados (documentos deed), o sea, contratos en los cuales se expresa sin formalidades legales específicas, la voluntad de las partes, llevando estampada la firma y sello (en seco-tinta o en oblea) del notario. Este requisito confiere autenticidad a las firmas de los contratantes.

Es importante destacar, que en todo acto jurídico otorgado por los particulares, el instrumento que lo acredita es entregado al interesado: en el específico caso de los derechos reales, la entrega se hace al titular del derecho respectivo.

El derecho inglés desconoce pues, el principio de la matricidad. No existe el protocolo instrumental auténtico. Y por ende, no se procede —como ocurre en el sistema alemán y latino— al otorgamiento de copias o testimonios del asiento o escritura matriz. La constancia del otorgamiento del acto es realizada por los notarios ingleses mediante asientos sintéticos en los libros que llevan al efecto, en los cuales expresan los aspectos más esenciales de cada actuación, en consecuencia, sólo son simples libros de notas.

De todo ello trasciende una consecuencia fundamental: la instrumentación de los derechos reales no tiene en Inglaterra un carácter auténtico. No hace fe del acto y sólo constituye una presun-

4 Cfr. Castro, Mirna C., *Consideraciones sobre el notariado inglés*, en Revista Notarial n° 775, págs. 1897 y sig., ed. Col. Esc. Pcia. Bs. As. Argentina.

ción “*juris tantum*” de su existencia. La validez y eficacia del acto transmisivo se encuentra, consiguientemente, sujeta en todo momento a una revisión judicial en cuanto al fondo y a la forma del mismo. En cuanto al fondo, porque siempre el titular de un derecho real impugnado judicialmente deberá probar causa cierta de la transmisión; en cuanto a la forma, porque también, del mismo modo, deberá probar que el instrumento traduce la real voluntad de los otorgantes del acto.

b) *Estados Unidos*: Características similares asume el problema en los Estados Unidos. En principio el notario estadounidense tiene como funciones esenciales y comunes: tomar declaraciones, redactar documentos y autenticar firmas. La doctrina estadounidense contemporánea equipara al notario a un profesional de utilidad pública, que está a disposición de los particulares para redactar los instrumentos de sus actos jurídicos y, eventualmente —en caso de litigio—, testificar sobre su contenido⁵.

El instrumento que recepta actos jurídicos en general, y de los transmisivos de derechos reales en particular, tiene las mismas características que en el derecho inglés. Su redacción, sus cláusulas, su forma, son libres, no reguladas concisamente por disposición legal alguna y sólo sujetas a las reglas de las costumbres locales. Por consiguiente, no constituye una formalidad auténtica, ya que en todos los casos y en cualquier momento, sus constancias pueden ser objeto de revisión judicial. Podría decirse que su única función es constituir una prueba común —aunque específica— sobre un hecho notorio: el acto transmisivo.

Actualmente la transmisión de los derechos reales reconoce, en el sistema jurídico estadounidense, tres etapas bien definidas, a saber: a) *el negocio jurídico causal* (contrato de compraventa, contrato hipotecario, etc.), que exige, ante todo, la capacidad e identificación de los sujetos intervinientes, la caracterización del objeto, especificación de sus condiciones del acto; b) *el negocio jurídico unilateral de transmisión propiamente dicha*, instrumentado en el *deed* redactado frecuentemente por el notario, en el cual el transmitente

5 Bellver-Cano, Antonio, *Principios de régimen notarial comparado*, página 120, y sig., ed. Gráf. Modelo.

hace expresa su transmisión, o el deudor su deuda garantizada (instrumentación ésta que no tiene lugar en aquellos estados que adoptan el sistema Torrens) y c) *inscripción en los registros públicos*, requisito que confiere al acto eficacia respecto de terceros. (En aquellos estados que adoptan el sistema Torrens, el acto de inscripción tiene carácter constitutivo del derecho real y la instrumentación acreditativa del mismo es el *propio certificado de inscripción* cuyo duplicado es entregado al titular del derecho por la oficina estatal)⁶.

