

El art 2667 CCCN analizado desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Notarial y la Cooperación Jurídica Internacional: fraude, orden público y reconocimiento. Proyecto de reforma

Herrera, María Marta Luisa

Escribana titular Registro N° 272 de CABA. Magister de Derecho Internacional Privado (UBA) Presidente del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Escribanos de CABA.

Enfoque cuantitativo: casos con elementos extranjeros atravesados por el problema de fraude en el derecho argentino

A partir de la regulación del fraude en la fuente interna y convencional de derecho internacional privado argentino, no cabe más que concluir que estamos frente a un instituto autónomo de la disciplina, que no puede confundirse con otros con los que comparte características o elementos, como el abuso de derecho, el orden público o la limitación a la autonomía de la voluntad de los particulares.

La sanción de ineficacia o aplicación inmediata de la ley imperativa que

se pretendió eludir con los actos aislados lícitos ejecutados, constituye el mejor remedio.

Debe tenerse en cuenta que las normas referidas no están dirigidas solo a los jueces, sino a todos los operadores jurídicos de derecho internacional privado, de manera que también deben tenerse en cuenta las disposiciones de marras en el momento de asesorar en los casos con elementos extranjeros.

Analizando al fraude a la ley como problema de derecho internacional privado, desde la perspectiva cualitativa, puede advertirse que no es un problema recurrente en la jurisprudencia nacional, con la salvedad de que, siempre que se advierte, es analizado con las características antes señaladas y receptadas por la legislación nacional.

En efecto, en el sitio web especializado Fallos.Dipr⁽¹⁾, solo se enlistan cinco casos desde 1969 a 2015, y la mayoría se refieren a cuestiones de familia (matrimonio, sucesiones) y contrato de fideicomiso.

Los casos han sido fallados por la Corte Suprema o las Cámaras Nacionales de los fueros civil y comercial de la CABA.

Los mismos son, por fecha decreciente:

1. Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, del 22 de septiembre de 2015, autos "Inspección General de Justicia c. Hartfield Investments Limited s/ organismos externos". Se trata de una sociedad constituida en el extranjero (Nueva Zelanda), propietaria fiduciaria de acciones en sociedades argentinas y uruguayas, en virtud de un fideicomiso testamentario. La Cámara rechaza la denegación de la Inspección General de Justicia de inscribir el fideicomiso alegando que no puede suponerse que su instrumentación esconda fraude del fiduciante o los fideicomisarios.
2. Cámara Nacional del Trabajo, Sala VII, del 06 de mayo de 2004, autos "Salduende, Héctor c. SHEL CAPSA s. despido". Se trata de

un contrato de ajuste respecto del cual se determinó la existencia de fraude a la ley por la adopción de una bandera de conveniencia del buque (buque de bandera liberiana).

3. Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, fallo del 15 de diciembre de 1995; autos “P., D., s. sucesión”.- Se trata de la calificación de un segundo matrimonio del causante celebrado en México mediando impedimento de ligamen por la subsistencia de un primer matrimonio celebrado en Argentina, sin que mediara divorcio vincular del mismo con anterioridad. Sin embargo, el primer matrimonio fue disuelto en Argentina posteriormente. Se privan los efectos legales del segundo matrimonio a los efectos de la legitimación sucesoria.
4. Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, fallo del 03 de marzo de 1981, autos “Mandl, Federico A. M. s. sucesión.”. Se trata de la determinación de la ley aplicable a una sucesión con elementos extranjeros en la que el causante, afectado por una grave enfermedad, cambió su domicilio de la República Argentina al extranjero y su nacionalidad, a los efectos de modificar la ley sucesoria aplicable a los bienes inmuebles relictos en el país. Fallecido en el extranjero, esa conducta implicó una manipulación en la elección del domicilio, por lo que se determina que mediando fraude a la ley, correspondía la competencia a los jueces argentinos. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema.
5. Corte Suprema de Justicia, Autos “Manuela Rosas de Egea”, de fecha 12 de mayo de 1969.- Se trata de la calificación de un segundo matrimonio celebrado en México en fraude a la ley argentina, estando vigente el ligamen de uno de los esposos por un matrimonio anterior celebrado en Argentina y disuelto en los términos de la Ley 2393. Se determina fraude a la ley .

Análisis del problema del fraude y la actividad notarial y registral, en el marco de la cooperación jurídica internacional: transferencia de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país, sucesiones internacionales y trusts o fideicomisos.

A los efectos de analizar el tema de fraude a la ley propuesto para esta Jornada de Derecho Civil, y habiendo efectuado precedentemente un somero análisis cuantitativo y cualitativo del problema en el ámbito del derecho argentino, nos proponemos analizar en este trabajo el funcionamiento del fraude a la ley en el régimen de constitución, modificación y extinción de derechos reales en argentina, y en el derecho sucesorio, fundamentalmente en el caso de constitución de trust o fideicomisos con cláusulas que tienen efecto post mortem del fiduciante y generalmente inciden en el régimen de derecho sucesorio, por ser los que más se vinculan además con el derecho internacional privado notarial.

Régimen de los derechos reales desde la perspectiva del derecho internacional privado argentino, de fuente interna y convencional:

En la fuente interna, el tema del título se encuentra regido por los siguientes artículos del CCCN:

Art. 2609.- Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:

- a. en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;
- b. en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;
- c. en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.

Art. 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.

Art. 2651 INCISO f) Los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno.

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

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

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.

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

En la regulación anterior durante la vigencia del Código Velezano, el artículo 10 del Código Civil, establecía que “Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad para

adquirirlos, a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar los actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, solo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República”.

Este artículo, con una redacción completamente distinta al 2663 y 2667 CCCN actual, consagraba también el principio de *lex rei sitae* vigente desde los estatutarios y constituía una norma de conflicto unilateral para cierta parte de la doctrina iusprivatista (su tipo legal sólo contempla los inmuebles ubicados en el territorio argentino y no a los inmuebles en general, como el artículo 11 de ese mismo Código, que se refería los muebles en general). Para otra parte de la doctrina, se trataba de una norma de policía.

Además, se refería a los derechos reales sobre inmuebles considerados *uti singuli*, con las restricciones y limitaciones al derecho de propiedad del Título VI del Libro III del entonces vigente Código Civil. Y sería esa misma ley argentina la ley que calificaría a la cosa como inmueble (o su exclusión) y su alienabilidad o inalienabilidad relativa o absoluta, por ser la ley del lugar de situación o *lex rei sitae* (art. 2315, 2316 y 2317 del Código Civil de Vélez).

Los derechos de las partes se sujetaban a la misma *lex rei sitae*, y comprendían su admisión, su concepto, limitaciones y restricciones a su ejercicio, excluyendo la autonomía de la voluntad.

En lo referente a la cuestión sensible de la capacidad para adquirir derechos a que se refería la norma, y que no se repite en la actual regulación del CCCN, la doctrina entendía que la referencia correspondía a la “capacidad” para adquirir derechos reales sobre inmuebles, por analogía extendida a la capacidad para disponer de ellos. Esa interpretación no era unánime y había generado discrepancias entre los autores al momento de definir su conceptualización. La posición doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, que se basaba en una interpretación histórica y literal del

precepto, consideraba que la capacidad de las personas para adquirir o transferir derechos reales sobre inmuebles ubicados en el territorio se regía exclusivamente por la ley local: este artículo contendría una excepción a las reglas generales sobre capacidad de los artículos 6, 7 y 948 del Código Civil de Velez y la ley del domicilio es sustituida por la *lex situs* (siguiendo a Story que es fuente del precepto). Las otras interpretaciones que se apartaban de este método histórico y literal y se basaban en principios de justicia y armonía de soluciones, entendían que la capacidad para adquirir o enajenar bienes raíces situados en el territorio argentino se regían por la ley de domicilio, quedando en pie el límite del orden público internacional y lo establecido por el artículo 949 del Código Civil de Velez. Esta última interpretación fue la que prevaleció en la redacción de las normas del nuevo CCCN.

En lo que respecta a la interpretación del párrafo referido a los modos de transferencia de los inmuebles y las solemnidades que deben acompañar esos actos, la doctrina entendía que la norma estaba aludiendo a las exigencias de la escritura pública, la tradición y la inscripción registral (arts. 1184, 577, 2601 al 2603 y 2505 del Código Civil de Vélez). En esta esfera, correspondía incluir al artículo 1211 y al 3129 del mismo Código Civil, como una excepción al régimen general de formas de los actos jurídicos de los artículos 12 y 950 del Código Civil velezano.

Asimismo, la doctrina iusprivatista tradicional entendía que precepto se refería a la tradición como modo de transmisión de inmuebles a título singular y no se aplicaba a las sucesiones, es decir, las transferencias a herederos y legatarios en los derechos del causante (sistema de la unidad sucesoria). En efecto, cuando el artículo 10 hablaba de título y modo de transferencia no se estaba refiriendo al título o antecedente que es el *jus ad rem* que conducía al derecho real, pero que no lo integra. No comprendía en sus disposiciones a los contratos que han servido de medio para llegar al *jus ad rem*.

No obstante ello, otra doctrina minoritaria y la jurisprudencia mayoritaria, partidarios del sistema de fraccionamiento en materia de sucesiones mortis causae, se fundaban en el artículo 10 y su nota para dejar de lado el texto literal del artículo 3283 del Código Civil y sostener que en caso de transmisión a título de sucesión, no sólo debía abrirse una sucesión en el país si existen bienes raíces relictos en su territorio, sino que además se debía aplicar el derecho sucesorio nacional respecto de los mismos. Consecuencia de esta postura de “fraccionamiento” es que no existiera “exequatur” de declaratorias de herederos dictadas en el extranjero respecto de causantes fallecidos en el exterior, cuando hubieren bienes raíces relictos en el país, ni se reconocieran en los mismos términos, acuerdos de partición de bienes celebrados en el extranjero respecto de bienes relictos en el país, cuando la sucesión del causante tramitó en el exterior. Esta última postura fue la que triunfó como criterio para la redacción del nuevo CCYC.

Respecto de las formas y solemnidades de los contratos, el artículo 10 del Código Civil de Vélez derogaba la regla general de la *lex loci celebrationis regit actum* y, sin justificación, sujetaba las formas de los contratos por los que se transmitían derechos reales a la *lex rei situs*. En la misma línea de excepción, se encontraba el artículo 1211 del Código Civil, y en materia hipotecaria, el artículo 3129 del mismo cuerpo legal, hoy regulado por la segunda parte del artículo 2667 del CCCN, al que nos referiremos.

En relación con la parte final de la norma, la referencia al “El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República Argentina...”, la doctrina entendía que Vélez confundió al redactarlo dos vocablos: título como causa, motivo razón o fundamento y en ese sentido no es apta la mención legal, sino que debió decir “El derecho, por tanto”, evitando las polémicas a que ha dado lugar la nota del artículo 3283 del Código Civil.

En la misma tesitura, en la fuente convencional, los artículos 26 y 32

del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1889 y del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940, respectivamente, disponen: “Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles”.