Dentro de este régimen adviértese entonces dos subsistemas: En los Estados que no reconocen el sistema Torrens, la transmisión de los derechos reales tiene lugar con la entrega al adquirente o al acreedor hipotecario del instrumento *deed*. Es, como se ve, un tipo de transmisión típicamente instrumental. En cambio, en los Estados que admiten el sistema Torrens, la transmisión, también instrumental, es realizada a través de la intervención exclusiva del Registro Público.

3) SISTEMA LATINO: Lo que podríamos denominar, en punto a la instrumentación de los derechos reales, "sistema latino", responde en realidad a dos grandes áreas jurídicas no siempre equiparables. Responde, en primer lugar al *grupo francés* que, derivado del código civil francés de 1804, comprende a los códigos italianos de 1865 y 1942, al portugués, al egipcio, al boliviano, al venezolano, al peruano y al del Estado de Louisiana (EE.UU.) y Québec (Canadá), se asienta sobre el principio de que *el mero consentimiento contractual es el elemento esencial y suficiente para la transmisión de los derechos reales, en especial el de dominio o propiedad*. Y, en segundo lugar, responde al denominado *grupo ibérico*, que comprende a los códigos español, mexicano, chileno, argentino, paraguayo, colombiano, ecuatoriano, hondureño, brasileño, etc. Se fundamenta en el principio de transmisión causal, según un título y un modo (tradición), dentro del cual, conforme a la evolución operada desde fines del siglo pasado, la inscripción en el Registro de la Pro-

6 Miranda, Marcelo W., *La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de derechos reales en EE. UU.* Gaceta del Notariado n° 61, año 1973, pág. 153, Santa Fe, Argentina.

piedad ha venido a constituir un modo de eficacia jurídica en la oponibilidad de los derechos contra terceros⁷.

En el desarrollo del derecho privado ibero-americano, los actos de constitución y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, han adquirido singulares características de tipicidad auténtica, porque su eficacia reposa sobre dos bases funcionales de fundamental importancia: El carácter de instrumento público que reviste la *escritura pública* y la función integradora que cumple el *notario*.

En efecto: la fe pública de que está investido el instrumento emanado de notario ha hecho de la escritura pública —su especie por excelencia— un elemento esencial para la determinación apriorística de la existencia de determinados actos jurídicos, en especial los de constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles; pues opera, respecto de ellos como una vía exclusiva de manifestación de la voluntad de las partes, como una formalidad auténtica exigida por las leyes y como medio idóneo —y a veces exclusivo— de prueba.

Todo un complejo mecanismo subyace en la base de una escritura pública: la presencia personal de las partes o sus representantes ante el notario; tradición de cosas; transmisión de derecho; declaraciones aseverativas, condicionantes, permisivas, limitativas y hasta negativas; verificaciones, declaraciones y certificaciones del mismo notario y, por último, la redacción del contenido del instrumento, en cuya sistemática todo lo acontecido se transforma “*ex publico officio*” en un texto al que las leyes confieren validez sacramental⁸. Tal como dijera NEGRI “aun cuando la función autenticadora constituya la razón de ser primordial del escribano, ya no es posible limitar a ella su misión jurídica y social”, expresando además, que es el notario quien debe interpretar la intención de las partes, “quien debe captar la voluntad en su sentido jurídico y quien debe traducirla a términos legales para asegurar la perfecta eficacia del documento pretendido”⁹.

7 Castán Toboñas, José, *Ob. cit.*, pág. 173 a 175; Espín, Diego E., *La transmisión de los derechos reales en el código civil español*. Revista de Derecho Privado n° 339, 1945, pág. 349.

8 Yorio, Elvira Martha, *El instrumento notarial y su garantía de eficacia*, Revista Notarial n° 805, pág. 1795.

9 Negri, José A., *La fe pública y el notariado*. Revista del Notariado n° 731, página 1766.

II

A partir del enfoque comparativo que hemos formulado distinguiremos dos conceptos básicos:

El primero de ellos nos señala la similitud existente entre el sistema germano —de modo especial, el alemán— y el sistema latino puro, en cuanto a la instrumentación de los derechos reales y a la función notarial.

En efecto: Si bien en el régimen austriaco-suizo el notario es un funcionario judicial el sistema germano trae como punto de referencia la idea directriz de una instrumentación de raíz protocolar en orden a la constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles y de una función notarial pública configurativa de la voluntad de las partes. Las diferencias existentes entre este sistema y el latino que hemos dado en denominar puro, son de implementación, ya que provienen de los distintos criterios con que son organizadas las instituciones registrales y no de una diversidad sustancial en la instrumentación o en la función notarial¹⁰.

El segundo concepto es el de la fundamental diferencia que existe entre el sistema anglo-americano por una parte y el latino por otra, con relación a los mismos aspectos arriba señalados, o sea, la instrumentación de los derechos reales y la función notarial.

Veamos separadamente cada uno de ellos:

a) *Instrumentación de los derechos reales*

Según se ha visto, toda la mecánica de la instrumentación de los Derechos Reales, tanto en Inglaterra, como en aquellos Estados de la Unión que no adoptan el sistema Torrens, se centra en torno a la tradición instrumental o sea la entrega del instrumento “deed”, del transmitente al adquirente o del deudor al acreedor. Pero esta entrega, es justamente el traspaso de una mano a otra, del único

10 Liermann, Edmund, *Función y cometido del notariado alemán en la transmisión de bienes inmuebles*. Revista del Notariado n° 707, págs. 1129 a 1238.

documento original redactado y firmado por las partes y “legalizado” por el notario; de modo tal que las únicas constancias extra-instrumentales que existen son las del libro de notas del propio notario y las del registro público de asiento de la propiedad.

En esta simpleza del procedimiento radica, en primer lugar, el peligro de una pérdida, extravío o sustracción del único instrumento acreditativo de la titularidad de un derecho real existente (si bien su ausencia podrá, subsidiariamente, ser suplida por una certificación conjunta o separada del notario y del Registro Público de asiento); y en segundo lugar el siempre virtual peligro de una discusión litigiosa en torno al título o condiciones de adquisición del derecho real por el titular del mismo.

Es sobre estas situaciones conflictivas, donde con mayor intensidad se ha centrado últimamente el análisis jurídico en Gran Bretaña y Estados Unidos. Cuando acontece una pérdida es necesario recomponer los asientos fraccionarios de los libros que llevan los “notary public” y los muy sintéticos de los registros públicos a través de estudios de títulos sumamente trabajosos y en ocasiones poco precisos, que son realizados por un referencista que generalmente recorre, desde la adjudicación originaria de dominio hecha por la Corona británica o el gobierno de los Estados Unidos; en su caso hasta la última certificación (abstracter certificate) verificada. Pero este es el peligro menor, ya que de uno u otro modo la titularidad y las condiciones pueden —aunque imperfectamente— ser supletoriamente acreditadas en caso de extravío. El mayor riesgo, consiste en que la ausencia de un funcionario público, profesional del derecho e integrador del acto constitutivo o transmisivo de derechos reales, genera —las más de las veces— verdaderas situaciones conflictivas que terminan frecuentemente con declaraciones judiciales de nulidad. Estas se originan, ya sea porque los instrumentos redactados por el notario no expresan en su cabal dimensión la voluntad de las partes, ya porque se incurre en omisiones fundamentales que constituyen verdaderos vicios.

Además, la falta de autenticidad de los documentos en que se instrumentan estos negocios jurídicos, contribuye notablemente a aumentar la inseguridad jurídica de los otorgantes. En síntesis, de modo especial en los Estados Unidos, la adquisición de un derecho real en

un negocio inmobiliario cualquiera, es un procedimiento erizado de peligros y en ocasiones, exageradamente oneroso, por la multiplicidad de controversias judiciales que se producen con frecuencia en torno al mismo.