Por lo tanto, la fuente interna y la convencional argentina anterior y posterior a la reforma de 2015 han consagrado el principio histórico e indiscutidamente aceptado de “*lex rei sitae*”⁽²⁾, en virtud del cual, los inmuebles se rigen por la ley del lugar de situación.⁽³⁾

Constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles ubicados en la república argentina por documento otorgado en el extranjero:

En concordancia con el artículo 10 del Código Civil de Vélez y confirmando la excepción al principio de la *lex loci regit actum* de los artículos 12 y 950 del mismo cuerpo legal, el artículo 1211 del Código Civil veleniano, disponía: “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 de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ello se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de estos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.”

La interpretación correcta de la norma llevaba a aplicar sus disposiciones y exigencias en los casos de adquisición, modificación, transmisión o extinción no sólo del dominio o la hipoteca sino también en el caso de que se trate de la adquisición, modificación, transmisión o extinción de los restantes derechos reales de que son susceptibles los inmuebles ubicados en nuestro país.

En consecuencia y según la interpretación de ese artículo 1211, un contrato celebrado en el extranjero para constituir, modificar o transferir derechos reales sobre inmuebles ubicados en la Argentina, se regía por la ley argentina en virtud de que se trata de un contrato que deberá ser cumplido en este territorio (aplicaba además el art. 1209 Código Civil). La ley argentina era considerada respecto de este contrato la *lex causae* o la ley que rige el fondo del caso, y la misma exigía que el contrato se extendiera en instrumento público y se presentara legalizado.

Conforme quedó expresado precedentemente, esta exigencia del instrumento público era dispuesta por la *lex causae* que regía la sustancia del negocio jurídico. Sin embargo, la reglamentación de la forma, es decir, la manera en que un instrumento debe otorgarse para ser considerado instrumento público, se rige por la ley del lugar de celebración: la calificación del instrumento y su reglamentación, corresponden a las leyes del país donde se ha realizado (en consonancia con la nota del mismo artículo). Quedaba entonces descartada la posibilidad de presentar como instrumento transmisorio a un documento privado, sino que necesariamente debía ser documento público, que garantice la intervención de un depositario de la fe pública en el país donde se llevó a cabo el negocio jurídico.

Vélez entendió con esta regla conciliar dentro del contexto general de la regla *lex loci regit actum*, el principio básico del antiguo artículo 10 del Código, y las formas de instrumentos auténticos consagrados en otros países.

De esta manera, la escritura pública exigida por el entonces vigente artículo 1184 inciso 1º del Código, quedaba suplida por los instrumentos públicos que puedan reconocer otras legislaciones.

La excepción era aún más nítida con relación con aquellos países en los cuales no se requiere instrumento público para el otorgamiento de ciertos actos que revisten formas solemnes para la tradición romano-germánica, por ejemplo, el derecho inglés que desconoce el instituto de escritura pública y no emplea el instituto de “instrumento público” para los

negocios privados.

Los deeds, por ejemplo, que intentan ser asimilados a las escrituras públicas, en realidad son un tipo especial de documento que se distingue del mero documento ordinario por gozar de una presunción general de autenticidad, pero el mismo no es autorizado con función fedataria de contenido por ningún oficial público, es un simple instrumento privado al que se le adhiere un pequeño sello para exteriorizar la voluntad de las partes de que públicamente sea reconocido como válido, auténtico y eficaz. Lo mismo ocurre con la mayoría de las convenciones privadas en Estados Unidos, en las que la instrumentación tiene solamente forma privada. En estos casos, las firmas de los otorgantes son autenticadas por los notaries, cuya certificación es ulteriormente sometida al sistema de legalizaciones. En estos casos, no queda otro recurso que el de conferir a la autenticación notarial o administrativa de las firmas de los otorgantes que suscriben el documento, el carácter analógico de instrumento público suficiente en virtud de la aplicación del principio de equivalencia de las formas, si los documentos se presentan legalizados, por lo que se deberá reconocer su eficacia extraterritorial en el país.

Todo lo dicho hasta aquí resulta de aplicación en el sistema actual instaurado por el segundo párrafo del artículo 2667 del CCCN. Sin embargo, el procedimiento descrito en la segunda parte del Art. 1211 del Código Velezano fue suprimido por el legislador de la unificación, lo que acarrea no pocos problemas desde el punto de vista de la actividad notarial, conforme veremos a continuación.

En efecto, el instrumento público debidamente legalizado y traducido, en su caso, en el régimen del artículo 1211 del Código Velezano, debía ser presentado ante el juez competente con jurisdicción en el lugar donde se encontraba el inmueble y este debía ordenar su protocolización notarial, siendo esta condición esencial y previa para poder cumplir con el modo para la adquisición del dominio o tradición. No obstante ello, la

doctrina entendía que dada la necesaria intervención judicial, podían ser admitidos instrumentos privados con firmas autenticadas notarialmente (si proceden de países del common law), ya que la protocolización de los mismos por orden judicial, a criterio de nuestros tribunales, los asimilaba a los documentos públicos de conformidad con el art. 984 del Código Civil velezano.⁽⁴⁾ La intervención judicial era, a esos fines, necesaria e ineludible.

Ahora bien, debemos destacar que ya en esa época en la doctrina se levantaban voces que sostienen lo contrario.⁽⁵⁾ Así, Ruiz de Erenchun⁽⁶⁾ sostenía que el dictado de la ley 17.711 que reformó el medio de publicidad empleado por Vélez Sarsfield para la constitución de los derechos reales inmobiliario (traditio), al incluir la registración en el art. 2505 del Código Civil, y la consecuente instalación del sistema registral de la Ley 17.801, importó la modificación implícita del sistema instaurado por el Codificador, en los artículos 10, 1211 y 3129 del Código Civil velezano, permitiendo la ampliación de concepto protocolización por orden del juez competente, y admitiendo la “protocolización a solicitud de parte interesada” directamente en sede notarial, por considerar que lo principal es la protocolización y su legalidad.

Y en el mismo sentido, Kaller de Orchansky expresaba que, tratándose de un acto de jurisdicción voluntaria, sería conveniente que los interesados pudieran acudir directamente al notario, haciendo uso de la rogatoria directa de protocolización. Ello por cuanto la protocolización de Vélez perseguía el control de legalidad del instrumento, siendo la labor jurisdiccional en este caso, de las que se denomina jurisdicción voluntaria. Hoy en día, en virtud de la reforma de la Ley 17.801 (por la que se incorpora el sistema jurídico de registración inmobiliaria), y el control de legalidad se manifiesta concretamente en la “calificación registral” que se concreta con la forma del documento que se presenta a registrar (Plenario Feidman Mauricio ED 74-252 y art. 8 Ley 17.801), amén de que la jurisdicción

voluntaria está reservada a los notarios, haría innecesario para este autor, tener que recurrir al juez competente para protocolizar el instrumento público otorgado en el extranjero en los términos del artículo 1211 referido.

Los recaudos del artículo 1211 del Código Civil también se aplicaban, como expresamente dispone el artículo 3129 del Código Civil, a la constitución de hipotecas por instrumento otorgado en el extranjero, no obstante que esta norma, además, establecía exigencias en torno a la registración del documento protocolizado, conforme más adelante detallaremos.

El antiguo artículo 1211 del código civil en la práctica:

En un trabajo anterior, quien suscribe efectuó un análisis pormenorizado, sobre la base de la información recabada en los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, exclusivamente, del funcionamiento práctico del artículo 1211.

Allí se describió que a los efectos de la protocolización el interesado debía iniciar, con el debido patrocinio letrado, el procedimiento judicial correspondiente ante los tribunales con jurisdicción en el lugar de ubicación del inmueble⁽⁷⁾. El tratamiento procesal que se daba a dicha acción dependerá de la legislación procesal local, aunque, generalmente, adoptará el de información sumaria.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la experiencia no era uniforme. De hecho no existía código de proceso que lo identifique en la lista que suministra la Cámara Nacional de Apelaciones para efectuar el sorteo de los expedientes. Los expedientes se sorteaban como “información sumaria” – por no existir contraparte en el proceso-, o “cuestión registral”. Una vez iniciada, la acción tramitaba como proceso sumarísimo.

Era competente para entender en el proceso el juez civil en el caso de instrumentos públicos extranjeros que documenten contratos de compraventa, dación en pago, permuta, o de adjudicación por disolución de sociedades comerciales constituidas en el extranjero, o por aporte de ca-

pital a una sociedad local, o en los casos en que, como consecuencia de una fusión por absorción de dos sociedades constituidas en el extranjero, los inmuebles de la sucursal local de la absorbida pasarán a ser propiedad de la absorbente.

Pero si el instrumento público contenía una transferencia de derechos reales a título de adjudicación por disolución de la sociedad conyugal, será competente un juez de familia.

Presentada la documentación ante el Tribunal que hubiera resultado competente en virtud del sorteo, el mismo generalmente proveía el escrito de inicio por el que se solicita la protocolización del instrumento acompañado en los términos del artículo 1211 del Código Civil, teniendo a los presentados como partes, por agregada la documentación acompañada y ordenando correr previa vista al Ministerio Público Fiscal (Agente Fiscal) y al Representante del Fisco (AFIP-DGI).

El juez interviniente debía constatar: 1) que la constitución o transferencia del derecho real sobre inmueble sito en el país responda a causa lícita; y 2) que el instrumento presentado cumpla con las formalidades establecidas en el país de otorgamiento para la especie instrumentada.

El Ministerio Público Fiscal debía expedirse acerca de si la documentación acompañada cumplimentaba los recaudos de validez extrínseca establecidos por el artículo 1211 del Código Civil, para que tuvieran plena eficacia extraterritorial en nuestro país y, además, debía pronunciarse respecto de si se afecta o no el orden público internacional con la petición formulada. Por lo general el Fiscal se expedía en virtud de un control externo y formal del instrumento público, haciendo hincapié en las presunciones de legalidad y autenticidad que la legalización y/o apostilla y la traducción confieren al instrumento extranjero.⁽⁸⁾

Por su parte, el Representante del Fisco se expedía respecto del pago de la tasa de justicia (el proceso está gravado con la alícuota del 3% sobre la valuación fiscal del inmueble objeto del proceso). Eventualmente

podía advertir al juez acerca de las obligaciones fiscales que gravan la operación por impuestos nacionales, y requerir que, a los efectos de mayor abundamiento sobre las mismas, se oficie a la AFIP-DGI para que se expida al respecto.

Una vez corridas las vistas de rigor a los representantes del Ministerio Público y del Fisco, el juez ordenaba sin más la protocolización del instrumento público extranjero acompañado pudiendo a esos fines sortear escribano público de la nómina de peritos oficiales, o aceptar la propuesta que hubiera formulado al respecto el peticionante.