Si se compara esta situación con la de los países que organizan el sistema de instrumentación de los Derechos Reales sobre la base de la matricidad, autenticidad y publicización de los actos respectivos, surge con entera evidencia un saldo a favor de estos últimos.

En efecto, ya hemos visto que el sistema latino de instrumentación asienta su eficacia, principalmente en la fe pública de que están investidas las escrituras públicas y sus testimonios y en la seguridad jurídica que trasciende del menor margen de posibilidades de alteraciones, supresiones, extravíos o pérdida de los mismos.

El protocolo no pertenece al notario en el sistema latino, ni admite especificaciones circunstanciales o personales. Su estructura, su redacción, su orden, sus constancias, su modo de llevarlo y su documentación incorporada, responden ante todo, a las exigencias mínimas de un sistema legal que determina, en ocasiones muy reglamentariamente, la sistemática del contenido protocolar y de sus enunciaciones y datos fundamentales. Cada negocio jurídico, cada actuación, tiene en este sistema un régimen legal bien definido y determinado. Además, existen sistemas de superintendencia disciplinaria y organismos de archivo en dependencias administrativas o judiciales que resguardan a esta instrumentación original de los peligros de su eventual destrucción o pérdida.

Se objetará tal vez, que tanto en este sistema, como en el angloamericano, subsiste la posibilidad de que la voluntad real de las partes sea alterada con enunciaciones inexactas u omisiones fundamentales. Pero el margen de ineficacia es mínimo, ya que, emanan de un perito en derecho, el notario, quien es responsable y ante quien las partes pueden recurrir.

Es un hecho constatado a través de la experiencia jurídica, que en su gran mayoría, las situaciones litigiosas en el sistema latino de instrumentación, muy pocas veces tienen por objeto al instrumen-

to mismo o a la fidelidad de sus enunciaciones. Por regla general, los litigios se suscitan en torno a la validez del título-causa, de sus efectos o en relación a la prescripción.

b) *Función notarial*

El carácter típico del notario anglo-americano radica en que su actuación, confiada por el estado a las costumbres jurídicas, se desarrolla dentro de un marco de muy amplia libertad. Si bien los notarios ingleses están agremiados a una corporación profesional y sujetos a un relativo control de un Tribunal de Facultades la orientación y supervisión del ejercicio de la profesión notarial no depende de ningún organismo estatal. Tampoco los notarios estadounidenses tienen una dependencia expresa de potestad notarial alguna ¹¹.

Puede indicarse como elemento característico, que los notarios anglo-americanos carecen de competencia exclusiva y excluyente en la redacción de instrumentos constitutivos o transmisores de derechos reales. En efecto, por la propia ausencia de autenticidad de éstos, la intervención del notario inglés y estadounidense en su redacción, es considerada una actuación auxiliar a la de los asesores con que cuenta cada parte y que cada una de ellas debe sufragar. Empero, no por auxiliar, la intervención del notario deja de ser, en alguna medida, necesaria, toda vez que, aparte de redactar materialmente el documento, autentica las firmas de los otorgantes. Y en ocasiones tramitan la inscripción del acto en el registro público respectivo ¹².

En esta misma libertad de formas y procedimiento de actuación, radica —precisamente— un elemento de inseguridad que ofrece flanco a la crítica respecto de la intervención notarial en los países anglo-americanos. Nunca, excepto cuando media dolo o cuando debe declarar como testigo calificado en un litigio originado por el acto en que intervino, existe una verdadera responsabilidad profesional del notario, derivada de ese acto.

11 Bellver Cano, Antonio, *Ob. cit.*, págs. 116 a 124.

12 La registración se efectúa mediante la presentación del *deed* (o del *mortgage* en caso del derecho real de hipoteca) al registrador, quien lo extrae para su registro, lo incluye en los índices y lo devuelve con nota al titular.