La escritura pública de acta o protocolización que autorizaba el escribano en cumplimiento de la orden judicial tenía generalmente un solo otorgante, el propio adquirente o un apoderado de este, sobre todo a los efectos de que exista manifestación del mismo acerca de encontrarse en posesión jurídicamente efectiva del inmueble y cumplimentar las obligaciones fiscales. Pero nada obstaba a que el escribano cumpliera con la orden judicial de protocolización y autorizara una escritura sin compareciente (como cuando protocoliza un testamento).

El escribano autorizante de la escritura de acta o protocolización a su turno, cumplimentaba todas las obligaciones fiscales a su cargo, impuestas por de la Resolución AFIP 348/98 (identificación fiscal de las partes), y efectuaba la retención de los impuestos locales que gravan el instrumento (Impuesto de sellos) y los nacionales (Impuesto a la Transferencia de Inmuebles / Impuesto a las Ganancias), así como también, en su caso, cumplimentaba los deberes de información del C.O.T.I. y de la UIF. Más adelante nos referimos a esta cuestión concretamente.

En el mismo sentido, debía dar cumplimiento a las exigencias del artículo 23 de la Ley 17801, aunque la opinión de la doctrina no era unánime sobre el punto, conforme veremos más adelante, y debía solicitar y diligenciar los certificados administrativos de conformidad con los códigos fiscales de la jurisdicción de cada inmueble.

El escribano debía, además, en el texto de la escritura, efectuar todas las atestaciones notariales y cumplimentar todos los demás recaudos, que sean exigidos por las leyes locales. Desde el punto de vista técnico de redacción, en la escritura podrá transcribirse o no, el instrumento extranjero, pero en todos los casos, deberá transcribirse la orden judicial de protocolización. De esta forma, se cumplimentaba la obligación legal con la sola agregación del instrumento legalizado al protocolo, y de los demás deberes administrativos y tributarios, amén de los reglamentarios, en la escritura de protocolización.

Una vez autorizada la escritura el escribano rogaría su inscripción ante el Registro correspondiente y, obtenida la misma, sería de buena práctica acompañar al expediente una copia de la escritura

Con relación a la tradición del inmueble, el artículo 1211 del Código Civil establecía que no podía efectuar tradición con efectos jurídicos antes de la protocolización, o sea que el acto material de a tradición podría hacerse con anterioridad a aquella, pero no tenía efectos eficacia hasta que se protocolice el contrato o documento, que le sirve de causa.

Si ambos otorgantes se encontraran en el país luego de la instrumentación de la posesión, podía hacer efectiva la tradición en los términos de los artículos 2601 a 2603 del Código. Pero si el vendedor que debía transmitir la posesión no se encontraba en el país al momento de efectuarse la protocolización o con posterioridad, a los efectos de materializar la tradición, debía designar un apoderado que, en la jurisdicción local, cumpla con la entrega material que tendrá efectos jurídicos sólo a partir de la protocolización. O, en su defecto, el juez ordenaría la entrega de la posesión al adquirente a los efectos de lo cual el instrumento público protocolizado deberá tener expreso desistimiento del transmitente de la posesión que tenía y había.

El documento público extranjero a ser protocolizado podía, como ya se dijera, contener la instrumentación de la constitución, modificación

o extinción de un derecho real sobre inmueble ubicado en la República Argentina, a título nominado o innominado. Así, dicho instrumento podía contener negocios jurídicos transmisivos celebrados entre vivos a título nominado, como contratos de compraventa, de dación en pago, de permuta, o de adjudicación por disolución de sociedades comerciales constituidas en el extranjero, o por aporte de capital a una sociedad local o en los casos en que, como consecuencia de una fusión por absorción de dos sociedades constituidas en el extranjero, los inmuebles de la sucursal local de la absorbida pasarán a ser propiedad de la absorbente, así como en los supuestos de partición o de división de condominio por disolución de la sociedad conyugal. También podía tener como fuente un negocio transmissivo innominado, siempre que no contrariara el orden público internacional argentino, lo de debía ser controlado por el poder judicial y por el escribano, y en última instancia, por el calificador registral al momento de pedirse la inscripción del título.

El régimen del artículo 1211 del Código civil y la obligación prescripta por el art. 23 de la ley 17.801

La Ley 17.801 no contiene ninguna previsión respecto del documento otorgado en el extranjero.

Por ello la doctrina siempre se ha preguntado, en relación con el certificado de reserva de prioridad, qué tratamiento tiene el documento que proviene del extranjero y contiene una “mutación” del derecho inmobiliario.

Dado que las cuestiones registrales y las leyes registrales se encuentran atravesadas indiscutiblemente por la *lex rei sitae*, esto es por la ley de cada estado en el que se encuentren los inmuebles ⁽⁹⁾ y a esa misma ley se someten las cuestiones registrales de esos bienes aun hoy en el régimen del CCYCN, existen dos posibilidades: a) Que por un convenio internacional, cuya existencia desconocemos, fuere exigible

al funcionario que autoriza el instrumento público extranjero el tener certificados a la vista; ó b) que el certificado del artículo 23 se exija que se solicite a los efectos de llevar adelante la protocolización, en cuyo caso la reserva de prioridad comienza a funcionar a partir de ese momento. En este supuesto, el acto de protocolización se podría interpretar como el “acto” que la ley expresamente establece, para dar fuerza traslativa a la tradición. La protocolización sería el momento que interesa para la publicidad previa.⁽¹⁰⁾

Otra parte de la doctrina, a su turno, entiende que no son certificados sino informes los que debe solicitar el escribano interviniente al Registro de la Propiedad, toda vez que en este supuesto no hay posibilidad de reserva de prioridad alguna y el negocio se maneja por el sistema de prioridad directa.

El régimen del artículo 3129 del antiguo Código Civil- hipoteca

El artículo 3.129 del Código Velezano disponía: “Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República.”

En consecuencia, todo lo dicho anteriormente respecto al régimen del artículo 1211 se aplicaba a este supuesto, con las salvedades que indicamos a continuación en torno al plazo de inscripción y contenido del documento.

En efecto, alguna doctrina sostenía que no cabía ninguna duda de que el plazo de seis días previsto en el artículo 3129 del Código Civil para soli-

citar la inscripción registral de la protocolización de la hipoteca conferida en el extranjero y su oponibilidad frente a terceros, había sido modificado por la ley 17.801, por el propio y obvio peso de la lógica jurídica (Ruiz de Erenchun/Saucedo). La reforma del artículo 3149 del Código Civil implicó la derogación implícita del artículo 3129 y su unificación con el plazo que tienen todos los demás documentos de mutación de derechos reales inmobiliarios, conforme el artículo 5 de la Ley 17.801.⁽¹¹⁾

En consecuencia, regían las normas previstas en el artículo 3137 del Código Civil y el citado artículo 5 de la Ley 17.801 y concordantes. El escribano tendría 45 días contados desde la fecha en que se protocolizó efectivamente el documento, para ingresar la escritura en el registro de la propiedad correspondiente. La escritura de protocolización que deberá instrumentarse en el plazo de 15 días posteriores a la expedición de los certificados correspondientes, y debía ingresarse para su inscripción dentro de los 45 días posteriores a su autorización.

En contra, otra postura sostenía que el plazo de seis días para el ingreso del instrumento de protocolización al registro estaba plenamente vigente. Kaller de Orchansky, en esta línea consideraba que no se aplicaba al supuesto del artículo 3129 del Código las disposiciones del artículo 3137 del mismo cuerpo legal, y que este tratamiento diferenciado no era una desigualdad de trato y se justificaba porque el instrumento otorgado en el extranjero no es instrumento público para nosotros y después de legalizado se transforma en documento auténtico y la providencia judicial que ordenaba la protocolización es ya un instrumento público que prueba la existencia del derecho constituido y le da fecha cierta: por eso es que se había fijado la fecha de esta providencia judicial para computar el término legal dentro del cual debe efectivizarse la inscripción y cumplida la misma, sus efectos se retrotraen a esa fecha de resolución judicial.⁽¹²⁾ En consecuencia, para esta autora, si entre la fecha en que se constituyó la hipoteca en el extranjero y la fecha en la que el juez argentino ordenó la

protocolización, se enajenara o se constituyera otro derecho real sobre el inmueble, estos actos serían válidos y oponibles, y la hipoteca no podría oponerse a los titulares de los derechos reales referidos. La hipoteca registrada fuera de ese término, surte efectos frente a terceros desde la fecha de su inscripción.

No existe en la actual redacción del CCCN norma semejante a la antes transcrita, que de un tratamiento especial a la constitución del derecho real de hipoteca por sobre los demás derechos reales, rigiéndose todos los supuestos por el Art. 2667 segunda parte del CCCN.

Sin embargo, desde el punto de vista práctico debe tenerse en cuenta que (1) si el documento de constitución de hipoteca no contuviere la aceptación del acreedor, dicha aceptación podrá constar en otro instrumento público o en una escritura de protocolización autorizada en forma local ante notario argentino, y (2) los recaudos de especialidad del inmueble y del monto, no podían suplirse en una escritura de protocolización o una aceptación posterior del acreedor, y deberán estar contenidos en el instrumento público de constitución firmado por el deudor.

El régimen del antiguo artículo 1211 del Código Civil y los actos partitivos de procesos sucesorios tramitados en el extranjero cuando hay bienes relictos en la república argentina

La doctrina entendía que no se aplica el procedimiento del 1211 del Código Civil velezano, a los negocios partitivos respecto de bienes inmuebles relictos en el país, con causa en una sucesión tramitada en el extranjero por haber fallecido el causante en el exterior.

En efecto, sin perjuicio de que la doctrina especializada especializada entendía que Vélez había adoptado el principio de unidad sucesoria a los fines su transmisión mortis causae, sujetando la jurisdicción competente y el derecho aplicable a las correspondientes al último domicilio del causante, lo cierto es que, en la práctica, la interpretación jurisprudencial

mayoritaria del texto de las notas de los artículos 3283, 3470 y demás aplicables en materia sucesoria, del Código Civil, en conjunción con lo dispuesto por el artículo 10 y su nota, del mismo cuerpo legal, adoptaba el principio contrario de pluralidad o fraccionamiento sucesorio.⁽¹³⁾ Este es el criterio que se consagró con la reforma del CCYC de 2015 y, en consecuencia, todas las consideraciones que aquí vertimos resultan vigentes.

En efecto, el régimen de pluralidad en materia de transmisión de bienes mortis causae entiende que habrá tantas leyes aplicables como bienes existan en diseminados en distintos estados con distintos ordenamientos jurídicos, en virtud de haber calificado a los bienes con sujeción al criterio *uti singuli* y por ende, el vínculo directo será a los bienes y no a las personas. A su turno, el criterio de transmisión del patrimonio basado en la unidad pretende la cohesión, unión del patrimonio disperso internacionalmente y de este modo obtener la aplicación de una única ley, localizando en un único punto al conjunto de bienes.

En la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, resulta ilustrativo para la propuesta de análisis planteado, la doctrina del Fallo Plenario dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (antes 2da. Instancia), en autos “Pillé, Julio José s/ sucesión”, de fecha 16 de julio de 1914⁽¹⁴⁾, que también fue objeto de dictamen de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en el Expediente 1207/2008, del que tomó conocimiento el Consejo Directivo de dicha institución, en el mes de junio de 2008.

Se trataba de la opinión vertida, en virtud del requerimiento efectuado por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 3, de la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires, en relación con el tratamiento que debía darse en el marco de un proceso sucesorio testamentario, a un testamento que ya ha sido protocolizado en la República de Chile (por haber fallecido en ese país el causante y haber tramitado allí su correspondiente suceso-

rio), pero que era traído a los tribunales nacionales en virtud de existir en esta jurisdicción bienes inmuebles que integran el acervo sucesorio, debiendo tramitar aquí también un proceso de ese tipo para transmitirlos a los herederos— conf. artículo 10 del Código Civil-. A los efectos de iniciar el expediente respectivo, el abogado acompañaba copia testimonial legalizada de la protocolización del testamento realizada en Chile, con intervención de escribano chileno, de acuerdo con los requisitos de forma vigentes en ese país.

Desde la perspectiva de la doctrina plenaria de la Cámara comentada, el artículo 3692 del Código Civil —y sus concordantes en el Código Procesal-, sería una norma de fuente interna que no resultaría de aplicación en los casos de sucesiones internacionales, como las de autos, esto es, cuando se trata de casos en los que el causante ha fallecido en el exterior y en su último domicilio ha tramitado su correspondiente juicio sucesorio. Pero existiendo en el acervo hereditario bienes inmuebles radicados en la República Argentina, resulta de aplicación el artículo 10 del Código Civil, y por el principio de pluralidad sucesorio, deberá abrirse un nuevo proceso a los fines de transmitir esos bienes a los herederos correspondientes.⁽¹⁵⁾

Todo ello sin perjuicio de que debe ser objeto de análisis posterior a la apertura, por parte del Juzgador, todo lo relativo al contenido del testamento, a los efectos de verificar que el testador no haya conculcado con sus mandas los principios del orden público internacional del país en donde se reclama la ejecución de su testamento (República Argentina).⁽¹⁶⁾

En el régimen actual del CCCN, los artículos 2643 y 2644 CCCN, consagran el principio de jurisdicción concurrente y aplicación exclusiva del derecho argentino sucesorio interno en los casos de transmisiones mortis causa de inmuebles ubicados en el país. EN consecuencia, sólo si para el dictado de la declaratoria de herederos y para la celebración del instrumento público partitivo se hubiere aplicado en forma exclusiva la ley sucesoria argentina como *lex causae*, aunque el causante hubiere

fallecido con último domicilio en otro país, podrá el mismo tener eficacia extraterritorial en los términos del artículo 2667 CCYCN, y solicitarse su inscripción, Caso contrario, deberá abrirse un nuevo proceso sucesorio en el país, que es lo que siempre sucede en la práctica pues son pocos los jueces o funcionarios competentes en sucesiones extranjeras que aplican derecho foráneo.

Reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera que adjudica bienes en el divorcio vincular dictado en el extranjero durante la vigencia del artículo 1211 del Código Civil y el artículo 10 del mismo cuerpo legal

En un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino del 007 de diciembre de 2012, G.H.A. s/ reconocimiento y ejecución de sentencia⁽¹⁷⁾, el tribunal se niega a reconocer la adjudicación de bienes inmuebles ubicados en el país realizada por el Juez español que dictó el divorcio vincular de los ex cónyuges.

Para fundar su decisorio, el tribunal de alzada invocó el artículo 10 del Código Civil, entendiendo que a adjudicación en esas condiciones implicaba la adquisición o transferencia de dominios sobre inmuebles locales que debe ser regida exclusivamente por las leyes argentinas. Por ese fundamento, niega la fuerza ejecutoria a la sentencia, aduciendo que mediante esta denegatoria no se está analizando la sentencia en sí sino su idoneidad para producir efectos ejecutorios en el país.

Compartimos la crítica de la doctrina a esta sentencia⁽¹⁸⁾, pues la misma parece desconocer en su fundamento, la existencia del artículo 1211 del Código Civil, al realizar una interpretación del artículo 10 del Código Civil rompiendo los métodos del derecho internacional privado, y en forma anacrónica interpreta las normas en juego como en una época donde reinaba el nacionalismo jurídico que fuerza a la aplicación unilateral de la ley argentina, desconociendo las necesidades propias de cooperación judicial internacional en el marco de la globalización.

Sostiene el Dr. Feuillede en la obra citada en nota 26, que “La doctrina de la revisión en el fondo de las sentencias extranjeras se originó y desarrolló casi exclusivamente en Francia, hasta 1964, con el caso “Munzer”... es difícil trazar una clara línea divisoria entre la razón que sirvió de fundamento para iniciar la revisión de fondo de las sentencias extranjeras y aquella que sirve de base para regular el respeto al orden público. En ambos casos se ha dado como sostén el deseo de asegurar que las sentencias hayan sido bien dictadas con relación a los hechos y el derecho. Pero un examen más de cerca nos revela que tras la revisión en el fondo está la razón adicional de la desconfianza respecto del derecho extranjero y el deseo de evitar la ejecución de sentencias fundadas en una ley extranjera. La doctrina de la revisión de fondo fue el resultado del creciente nacionalismo de la era napoleónica del S. XIX, del cual posee influencias el art. 10, CCiv. de Vélez y su interpretación literal e histórica sobre la que se basa el decisorio que comentamos. Esta doctrina fue siendo abandonada y así el Código alemán de 1898 estableció en su art. 723 que el juez que ve una demanda de exequátur no está investido del derecho de revisar una sentencia y así sigue hasta hoy en el BGB. Más cerca aún del orden público estuvo la denominada “teoría del control”, consagrada en el antiguo Código griego, en su art. 859. Según esta teoría, el tribunal puede admitir o rechazar una sentencia, mas no modificarla en ninguna de sus partes. Al someter la sentencia extranjera a la revisión de fondo, le hago perder el carácter propio “...y aunque en apariencia pueda creerse que verdaderamente la primera sentencia obtiene reconocimiento, porque a la misma se le pone en el pronunciamiento de exequátur, en sustancia aquella sentencia fue anulada, y una nueva sentencia de la autoridad local es la que se ejecuta”.

Nuestro sistema jurídico de reconocimiento de sentencias se sitúa en una posición intermedia entre la doctrina norteamericana, en la que la comunidad jurídica es sentida con intensidad e interpretada con amplia

generosidad y el exequátur se reduce a trámites de control dirigidos a constatar que el acto es auténtico, que las personas son las involucradas y que se han cumplido los requisitos esenciales para la garantía de sus intereses, y la doctrina que considera a la concesión de la ejecución de la sentencia extranjera como un acto extraordinario, sometido a trámites rigurosos e implican una verdadera revisión del fondo del asunto y los poderes del juez, a los efectos de confirmar la justicia de la sentencia traída consideración.

En esa postura, el juez debió limitarse a analizar la cuestión de calificación de la disolución de la sociedad conyugal, determinar la ley aplicable a la misma, y luego conjugar esas normas con las que corresponden en razón de la ubicación de los inmuebles, en lo relativo a las formas y solemnidades de los actos destinados a tal fin y el régimen de los derechos reales. Ese análisis desde la perspectiva del Dipr. Argentino, hubiera llevado al tribunal a aplicar el artículo 1211 del Código Civil y no el 10 del mismo cuerpo legal, y asimismo, el resto de las normas sobre derechos reales contenidas en la ley argentina de fuente interna que son de orden público.

De la realización de un correcto análisis, se hubiera deducido una resolución diferente a la obtenida y se hubiera reconocido la eficacia de esa sentencia que contiene y homologa un convenio de división de bienes entre ex esposos (por el juego del art. 163, 1211 y 2505 del entonces vigente Código Civil), pues nunca se hubiera sido exigible instrumentar la adjudicación de bienes referida aplicando en forma exclusiva el artículo 10 del Código Civil.

El orden público como límite al reconocimiento del instrumento extranjero del artículo 1211 del código civil y su diferencia con el fraude

Antes de ordenarse la protocolización del instrumento extranjero legalizado debía verificarse que el contenido del mismo no afecte el orden

público internacional. Este control estaba, en principio, a cargo del Ministerio Fiscal, y a posteriori, por el juez de la causa y, eventualmente, por el notario que protocolice el instrumento y el calificador que debía inscribir el instrumento presentado en su registro.

Y en consecuencia, no podría haberse ordenado la protocolización de los instrumentos extranjeros que afecten el orden público internacional argentino. De esta forma, no podía reconocerse la eficacia extraterritorial, si las partes contratantes fueran cónyuges casados en comunidad de bienes, o se trataba de la transferencia de un pupilo a su tutor, o de bienes adquiridos por abogados en el marco de procesos en los que hubieren intervenido.

En el mismo sentido, no podía reconocerse la eficacia territorial del instrumento si no se hubiere cumplimentado lo establecido por las leyes Ley N°26.737 de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia sobre Tierras Rurales⁽¹⁹⁾ y, eventualmente, las del Decreto Ley N°15385/44 (Ley 12913), relativo a las operaciones con inmuebles ubicados en las Zonas de Seguridad de Fronteras⁽²⁰⁾, si la transferencia de derechos reales instrumentada en el documento público extranjero, quedaren comprendidas en sus disposiciones.

En efecto, hasta tanto no se obtuvieran los permisos y autorizaciones y se cumplimentaran los extremos exigidos por estas normas, el instrumento público extranjero de transferencia de derechos reales carecerá de eficacia en nuestro territorio y, obviamente, no podrá conferirse sin su protocolización, la tradición al adquirente.

Todo lo dicho hasta aquí, tiene vigencia en la actualidad, a pesar de la nueva redacción del artículo 2667 CCYCN, y en consecuencia, en la actualidad, el único funcionario público que calificará que no se viole el orden público internacional argentino será el registrador, con todo lo que ello implica, pues importa que los mismos sean cada vez más formados y no

podrán carecer de formación universitaria para agudizar el criterio legal.

Obviamente que, en este caso, el orden público funciona como un mecanismo propio del método de reconocimiento de Derecho Internacional Privado, como un instituto autónomo y diferenciado del fraude, al que también se llega por la aplicación de las normas de conflicto, pero a los efectos de determinar cuáles son las realmente aplicables al caso concreto, y no como método de ineficacia del documento extranjero.

Por ejemplo, sería un caso de orden público como limitación al reconocimiento de un documento extranjero y del acto jurídico instrumentado en él, el hecho de que se trate de uno que se hubiere celebrado entre cónyuges casados en ganancialidad, o en una proporción distinta a la que sanciona la ley argentina de orden público.