Distinta es, en cambio, la situación del notario en el sistema latino. Tradicionalmente se asigna en él, al notario, una función fedataria y configurativa de la voluntad jurídica de quien otorga un acto. Pero esta caracterización no agota la esencia de dicha función. En efecto, el núcleo esencial de su intervención deriva fundamentalmente de la exigencia de instrumentación notarial establecida por las leyes, para una serie de actos a los cuales los distintos códigos confieren una específica importancia jurídica. Así por ejemplo, la intervención del notario latino es requerida como requisito indispensable en: a) Otorgamiento de actos relativos al derecho de las personas en sus relaciones familiares (convenciones matrimoniales, distribución de bienes conyugales post-divorcio, reserva de beneficio de inventario, restablecimiento de la comunidad patrimonial en el matrimonio, declaraciones de consejo de familia, etc.). b) Otorgamiento de actos referentes al crédito inmobiliario y a la adquisición, transmisión y modificación de derechos reales sobre inmuebles (compraventa, hipoteca, usufructo, cesión, etc.). c) Otorgamiento de actos de trascendencia económica o que revistan una cierta complejidad (testamentos, donaciones, protestos, inventarios, etc.)¹³.

Esta característica define, en líneas generales, la verdadera importancia que asume la función notarial. Pues, aparte de la intervención convalidante que las leyes le asignan en el aspecto formal e instrumental de los actos jurídicos, ella se integra, más allá de su connotación fedataria y configurativa, como coordinadora y centralizadora de un proceso de estructuración intrínseca de determinados actos jurídicos¹⁴. En efecto: aún quienes niegan al notario latino el carácter de funcionario público, deben aceptar que la función notarial, es una función pública a cargo de un profesional responsable según las leyes. En el propio ejercicio de esa función, encuéntrase implícita la obligación del notario de llevar a cabo una serie de actos preparatorios del acto jurídico, tales como solicitud de informes, determinaciones, verificaciones previas, y otros posteriores a él, v. g. retenciones impositivas, depósitos ulteriores y trámites de inscripción, que es menester cumplir para concretar íntegramente el acto jurídico y sus efectos.

13 Cossette, André, *La función notarial y el instrumento público*. Revista Notarial n° 805, págs. 1747 y sig.

14 Smith, Juan Carlos, Conferencia pronunciada en la XV Jornada Notarial Argentina: "En torno a la función notarial".

Es decir, ratificamos, no es la sola configuración de la voluntad de los otorgantes; no la sola autenticidad de los actos que se otorgan, ni la fe pública que esa autenticidad presupone, lo único que define a la función notarial latina. Es, además, como bien señala SMITH ¹⁵, el carácter centralizador e integrativo de todo un proceso, en cuanto implica para el notario la obligación de realizar toda una serie de procedimientos que integran la dinámica de un acto jurídico.

Aparte de esta característica que identifica al notario en muchos países enrolados en el tipo latino, debemos señalar otras, no menos importantes, implicadas en el ejercicio que, como profesional del derecho le compete, y de las cuales resulta una menor onerosidad derivada de su intervención.

Estas funciones son las de asesor imparcial de las partes y redactor del instrumento público pertinente, a las que ya hemos hecho referencia.

Asesoramiento

Negri, en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948, propició que la función de asesoramiento jurídico integrara la concepción del notariado latino, como una de las pautas distintivas del mismo.

En congresos subsiguientes se volvió sobre el tema. Efectivamente, en las declaraciones de los celebrados en París (1954), Río de Janeiro (1956) y México (1965), se puso énfasis en destacar la labor de asesoramiento y consejo que compete al notario.

Diversas leyes de organización del notariado receptan este principio. Entre ellas cabe citar el Reglamento Notarial español y la ley 6191, orgánica del notariado de la provincia de Buenos Aires, Argentina. Esta última en su título preliminar dice: "...Los escribanos públicos o notarios, son profesionales del derecho, funcio-

15 Smith, Juan Carlos, *La escritura pública y la constitución de sociedades anónimas*. Ed. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 1968, página 15.

narios públicos depositarios de la fe pública notarial. Como profesionales del derecho *asesorarán* a las partes intervinientes en cualquier clase de negocio jurídico, darán su consejo y ejercerán su ministerio de conciliación alitigiosa...”.

Cabe destacar, como nota distintiva en este papel del escribano, la imparcialidad de sus juicios, ya que le está vedado proteger a una de las partes en desmedro de los derechos de la otra. Como señala González “no tiene *clientes*, sino *comparecientes* en pie de igualdad”. Caso distinto al de la función que cumple el abogado, quien interviene siempre que hay intereses contrapuestos. Este “no tiene en su augusto ministerio más que una parte a su cargo (si tiene las dos, prevarica)”¹⁶.

El notario actúa para que los derechos nazcan bien. Su acción tiende a evitar la contienda. A su correcta intervención en la constitución de los derechos reales, mediante la instrumentación que de ellos realiza, se debe la mínima proporción de contiendas judiciales que se producen. Proporción progresivamente mayor a medida que la intervención notarial se reduce.

La importancia de la intervención del notario en la etapa previa o pre configurativa es innegable. Frecuentemente, aun mediando buena fe, las partes que desean constituir o transmitir un determinado derecho real, son legas en materia jurídica. Cuántas veces proyectan una cosa y terminan por realizar otra totalmente distinta. Eso ocurre a menudo en aquellos sistemas que no exigen para la formación o constitución misma del derecho, la instrumentación con intervención notarial. El instrumento privado puede formalizarse —y de hecho así ocurre en la gran mayoría de los casos— careciendo de los elementos necesarios que aseguren su estabilidad jurídica. De allí el gran porcentaje de instrumentos privados que son materia de litigios.

Posterior a la tarea del asesoramiento y adecuación de la voluntad de las partes a los moldes legales, es la función de redacción del instrumento. Se trata de la etapa que Castán Tobeñas deno-

16 González, Carlos Emérito, *Derecho notarial*. La Ley, Buenos Aires, 1971, página 161.

mina “actividad modeladora” y que divide a su vez en tres fases, que son: a) función calificadora; b) función de admisión del acto a la legitimación; c) función de redacción o formulación ¹⁷.

Su importancia va mucho más allá de la mera elegancia gramatical, puesto que de la precisión de los términos empleados, de la inclusión o exclusión de ciertas cláusulas, de la observación de determinadas formalidades dependerá, en gran medida, la eficacia instrumental del derecho cuya constitución se pretende. Nuevamente aquí la intervención del notario —experto en el manejo de los preceptos legales— evitará que una errónea concepción de quienes no conocen la mecánica legal, invalide o torne cuestionable el derecho que se desea constituir.

Al receptar la voluntad de las partes, interpretarla y encuadrarla dentro del esquema que —de acuerdo a la ley— corresponde, hace disminuir sensiblemente la posibilidad de litigio. Pero, aunque ésta no desapareciera totalmente, siempre queda a los otorgantes recurrir contra el notario o sea al autor conocido del instrumento, quien asume frente a ellos la responsabilidad que le compete como funcionario interviniente.

Trámites previos a la instrumentación, a cargo o bajo la supervisión del notario, tienden a rodear a ésta de mayores garantías. Si bien muchas de las diligencias administrativas, de las que a menudo se ve precedida, son engorrosas y escapan a la función típicamente notarial, es importante que —de alguna manera— caigan bajo el contralor notarial.

De ello, tal vez salga perdiendo el notario, que ve su tarea incrementada, pero en cambio, tanto las partes, como la Administración Pública se ven ampliamente beneficiadas. Unos por la responsabilidad y eficacia que emanan de quien las realiza, la otra por el alivio que a la pesada máquina burocrática proporciona la actuación notarial. En este caso, el notario presta al Estado una colaboración inestimable, cuyo reemplazo implicaría el montaje de una pesada infraestructura administrativa.

¹⁷ Castán Tobeñas, José, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*. Reus, Madrid, 1948.