Sería un caso de fraude, el hecho de que cónyuges casados en separación de bienes, se hubieren trasladado a una jurisdicción con la que el acto jurídico no tenga vinculación, para celebrarlo allí, con fundamento en que en la jurisdicción elegida la forma del acto jurídico tiene menos recaudos o los que posee son más beneficiosos para los otorgantes, y asimismo, no están alcanzados por obligaciones fiscales u otras de derecho público (control de cambios, catastro, etc.).

El artículo 2667 del CCCN: críticas al régimen legal vigente

Si bien el proyecto original de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, la norma propuesta tenía la misma redacción que el artículo 1211 del Código de Vélez, consagrando el mismo procedimiento judicial – notarial para reconocer la eficacia extraterritorial de instrumentos públicos extranjeros para la modificación, constitución y extinción de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país, las reformas introducidas en el Ministerio de Justicia a ese Proyecto, cambiaron completamente la regulación del procedimiento, y una vez sancionado el CCCN con esa reforma, el giro copernicano quedó consolidado, así como tam-

bién la inconsistencia de la norma por el juego del artículo 1902 CCCN.

En efecto, la segunda parte del artículo 2667 CCCN 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 norma incorporada no logra acabadamente la conciliación entre el principio *lex locus regit actum* y los que imponen la primacía del *de lex rei sitae*, para la transferencia entre vivos, de derechos reales sobre inmuebles ubicados en el territorio del país. Parece acercarse más al sistema francés, y no contempla que la transferencia de dominio sobre inmuebles en nuestro derecho se efectúa por título suficiente, modo – tradición-, e inscripción registral.

El sistema incorporado que, a la sazón no ha sido correctamente reglamentado, parece más laxo y lábil, y existe grave riesgo de que su aplicación pueda afectar el correcto funcionamiento del régimen de los derechos reales sobre inmuebles (imposibilidad de cumplir el artículo 1902 del CCYCNN), la aplicación de normas imperativas en cumplimiento de intereses nacionales superiores (seguridad de fronteras y régimen de tierras rurales), cumplimiento de pactos internacionales (normas sobre prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo) y normas de tipo fiscal.

Atenta también contra la seguridad jurídica, toda vez que la protocolización notarial por orden del juez competente o bien a instancia de parte, del documento extranjero legalizado y traducido persigue, además del cumplimiento de las normas registrales, impositivas y demás 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 permitiría recomponer el documento público extranjero sin necesidad de someterse a innumerables trámites y/o la necesidad de otorgar un documento nuevamente, si no fuere posible su reproducción.

Y en el mismo sentido, permitirá cumplimentar la obligación del 1902 del CCYCN relativo al estudio de títulos como integrador de la buena fe del adquirente, en los casos de transferencia de derechos reales, al disponer que:

El justo título para la prescripción adquisitiva es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. La buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella. Cuando se trata de cosas registrables, la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinente establecidos en el respectivo régimen especial.

El sistema anterior parecía más correcto ya que:

- el control judicial y notarial, permitía constatar que la transferencia o constitución de un derecho real sobre un inmueble sito en el país responda a una causa lícita y que el instrumento presentado cumpla 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 implicaba una calificación del documento por parte del notario que luego rogará la inscripción registral en el Registro

respectivo, previo cumplimiento de las tareas pre escriturarias, la retención de los impuestos, el cumplimiento de los deberes de información respectivos a la AFIP-DGI (Resoluciones N°13575/02, 1508/03 y 1463/03), y demás organismos de control y prestadores de servicios públicos, y cumplimiento de los regímenes de zona de frontera y de tierras rurales, junto con los impuestos por las normas de la UIF.

- Generalmente, los negocios instrumentados por los documentos que se presenten legalización y que se declaren “válidos y eficaces en el territorio nacional”, quedarán comprendidos en las disposiciones de la Ley N° 26.737 de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales, que fulmina de nulidad a las escrituras que se instrumenten sin haber cumplido el procedimiento instaurado por las mismas, y, eventualmente, las del Decreto Ley N°15385/44 (Ley 12913), relativo a las operaciones con inmuebles ubicados en las Zonas de Seguridad de Fronteras, cuyos preceptos no podrán cumplimentarse a posteriori.
- La protocolización facilitaba la compulsa y estudio de antecedentes, más conocido como “estudio de títulos” – que abona la buena fe del adquirente-, como así también todo tipo de peritaje judicial o extrajudicial que hubiere que realizar en relación con la documentación archivada.

En consecuencia, para un coordinado funcionamiento del sistema legal argentino en los supuestos que nos ocupa, se propone una reforma legislativa del artículo 2667 segunda parte, que tenga en consideración que:

1. La redacción actual del artículo 2667 segunda parte no ha logrado superar las limitaciones técnicas que mereció el vigente artículo 1211, en el sentido de que no refiere en general su aplicación a

los supuestos de la constitución de otro tipo de derecho real sobre inmuebles sito en el país. Insuficiencia esta que ha debido ser subsanada por vía doctrinaria y jurisprudencial, haciendo ellas una labor de interpretación en virtud de la cual se determina que la norma 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.

2. Deberá tenerse en consideración lo prescripto por el artículo 8 de la Ley 17801, en el sentido que los Registros de la Propiedad solamente pueden calificar la forma extrínseca del documento cuya inscripción se solicita, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos.
3. Corresponderá tener en cuenta lo normado por el artículo 1902 del CCYCN
4. Será importante valorar la labor de los escribanos públicos al llevar adelante la tarea de “calificación” del documento de transferencia de derechos reales, y cumplimentar las demás normas tributarias y administrativas.
5. Será necesario además, una reforma legislativa que contemple los efectos legales de este tipo de instrumentos, a tenor de la regulación de las Leyes 26.737 y 15385/44 (Ley 12913).

Si la reforma propuesta no prosperase, será conveniente que por vía reglamentaria o de reforma legislativa se reinstaure la obligación de protocolizar los instrumentos públicos extranjeros a los que se refiere el artículo 2267, para poder dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 1902 del CCYCN, al menos parcialmente.

No debe perderse de vista para fundar esta propuesta que antes de la Reforma de 2015, cierta doctrina especializada sugirió la posibilidad de que dicha “protocolización” se efectuara por rogación directa a los

notarios por parte del interesado, entendiendo que dicha actividad correspondía al ámbito de las competencias notariales en el campo de la jurisdicción voluntaria.

Así, se sostenía que “... 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 ...”.⁽²¹⁾

Finalmente destacamos especialmente que debe advertirse que, eventualmente, podrá invocarse que la redacción del artículo 2667 segunda parte CCYC viola el principio constitucional de igualdad ante la ley y es proclive a fomentar el turismo documental en fraude a la ley argentina, toda vez que la transferencia instrumentada por extranjeros o en el extranjero, sin cumplir las leyes de orden público e imperativas argentina antes referidas, será siempre válida y el documento tendrá eficacia extraterritorial en el país con su sola presentación legalizado y traducido, hasta que se invoque la excepción del orden público y fraude para rechazar el reconocimiento de sus efectos. Esta invocación solo podría hacerla en por el funcionamiento de la norma, un funcionario del registro de la propiedad que muy dudosamente esté capacitado a esos fines. En consecuencia el riesgo es muy alto.

Reglamentación del Registro de la Propiedad de la CABA.

La Instrucción de trabajo N° 9 /2016⁽²²⁾, del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, es la única conocida que regla-

mente la disposición del artículo 2667 del CCCN.

No obstante la buena intención al momento de su incorporación al sistema legal del registro de la propiedad, entendemos que la misma es insuficiente a los fines de garantizar la seguridad jurídica en el sistema de transferencia de derechos reales sobre inmuebles locales en los casos con elementos extranjeros.

En efecto, la norma citada establece las reglas de calificación de los documentos otorgados en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la Ciudad de Buenos Aires, e instruye que los instrumentos públicos extranjeros que tengan ese objeto y se presenten para su inscripción para la creación, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, se calificarán de acuerdo con las prescripciones del artículo 8° de la ley 17801, calificando las formas extrínsecas de los documentos arrimados⁽²³⁾ y el art. 24 del decreto 2080/80 –T.O. s/ Dec. 466/1999. 2°.⁽²⁴⁾

Merece especial atención que se establece que “...será materia de calificación la manifestación del autorizante respecto del carácter de instrumento público que revista el documento presentado según la ley del lugar de su otorgamiento...”, lo que introduce una actividad propia de la cooperación jurídica internacional a cargo del funcionario autorizante del documento público extranjero, que facilita la actividad del operador jurídico local.

Además, debe incluirse una referencia en la minuta rogatoria de la solicitud de informes de dominio e inhibición utilizados para el acto (art. 27 ley 17801), debiéndose consignar el número, fecha y constancias que resulten de los mismos.

Se reitera que para su toma de razón los referidos documentos deben presentarse debidamente legalizados (apostilla o cadena de legalización consular según el país de procedencia), que también representa la inclusión de una regulación de tipo de cooperación jurídica internacional,

aunque omite la referencia a la traducción del instrumento público, si el mismo hubiera sido extendido en idioma extranjero, que por aplicación del artículo 1 de la Ley de Traductores, debe ser realizada en el país por traductor público matriculado y luego legalizada.

Calificadas las formalidades extrínsecas del documento extranjero y la legalidad formal del acto instrumentado, corresponde su registración, si el documento cumple las formalidades exigidas por la normativa citada, y a los fines que pudiere corresponder y atendiendo las atribuciones y competencias del Fisco Nacional y local -AFIP y AGIP-, se dispone que el ingreso del documento al Registro de la Propiedad será comunicado a esos organismos, con la intervención de la Dirección de Interpretación Normativa y Procedimiento Recursivo.

Derecho comparado: sistema español de reconocimiento de escrituras públicas extranjeras que constituyen, modifican o extinguen derechos reales sobre inmuebles ubicados en ese país.⁽²⁵⁾

Nos proponemos analizar en los apartados siguientes las disquisiciones formuladas por la catedrática Pilar Blanco Morales Limones, a raíz de la sentencia del Tribunal Superior Español que reconoció la eficacia extraterritorial y ordenó la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, de una escritura pública otorgada ante notario alemán, en claro fraude a la ley española, por constituir un caso de turismo documental. A partir de ese análisis, abordaremos brevemente el derecho comunitario y la experiencia en otros países del notariado latino referentes del mismo, como son el alemán y el francés.

Antecedente jurisprudencial español sobre reconocimiento extraterritorial de una escritura pública extranjera cuya inscripción se admitió en el Registro de la Propiedad inmueble

a Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

(DGRN) del 7 de febrero de 2005 DGRN confirmó la negativa del registrador de la propiedad a inscribir una escritura otorgada el día 24 de octubre de 1984 ante notario alemán, y presentada a inscripción 20 años después. La DGRN entendió, esencialmente, que la escritura de notario alemán carecía de fuerza en España con arreglo a las leyes [art. 4 Ley Hipotecaria española], por lo que no podía constituirse en título hábil para transmitir la propiedad y la inscripción del negocio jurídico de compraventa.

La resolución administrativa fue revocada en primera instancia y en segunda instancia judicial. La Abogacía del Estado recurrió ante el Tribunal Supremo invocando de modo separado dos infracciones de ley.

La sentencia del Tribunal Supremo español afirma que el recurso del Abogado del Estado parte «de un entendimiento de la normativa vigente que cuestiona el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea; y la necesidad de intervención en todo caso de notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario (sic) y español». El Tribunal Supremo asevera además que la interpretación de la Abogacía del Estado no se encontraría amparada por el Convenio Roma I —ahora el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones, Reglamento Roma I—, pues el art. 11 de tal Convenio establece que «un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado», disposición que, en opinión del Tribunal Supremo, es plenamente coherente con lo dispuesto en el art. 11.1 CC. n el Tribunal Supremo añade que el art. 10.1 CC, que recoge el tradicional principio *lex rei sitae*, debe interpretarse en conexión con el art. 1462 CC, y afirma que

éste al no limitar «sus efectos de traditio ficta a los supuestos en que la escritura de venta se hubiera otorgado ante notario español», permitiría deducir que la escritura de notario alemán cumple sobradamente con los requisitos de título y modo exigibles en nuestro ordenamiento jurídico para permitir la transmisión del dominio. Y ello porque «en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto»

La doctrina critica esta resolución argumentando que “... el Tribunal Supremo hace prevalecer la norma de conflicto que determinar la Ley aplicable a la forma de los contratos sobre la norma de conflicto que fija la Ley aplicable a la propiedad y demás derechos reales”. Todo ello confundiendo forma y fondo y sin entrar en modo alguno a valorar si el notario alemán puede aplicar o no el resto de las normas civiles y administrativas que debe cumplir el notario español cuando autoriza, y por ello documenta, un negocio jurídico de compraventa. Además, obvia cualquier análisis del problema de los efectos extraterritoriales de un documento público extranjero y de su sustantividad, también regulada por nuestras normas de Derecho internacional privado.⁽²⁶⁾ La sentencia considera que el art. 11.1 Código Civil español recoge el principio *locus regit actum* y que esta norma conduce de modo natural a los principios que establecen en derecho español la conocida exigencia de título y modo para transmitir la propiedad. En consecuencia, a juicio del Tribunal Supremo, por «escritura pública», a los efectos legales y describiendo una nueva especie de reenvío, se considera suficiente la escritura pública alemana, de modo que «no se ha de acudir al Derecho alemán para determinar sus efectos ya que ello supondría admitir que la transmisión de la propiedad se rige por aquél y no por el Derecho español, como dispone el art. 10.1 del CC, lo que

supondría la existencia de un posterior negocio de disposición puesto que en Alemania resulta necesario para la transmisión de la propiedad de la celebración del negocio obligatorio, rigiéndose ambos por el principio de separación y el de abstracción».

El peligro del turismo documental y su vinculación con el fraude a la ley: alerta para la actividad notarial involucrada.

La doctrina especializada critica fuertemente la resolución del Tribunal Supremo, por entender que la misma no se ajusta al derecho vigente de fuente interna y convencional. Se fundamenta especialmente en que la escritura pública alemana no reúne los recaudos de control de legalidad y equivalencia de formas con las escrituras públicas españolas y, además, tampoco se condice con la doctrina, jurisprudencia y legislación comunitaria. La postura doctrinal se basa en el rechazo de lo que ella califica de turismo documental y que consiste en trasladarse que las partes del negocio jurídico se trasladan a una jurisdicción que tenga menos exigencias de forma y fondo para la instrumentación un negocio jurídico que tenga por objeto la constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles ubicados en jurisdicción foránea y con la que la del país de otorgamiento no tenga contacto o los que tenga no sean sustanciales, y al mismo tiempo, esa conducta persiga fines fraudulentos como la evasión fiscal o la aplicación de las normas de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, y/o evitar la aplicación de normas imperativas como las de derecho registral, catastral del país de ubicación del inmueble, o las de política cambiaria vigentes en ese mismo territorio.

Sobre esta base, expresa la autora comentada, que el derecho de fondo español es abierto a la eficacia en España de documentos públicos extranjeros siempre y cuando el documento extranjero sea equivalente al documento público español; esto es, que represente en su confección un control de legalidad similar a la que comporta el documento público

español.⁽²⁷⁾

Esta cuestión no tiene nada que ver la ley aplicable a la forma de los actos, sino que surge una vez que ya se ha determinado la ley material aplicable al fondo del asunto y a la forma del acto jurídico en cuestión. Por ello, se trata de una cuestión jurídica material y no conflictual. La ley material reguladora del supuesto puede exigir que el acto jurídico conste en un documento público, escritura pública notarial o cualquier otro tipo de documento y se trata, simplemente, de decidir si tal exigencia queda satisfecha no sólo con el otorgamiento de un documento público redactado por las autoridades del Estado cuya ley material es aplicable, sino con el otorgamiento de un documento público por autoridades de otros Estados.

La equivalencia de las funciones implica que un documento público extranjero pueda ser equiparado a un documento público español si se verifican diversos requisitos que permiten garantizar dos extremos: en primer lugar, que el documento público extranjero es auténtico; y, en segundo lugar, que el documento público extranjero cumple con las mismas garantías de control de legalidad que un documento público español.

Así, el documento extranjero debe ser público, haber sido autorizado por el funcionario que en el Estado al que pertenece, sea el titular de la función pública de dar fe y controlar la legalidad de los actos extrajudiciales, un documento en cuya confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento pueda ser considerado como documento público o documento que hace prueba plena en juicio (art. 323.2.1.º LEC por analogía).

Sin embargo, no es preciso que la autoridad pública extranjera haya observado las concretas formalidades exigidas por la legislación notarial española. Tal normativa no es aplicable, por definición, a los documentos expedidos por autoridades públicas extranjeras por no estar sometidos los notarios extranjeros a la normativa notarial española. Pero sí es nece-

sario que se acredite que se trata de un documento público.⁽²⁸⁾

La finalidad de este criterio es que la intervención de una autoridad o funcionario público en la confección del documento permite garantizar la identidad de los otorgantes y la fecha del acto, y asegurar que el control de legalidad del acto en general se lleva a cabo por un sujeto que tiene atribuida esta función, ya que el elemento esencial del «acto auténtico» es la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado», Igual que una sentencia extranjera sólo puede ejecutarse en España si ha sido dictada por una autoridad extranjera que desarrolla funciones equivalentes a las que en España desarrollan los tribunales.

En el caso de los documentos públicos de compraventa de inmuebles sitos en España, los notarios españoles controlan los hechos relevantes, tales como la fecha, la identidad de los sujetos otorgantes, la autenticidad y vigor de los poderes de representación empleados si el compareciente actúa como apoderado de un sujeto principal, etc. Al tiempo realizan un juicio de legalidad civil del negocio jurídico, que comprende un juicio de capacidad y un juicio de validez civil de la operación jurídica. La compraventa debe ser válida con arreglo a las leyes, españolas o extranjeras, que resulten aplicables a la misma conforme a las normas españolas derecho internacional privado. En dicha perspectiva, el notario español debe comprobar que existen y concurren los requisitos necesarios para la existencia válida de un contrato de compraventa, debe también, controlar otros extremos que garantizan la legalidad civil del contrato de compraventa: el control de la titularidad del bien inmueble a favor del vendedor en el Registro de la Propiedad español, mediante el acceso, incluso telemático, a dicho Registro; la identificación de la finca, de modo que el notario debe contrastar los datos del Registro de la propiedad y del Catastro; la acreditación y comprobación de las cargas o gravámenes jurídicos que pesan sobre la finca y que el adquirente debe conocer para que sus expectativas

no queden defraudadas; la notificación inexcusable, en su caso, al arrendatario del bien inmueble; la exigencia del certificado del arquitecto en el caso de obra nueva; en los supuestos de transmisiones de viviendas de protección especial, el notario debe exigir que se acredite por el transmitente el cumplimiento del requisito de comunicación al Departamento competente, así como el otorgamiento, en su caso, de la autorización administrativa para transmitir a terceros la vivienda protegida, o la renuncia de dicho Departamento a ejercer el derecho de tanteo o el de retracto.

A ello se suma el asesoramiento legal del notario a las partes, y en especial, al consumidor. En este sentido, el notario explica los derechos y deberes de los contratantes así como el contenido del documento de compraventa y en su caso, préstamo hipotecario, y elimina de la redacción final las cláusulas antijurídicas que pudiera haber preparado alguna de las partes.

El notario, antes de la firma del documento pone éste a disposición de los contratantes para que éstos puedan consultarlo incluso con la ayuda de sus asesores legales. Antes de la firma también, el notario procede a la lectura del documento y a la explicación de su contenido fundamental y responde, en su caso, a las cuestiones planteadas por los contratantes y sus asesores.

Para facilitar la aplicación de la Ley extranjera eventualmente aplicable a ciertos extremos, el art. 36.II RH simplifica la prueba de la ley extranjera, ya que permite que opere el conocimiento privado del registrador sobre la ley extranjera.

En suma: debe practicarse un control de la ley que aplicó el funcionario extranjero, que debe haber sido la misma ley que hubiera aplicado una autoridad española al caso en cuestión. El art. 36.I RH es muy rígido al respecto y no cabe flexibilización alguna en relación con el modo de practicar el control intrínseco de legalidad del acto o negotium contenido en el documento público extranjero.

Y a todo ello habrá que sumar el juicio de legalidad pública del negocio jurídico. El notario debe controlar la legalidad de los aspectos de derecho público vinculados al contrato de compraventa del inmueble. Destacando de ellos (1) los aspectos fiscales, el notario debe acreditar la correlación entre precio y valor y debe también impedir la evasión fiscal, y retener parte del precio en concepto de impuestos debidos a la Hacienda española, y (2) respecto de la vigilancia y control del blanqueo de capitales, el notario debe comprobar que el pago del precio se produce forma ajustada a Derecho mediante la entrega de dinero o efectos de procedencia legal y acreditada, (3) además, ha de cumplir con las exigencias de comunicación al Registro de Inversiones información sobre las inversiones y exigir la declaración previa en las inversiones extranjeras en España cuando la titularidad de la inversión procede de un país calificado como paraíso fiscal. Y en el caso de adquisición por extranjero no ciudadano de un Estado miembro de la UE de inmuebles situados en cualquiera de los 1.560 municipios situados en áreas de interés estratégico, deberá exigir la acreditación de la previa autorización del Ministerio de Defensa. Exigencias que suponen algo más que el cumplimiento de meros requisitos administrativos, según dice el TS, y que ponen en juego el interés general.