III

CONCLUSIONES

Los conceptos desarrollados precedentemente, nos conducen a la enunciación de las siguientes conclusiones:

I) La instrumentación de los Derechos Reales instituida por los países con organización notarial de tipo latino ofrecen mayores garantías de seguridad jurídica con relación a la del sistema anglo-americano:

a) Por el carácter de autenticidad como forma “ad-solemnitatem” que reviste la matricidad, carácter del que carecen los instrumentos del sistema anglo-americano.

b) Por la fe pública que reviste tal instrumentación, además de conferir existencia jurídica al acto instrumentado, lo dota de inmutabilidad. Pues, excepción hecha de aquellos supuestos en que por el incumplimiento de sus condiciones extrínsecas o intrínsecas de validez, procediere la anulabilidad o la declaración judicial de nulidad del acto, las situaciones objetivas comprobadas o las relaciones jurídicas constituidas mediante el instrumento notarial, son firmes e irrevocables.

c) Por la mayor garantía de inalterabilidad y de escasa posibilidad de pérdidas o sustracciones que ofrece este sistema, en virtud del resguardo de los protocolos a cargo de organismos administrativos o judiciales.

d) Porque toda instrumentación en este sistema permite la individualización de un autor responsable: el notario.

II) En correlación con lo expresado anteriormente, inferimos que la característica que asignamos a la instrumentación en el sistema latino, funda su eficacia —en última instancia— en la intervención notarial que constituye una verdadera garantía de veracidad objetiva.

III) La esencia de la función notarial está determinada por las siguientes constantes:

a) El notario latino es un profesional del derecho con profesión legalmente y reglamentada, que ejerce una función pública, fedante y configurativa de la voluntad jurídica de los otorgantes.

b) Aparte de la intervención autenticante que las leyes asignan al notario en el aspecto forma-instrumental de los actos jurídicos, su función se integra, más allá de su connotación fedataria y configurativa, como coordinadora y centralizadora de un proceso de estructuración intrínseca de los actos en que interviene, coordinación que determina economía de costos y celeridad de procedimiento.

BIBLIOGRAFIA

- Bellver Cano, Antonio, *Principios de régimen notarial comparado*, ed. Gráf. Modelo.
- Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español común y foral*, ed. Reus, Madrid, 1950, 7ª ed.
- *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, ed. Reus, Madrid, 1948.
- Castro, Mirna Cristina, *Consideraciones sobre el notariado inglés*, en Revista Notarial No. 775, pág. 1897 y sig., Buenos Aires, Argentina.
- Cossette, André, *La función notarial y el instrumento público*, en Revista Notarial No. 805, pág. 1747 y sig. Buenos Aires, Argentina.
- Espín, Diego E., *La transmisión de los derechos reales en el código civil español*, Revista de Derecho Privado No. 339, año 1945, Madrid.
- González, Carlos Emérito, *Derecho notarial*, ed. La Ley, Buenos Aires, 1971.
- Liermann, Edmund, *Función y contenido del notariado alemán en la transmisión de bienes inmuebles*, en Revista del Notariado No. 707, Capital Federal, año XIX, Argentina.
- Miranda, Marcelo W., *La realidad acerca del sistema de transmisión y constitución de los derechos reales en Estados Unidos*, en Gaceta del Notariado No. 61, año 1973, Santa Fe, Argentina.
- Monasterio Galli, Antonio, *Biología de los derechos en la normalidad y de su representación*, ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1966.
- Negri, José Adrián, *La fe pública y el notariado*, en Revista del Notariado No. 731, Capital Federal, Argentina.
- Núñez Lagos, Rafael, *La firmeza de las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública*, Curso de Conferencias 1948, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, ed. Vives-Mora.
- Nussbaum, Arthur, *Tratado de derecho hipotecario alemán*, Madrid, 1929.
- Otero y Valentín, J., *Sistema de la función notarial*, ed. Igualda, Barcelona, 1933.
- Smith, Juan Carlos, *La escritura pública y la constitución de sociedades anónimas*, ed. Colegio de Escribanos de la Pcia. de Buenos Aires, 1968.
- Yorio, Elvira Martha, *El instrumento notarial y su garantía de eficacia*, en Revista Notarial No. 805, año 1972, La Plata, Argentina.