En una postura un tanto radical, la Dra. Blanco Morales Limones en el trabajo que citamos asevera que si el documento público extranjero de compraventa de inmueble sito en España ha sido autorizado por fedatario extranjero que no ha realizado las mismas funciones que desarrolla un notario español cuando autoriza una escritura de venta de inmueble sito en España, tal documento extranjero no será equivalente a la escritura de compraventa exigida por el Derecho español y por tanto, no podrá considerarse como una escritura pública de compraventa susceptible de inscripción registral.⁽²⁹⁾

Con relación a la calificación de documento público o escritura pública, citando en modo expreso la doctrina de la sentencia Unibank, puede afir-

marse que el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ha resuelto la cuestión al entender que en los documentos públicos la expresión de un consentimiento o de un acuerdo de voluntades entre las partes, y la obligación de los notarios de autenticar un acto o contrato, implica «garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares», lo que responde a un objetivo de interés general, más que necesario y que abona la confianza en el espacio integrado.

Por lo demás, las recomendaciones sobre uniformidad en el criterio de definición y calificación de documentos públicos elaborados en el LIBRO VERDE de la Unión Europea, para facilitar la circulación de este tipo de instrumentos, no aplica a los documentos públicos

que constituyen, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles en los países de la Unión. En efecto, si bien el Libro Verde de la Unión Europea trae causa de la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el documento público europeo 2008/2124(INI), en la que el Parlamento Europeo pide a la Comisión que presente una propuesta legislativa destinada a establecer el reconocimiento mutuo y la ejecución de los documentos públicos con las siguientes características:

«1. La confianza recíproca en el Derecho dentro de la Comunidad justifica la supresión futura de los procedimientos vinculados a la verificación de la veracidad del documento público en asuntos transfronterizos.

2. El reconocimiento de un documento público con miras a su utilización en el Estado miembro requerido solo puede ser denegado en caso de dudas serias y fundadas sobre su autenticidad, o si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado miembro requerido.

3. El Parlamento Europeo pide a la Comisión que le presente, sobre la base del art. 65, letra a), y del art. 67, apartado 5, segundo guión, del Tratado CE, una propuesta legislativa destinada a establecer el reconocimiento mutuo y la ejecución de los documentos públicos.

4. El acto objeto de la propuesta legislativa debe aplicarse a todos los documentos públicos en asuntos civiles y mercantiles, con la exclusión de los relativos a inmuebles y que deban o puedan ser objeto de una inscripción o una mención en un registro público. Este acto no debe aplicarse a cuestiones relativas a la ley aplicable al objeto del documento público ni a cuestiones relativas a la competencia, la organización y la estructura de las autoridades y los funcionarios públicos, incluido el procedimiento de autenticación.»

No existen tampoco trabajos preparatorios de normas de europeas que comprendan en su ámbito material de aplicación los asuntos relativos a la transmisión de la propiedad inmobiliaria.

En cuanto a la equivalencia de funciones, para que un documento otorgado ante fedatario o autoridad extranjera pueda ser considerado documento público o escritura pública a efectos de la normativa española, es preciso que el fedatario o funcionario extranjero que haya intervenido en la confección del documento realice una actividad homóloga a la propia de los fedatarios y funcionarios públicos españoles. Se hace precisa una labor previa de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento español para ser considerado como público y los exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. No es relevante cuál es la concreta autoridad pública extranjera que autoriza el documento público: notario, secretario judicial, juez, funcionario del Registro Civil, corredor colegiado, etc.

Lo fundamental es que la autoridad extranjera que autoriza un documento público controle los mismos extremos legales y realice una función de garantía de la legalidad material del acto o negocio equivalente a la que, en un caso similar, desarrollaría una autoridad española. La equivalencia de funciones es una exigencia indispensable para considerar que el documento extranjero es un documento público a efectos de la legislación española, motivo por el cual se ha dicho que en realidad la equivalen-

cia de formas es, en realidad, una auténtica equivalencia de funciones, la cual es necesaria para poder afirmar una equivalencia de efectos jurídicos entre el documento público extranjero y el español.

Únicamente cuando se ha acreditado la existencia de dicha equivalencia de funciones, entre las que desarrolla la autoridad española y las que desarrolla la autoridad extranjera, podrá considerarse que el documento redactado por autoridad extranjera es un documento público a los efectos de la aplicación de la Ley material española.

En otro caso más reciente, se presentó a registración un documento privado con firmas autenticadas ante notario, otorgado en Venezuela, que contenía una venta de A a B de una finca sita en Madrid. Al final, luego de las firmas, hay diligencia notarial fechada en Caracas el día 8 de Julio de 2008.⁽³⁰⁾

El registrador estimó que es necesaria la escritura pública, conforme el art. 3 de la Ley Hipotecaria y 1280 del Código Civil Español; por lo que el documento presentado no tiene juicio de conocimiento, ni de capacidad, y la inscripción fue rechazada. Apelada por la requirente, la Dirección General de los Registros y el Notariado de España confirma la calificación y establece en primer lugar la norma aplicable: el Convenio de Roma de 1980, porque el Convenio de Roma I, que lo sustituye, es para contratos posteriores al 17 de Diciembre de 2009. Ese convenio establece como punto de conexión la *lex rei sitae*, pero el mismo no se aplica a la capacidad, que se rige según las normas de Derecho internacional Privado que recoge el Código civil español, en concreto el art. 10.3. La *lex rei sitae* rige para el acceso al registro de la propiedad de los negocios relativos a los inmuebles; aplicando el art. 608 del Código Civil que se remite a la Ley Hipotecaria, hay que estar a lo dispuesto en la misma. Asimismo, la demás legislación aplicable no exige los requisitos de la ley notarial española para los documentos extranjeros, sino que para que éstos tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, siguiendo lo establecido en la senten-

cía de la Audiencia Provincial de Tenerife de 2006, se necesita que cumplan los requisitos del país de otorgamiento, tengan la apostilla y demás requisitos de autenticidad y cumplan las normas de derecho internacional privado sobre capacidad, objeto y forma recogidas en los arts, 8 a 10 del Código Civil español y en el Convenio de Roma.

En consecuencia, ordena la inscripción de la transferencia contenida en el documento mencionado.

La decisión fue criticada por la doctrina, quien entendió “No puede exigirse más requisitos a un título inscribible autorizado por Notario español, que a otro autorizado por Notario extranjero, lo que implicaría la creación de títulos extranjeros, (offshore documental), y máxime, como ahora veremos cuando se han incumplido requisitos esenciales sustantivos del derecho español”, y que “Hay que acudir a la técnica del documento complementario a priori permitiendo al Notario del país de recepción completar la formación del documento extranjero”.⁽³¹⁾

La competencia exclusiva de los notarios alemanes y franceses para otorgar instrumentos que documenten negocios jurídicos relativos a derechos reales sobre inmuebles ubicados en su jurisdicción, como rechazo efectivo del turismo documental.

Se da también una situación particular en ciertos países de la Unión Europea que, en materia de constitución modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles ubicados en su país, establecen requisitos de competencia exclusiva de los notarios locales o bien rechazan la eficacia extraterritorial de documentos extranjeros.

Así, estos países se ponen a la vanguardia y se muestran muy reacios a permitir el turismo documental.

En Derecho francés, por ejemplo, el actual art. 2417 del Código Civil supone atribuir competencia exclusiva a los notarios franceses en relación a las hipotecas constituidas por escritura pública sobre bienes ubicados

en Francia.

Asimismo, el art. 710-1 del Código Civil, en la redacción dada por reciente Ley 2011-331 de 28 de marzo de 2011, de modernización de profesiones judiciales y ciertas profesionales reglamentadas, establece que todo acto o derecho debe, para dar lugar a las formalidades de publicidad de tierras, resultar de un acto recibido en la forma auténtica por un notario que ejerza en Francia, de una decisión jurisdiccional o de un acto autentico emanado de una autoridad administrativa.

Con igual determinación, la jurisprudencia alemana se ha pronunciado reiteradamente acerca de la ineficacia del documento notarial extranjero para cumplir los requisitos impuestos por las leyes alemanas. La sentencia del 19 de junio de 2012 del Tribunal Constitucional alemán, respecto de las notarías y los notarios alemanes afirma que desempeñan tareas estatales en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva que se asemejan a las judiciales, lo que conlleva ejercicio de prerrogativas públicas. Y continúa afirmando el Tribunal Constitucional alemán que el requisito formal de la intervención notarial implica una cualificada supervisión jurídica. Supervisión jurídica cualificada o control de legalidad, en la medida en que para la conclusión de importantes negocios jurídicos, con la documentación de las declaraciones de voluntad los notarios —alemanes— no se limitan a informar sobre el alcance jurídico del negocio en cuestión, sino que también garantizan que no se perjudique a la parte más inexperta. Por ello, se debe denegar el ministerio notarial cuando los participantes en el negocio persigan fines prohibidos o inaceptables. Y cuando se deniega la intervención del notario por estas razones, el negocio jurídico en cuestión no cumple con los requisitos de formas y no producirá efecto alguno. Con lo que el notario alemán, más allá de la voluntad concordante de las partes, decide con carácter vinculante sobre la eficacia del negocio jurídico.

Y ello, siempre bajo la premisa de la aplicación al negocio jurídico en

cuestión del Derecho alemán, conforme a las normas del Derecho internacional privado alemán. Esta equiparación de la función notarial a la función judicial en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva la hace el Tribunal Constitucional con sólidos fundamentos, hilando con la mayor precisión forma, función y efectos del documento notarial.

A nivel de la Unión Europea existen normas en esta misma sintonía. El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, afirma en su considerando 18 que: Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria.

Conclusiones

El fraude no es un instituto o problema de derecho internacional privado que incumba solamente al quehacer judicial y, en consecuencia y en cumplimiento del deber de cooperación jurídica internacional de nuestro país, todos los operadores jurídicos (incluyendo escribanos, abogados, funcionarios públicos con funciones calificadoras y registradoras, incluyendo los del registro del estado civil y capacidad de las personas, registro de la propiedad inmueble, registro de la propiedad automotor, registro público de comercio, etc.), deben ser instruidos acerca del alcance y las

consecuencias y las sanciones legales derivadas de su verificación, en un mundo cada vez más globalizado.

Resaltamos las conclusiones de la Comisión N°9 de las “XXVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL CONCLUSIONES de Mendoza, 2022, sobre el Art. en examen: “Se advierte, a partir de la solución prevista en el segundo párrafo del art. 2667 del CCYCN la potencialidad para facilitar la consumación de maniobras de “fraude a la ley” en la medida en que no se exija la protocolización local del instrumento público al que hace referencia dicha norma;”, la necesidad imperiosa de una regulación concreta a nivel registral para el reconocimiento de los instrumentos públicos provenientes del extranjero, hasta tanto se obtenga la reforma del Art. 2667 CCYCN en el sentido propuesto.-

Párrafo aparte merece la cuestión del análisis de la equivalencia de la forma de los instrumentos públicos extranjeros (art 2649 CCYCN segundo párrafo), sobre todo cuando los mismos sean de tipo “digital”, pero el análisis excede el marco de este encuentro, aunque esperemos que pueda ser analizado en un futuro cercano.

BIBLIOGRAFÍA

1. <http://fallos.diprargentina.com/search/label/Fraude%20a%20la%20ley?max-results=100>
2. En relación con los antecedentes y fundamentos del mismo puede verse: Feldstein, Sara L., Derecho Internacional Privado, Parte especial, Editorial Universidad, Buenos Aires, Año 2000
3. Puede consultarse sobre los regímenes de Europa European University Institute (EUI) Florence/European Private Law Forum, Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, Real Property Law and Procedure, in the European Union, General Report, Final Version, 31/05/2005.
4. SAUCEDO, Ricardo Javier, op. cit. pág.98.
5. POSTRERARO SANCHEZ, Leandro N. habla del exequatur notarial como forma de supresión del exequatur judicial, en los casos como el del art. 1211 del Código Civil. Ver: Fuerza ejecutiva del documento público notarial, Revista Notarial N°955, 2007, pág.117.

6. RUIZ DE ERENCHUN, Alberto, El Negocio Jurídico inmobiliario celebrado en el extranjero, 45º Seminario Laureano Moreira, Mayo 2003
7. Saucedo menciona que también podría iniciarse el proceso ante el juez del domicilio del peticionante, atento el carácter voluntario del proceso donde se resuelva la cuestión, postura que no compartimos. SAUCEDO, Ricardo Javier, op. cit. pág.98
8. Al respecto debemos destacar que no deja de sorprendernos la circunstancia de que, efectuadas que fueron varias las consultas in voce en las Fiscalías de la Ciudad de Buenos Aires, puede decirse que no es uniforme el criterio respecto de si las mismas deben o no expedirse en estos casos (para algunas no corresponde que el Fiscal se expida, por cuanto no se trata de una cuestión en la que pueda verse involucrado el orden público).
9. Conf. art. 10 y 2505 Código Civil, y art. 36 in fine del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.
10. RUIZ DE ERENCHUN, Alberto, El Negocio Jurídico inmobiliario celebrado en el extranjero, 45º Seminario Laureano Moreira, Mayo 2003.
11. RUIZ DE ERENCHUN, Alberto, El Negocio Jurídico inmobiliario celebrado en el extranjero, 45º Seminario Laureano Moreira, Mayo 2003.
12. Kaller de Orchansky, Berta, Código Civil y normas complementarias, Tomo 1ª, Hammurabi, 2003, coordinado por Bueres, A y Highton, E, pag.21. La fecha de la resolución judicial es la que se utiliza para contar el término de inscripción y determinar el efecto retroactivo.
13. RAPPALINI, Liliana E, op.cit.223.-
14. www.pjn.gov.ar/plenario/sum0011005; JA Tomo V, página 24 y ss.
15. Debe destacarse, sin perjuicio de lo mencionado, que en el dictamen demarras se dejó expresamente aclarado que no hay uniformidad de criterios de la doctrina en torno a la cuestión planteada, y que las posiciones se dividen entre quienes sostienen que los testamentos extranjeros deben protocolizarse en todos los casos, y quienes rechazan el cumplimiento de esa exigencia cuando el acto mortis causae ya fue protocolizado y se presenta testimonio de dicha actuación en nuestro medio. A su vez, los autores que propugnan la necesidad de la protocolización han elaborado diferentes soluciones relativas a los pasos a seguir en esos casos en los en que debería protocolizarse un testamento que ya ha sido incorporado a un protocolo, por el mismo procedimiento, pero en otro país. Sin embargo, la Comisión de Consultas Jurídicas entendió que esas soluciones no serían aplicables en este expediente atento las consecuencias que emanan de la doctrina plenaria con vigencia obligatoria antes referida.
16. No obstante lo anterior, debe dejarse expresamente aclarado que no hay uniformidad de criterios de la doctrina en torno a la cuestión planteada, y que las posiciones se dividen entre quienes sostienen que los testamentos extranjeros deben protocolizarse en todos los casos, y quienes rechazan el cumplimiento de esa exigencia cuando el acto mortis causae ya fue protocolizado y se presenta testimonio de dicha actuación en nuestro medio. A su vez, los autores que propugnan la necesidad de la protocolización han elaborado diferentes soluciones relativas a los pasos a seguir en esos casos en los en que debería protocolizarse un testamento que ya ha sido incorporado a un protocolo, por el mismo procedimiento, pero en otro país.
17. TR LALEY AP/JUR/4569/2012

18. FEUILLADE, Milton, Disolución de sociedad conyugal y exequatur, AR/DOC/6191/2013
19. <http://www.iurislex.com.ar/2011/12/28/ley-26737.html>
20. <http://www.cfna.org.ar/publi/index.php?modulo=legislacion&opt=ver&id=169>
21. RUIZ DE ERENCHUN, Alberto, "Negocio jurídico inmobiliario celebrado en el extranjero", ED 48-747, pág. 757, KALLER DE ORCHANSKY, Berta, en BUERES, Alberto y otros, Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial, Tomo 1ª, Editorial Hammurabi, José Luis Depalma, Buenos Aires, Año 2003, pág. 20 y ss. En contra, QUEIROLO, Martín Miguel, "Contratos hechos en el extranjero – Para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República", Revista Notarial N° 947, página 93, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Año 2004.
22. https://www.dnrpi.jus.gob.ar/normativa/it_09-2016.pdf
23. Artículo 8º - El Registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos.
24. ART. 24. — El registrador calificará los documentos que se presenten para su registro de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 17.801 y sus modificatorias y de este Reglamento, procediendo a su inscripción o anotación definitiva; confiriéndole inscripción o anotación provisional, o rechazándolo, en el plazo fijado en el artículo 9º de la Ley, según corresponda. Hará saber al peticionario la calificación efectuada con la totalidad de las observaciones que merezca.
25. Seguimos en este punto a BLANCO MORALES LIMONES, Pilar, Del cándido euro-peísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012, Diario La Ley, N° 7940, Sección Doctrina, 9 Oct. 2012, Editorial LA LEY 16837/2012
26. BLANCO MORALES LIMONES, Pilar, op cit., pag. 2.
27. Esta exigencia se conoce con el nombre de equivalencia de funciones y tiene consagración legal expresa, por ejemplo, en el art. 97.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en el que se determinan los requisitos que han de cumplir los documentos extrajudiciales extranjeros para su inscripción, estableciéndose, entre otros, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate.
28. La noción de documento público difiere en la Unión Europea profundamente de un país a otro, pues no todos los Estados miembros disponen de este valioso instrumento de fe pública. Sin embargo, la noción de documento público es un concepto autónomo del Derecho de la Unión Europea recogido en diferentes instrumentos normativos para cuya definición resulta esencial la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La noción de documento público viene recogida en las siguientes disposiciones: — El art. 57 del Reglamento 44/2001 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, Reglamento Bruselas I, y sus antecedentes el art. 50 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre

la competencia judicial y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil y, en los mismos términos, del art. 50 del Convenio de Lugano. Según el Informe Je-
 nardMöller sobre este último, requiere que se verifiquen tres condiciones: «la fuerza
 ejecutiva del documento deberá establecerla una autoridad pública; dicha fuerza
 ejecutiva deberá abarcar el contenido y no sólo, por ejemplo, la firma; el documento
 deberá ser ejecutivo en sí mismo en el Estado en el cual haya sido establecido». Al
 respecto, G. A. L. DROZ señala que «de hecho, los documentos públicos a que se re-
 fiere el art. 50 son fundamentalmente las escrituras notariales». — La noción de do-
 cumento extrajudicial recogida en el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, de
 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros
 de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, sustituido
 por el Reglamento 1393/2007, del Parlamento y del Consejo, de 13 de noviembre
 de 2007, se contiene en el art. 16. — El Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento
 europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecu-
 tivo europeo para créditos no impugnados, facilita en su art. 4.3 una definición del
 documento público con fuerza ejecutiva. — Esta definición se reproduce en el art.
 2.3 del Reglamento 4/2009/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a
 la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones
 y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. — El Reglamento (UE)
 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la
 competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a
 la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones
 mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo incluye en la defi-
 nición de documento público que se recoge en su art. 3.i) la necesidad de que haya
 «sido establecido por un poder público u otra autoridad autorizada a tal fin por el
 Estado miembro de origen». — El Proyecto de Reglamento del Parlamento Europeo
 y del Consejo sobre la «Orden europea de retención de cuentas para simplificar el
 cobro transfronterizo de derechos en materia civil y mercantil» para el «documento
 público con fuerza ejecutiva» y establece los mismos requisitos de autenticidad
 de firma y contenido y de la participación de autoridad pública u otra autoridad
 habilitada al efecto (arts. 4-11). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión
 Europea del 17 de junio de 1999, en el famoso caso Unibank A/S contra Flemming
 G. Christensen, trataba de definir la noción de «documento auténtico» del art. 50
 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de
 resoluciones en materia civil y mercantil, al objeto de conseguir su ejecución trans-
 fronteriza. La sentencia exigía que para designar como «documento público» en el
 sentido de ese artículo a un documento de crédito con fuerza ejecutiva en virtud del
 Derecho del Estado de origen sería necesario que su «autenticidad» hubiera sido
 establecida por una autoridad pública habilitada a tal fin por dicho Estado, y rechaza-
 ba esa posibilidad para los documentos extendidos por particulares.

29. "Ese documento no es una escritura pública (art. 4 LHa contrario sensu). El notario
 extranjero no puede realizar el mismo control que lleva a cabo un notario español
 porque no es un funcionario público español y no dispone de medios técnicos ni
 legales para practicar el control que sí realiza el notario español: un notario ex-
 tranjero no puede recabar datos del Ministerio de Hacienda español, por ejemplo, ni
 está obligado a comunicar movimientos sospechosos de capitales a la Hacienda

española, como sí lo está el notario español. El notario extranjero no controla, en todos los casos, la legalidad civil de la operación con la misma profundidad con que la practica el notario español. De hecho, algunos notarios extranjeros, como los alemanes, ni siquiera están obligados a aplicar Derecho extranjero, con lo que el control de la legalidad civil de la venta es imposible y la equivalencia de funciones es una quimera”.

30. <https://www.registradoresdemadrid.org/revista/33/Resoluciones-DGRN/RESOLUCION-DE-22-02-2012-BOE-13-03-2012-COMPRAVENTA-DOCUMENTO-OTORGADO-EN-EL-EXTRANJERO>
31. MARTIN ROMERO, Juan Carlos, La resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2012: giro copernicano en la doctrina de la D.G.R.N, en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-43/415-la-resolucion-de-la-dgrn-de-22-de-febrero-de-2012-giro-copernicano-en-la-doctrina-de-la-d-g-r-n-0-8648122165955717>, consultado el 27/07/2022
32. MARTIN ROMERO, Juan Carlos, La resolución de la DGRN de 22 de febrero de 2012: giro copernicano en la doctrina de la D.G.R.N, en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-43/415-la-resolucion-de-la-dgrn-de-22-de-febrero-de-2012-giro-copernicano-en-la-doctrina-de-la-d-g-r-n-0-8648122165955717>, consultado el 27/07/2022