

RIN

Revista Internacional del Notariado



*Nuestra Unión es el puente
que vincula a los notarios de 86 países*



UINL

Unión Internacional del Notariado

122



Unión Internacional del Notariado

Union Internationale du Notariat

International Union of Notaries



*Nuestra Unión es el puente
que vincula a los notarios de 86 países*

**RIN**

Revista Internacional del Notariado

ONPI

Institución Editora

SEDE PERMANENTE

Avenida Las Heras 1833. Piso 9° (1024)

DIRECCIÓN Y REDACCIÓN

Avenida Las Heras 1833. Piso 9° (1024)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires - República Argentina

Teléfonos: (0054) 11 4809-7161 / 6851

Mail: onpiuinl@onpi.org.ar

www.onpi.org.ar

PRESIDENTE UINL

NOTARIO DANIEL-SÉDAR SENGHOR - SÉNÉGAL

PRESIDENTE DE LA ONPI

NOTARIA AGUEDA LUISA CRESPO - ARGENTINA

COMITÉ EJECUTIVO DE CONTENIDOS

SUSANA BONANNO

MARÍA ALICIA CRAVIOTTO

AGUEDA LUISA CRESPO

ENRIQUE GARBARINO

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

MARÍA CECILIA ALCOBA

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723,
N° de Registro de la Propiedad Intelectual 1432 Expte. 151.770.

La revista respeta las ideas y opiniones de sus colaboradores, pero no se solidariza
necesariamente con ellas. Los artículos sin firma se entienden obra de la dirección.

RIN N° 122 - Año 2016

UINL

Consejo de Dirección - Legislatura 2014 /2016

Presidente: Daniel-Sédar Senghor. Senegal

Vicepresidente para Africa: Régine Dooh-Collins. Camerún

Vicepresidente para América del Norte, Central y el Caribe:
Dennis D. Martínez Colón. Puerto Rico

Vicepresidente para América del Sur:
Sara E. Castro Esteves. Uruguay

Vicepresidente para Asia: Ding Lu. China

Vicepresidente para Europa: Mario Miccoli. Italia

Tesorero: Laurent Besso. Suiza

MIEMBROS DE AFRICA

Abdelhamid Achite-Henni. Algeria
Abdoulaye Harissou. Camerún
Mousthapha Ndiaye. Senegal

MIEMBROS DE AMERICA

Jorge Mateo. Argentina
José Flavio Bueno Fischer. Brasil
Ana Manuela González Ramos. Paraguay

MIEMBROS DE EUROPA

Peter Limmer. Alemania
Gerard Antenreiter. Austria
Ernesto Tarragón Albella. España
Didier Nourissat. Francia
Cesare Licini. Italia
Dariusz Rządowski. Polonia
Martín Foukal. República Checa

MIEMBROS DE DERECHO CON VOZ CONSULTIVA

Presidente saliente de la UINL
Jean-Paul Decorps. Francia

Secretario de la UINL
Rajendra Dassyne. Isla Mauricio

Presidente de la Comisión de Asuntos Africanos (CAAf)
Mohamed Tchassona Traoré. Togo

Presidente de la Comisión de Asuntos Americanos (CAA)
Alvaro Rojas Charry. Colombia

Presidente de la Comisión de Asuntos Asiáticos (CAAs)
Ayush Oyunchimeg (pour 2014). Mongolia

Presidente de la Comisión de Asuntos Europeas (CAE)
Pierre Becqué. Francia

Presidente de la Comisión de Cooperación Notarial Int. (CCNI)
Michel Merlotti. Suiza

Presidente de la Comisión Consultiva (CC)
Giancarlo Laurini. Italia

ONPI

Comité Directivo

Presidente
Agueda L. Crespo. Argentina

Vice-presidente
Bernardo Pérez Fernández del Castillo. México

Vice-presidente
José Marqueño de Llano. España

Secretario
María Cristina Moore. Argentina

Tesorero
Susana M. Bonanno. Argentina

MIEMBROS TITULARES

Rosa Marta Axelrud de Lendner. Argentina
Cecilia I. Baras. Argentina
Jorge Iván Carvajal Sepulveda. Colombia
Enrique H. J. Garbarino. Argentina
Pablo Adolfo Marino. Argentina
Flora Mariñansky de Katz. Argentina
Mariano Miró. Argentina
Bernardo Gabriel Quiroga Luluaga. Argentina
Alejandra Graciela Vidal Bollini. Argentina

MIEMBROS SUPLENTE

Maria Alicia Craviotto. Argentina
Griselda J. Jatib. Argentina
Maria Evelina Massa. Argentina
Roberto A. Mignolo. Argentina

Notariados Miembros de la UINL

ALBANIA (Admitido en 1995)

NATIONAL CHAMBER OF NOTARIES OF ALBANIA

Dirección: Vaso Pasha P. 13 - Ciudad: Tirana

Presidente: Mimoza Sadushaj

Tel: +355-42-244555

Email: flacej@hotmail.com

Url: <http://www.notariati.al/>

ALEMANIA (Admitido en 1958)

BUNDESNOTARKAMMER

Dirección: Mohrenstrasse 34

Código postal: D-10117 - Ciudad: Berlin

Presidente: Jens Bormann

Tel: +49-30-3838660 - Fax: +49-30-3838666

Email: BNotK@BNotK.de; buero.bruessel@bnotk.de

Url: <http://www.bnotk.de>

ANDORRA (Admitido en 2004)

CAMBRA DE NOTARIS DEL PRINCIPAT D'ANDORRA

Dirección: Av. Carlemany, 105 5è

Código postal: AD700 - Ciudad: Escaldes Engordany

Presidente: Joan Carles Rodríguez Miñana

Tel: +376 890030 - Fax: +376 890031

Email: notariaminyana@andorra.ad

ARGELIA (Admitido en 2005)

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES

Dirección: 02, Rue El Bakri – Benaknoun

Código postal: 16030 - Ciudad: Alger

Presidente: Makhlouf AGGAL

Tel: +213 21.94.54.17 - Fax: +213 21.94.54.17

Email: c.n.notaires@hotmail.com

Url: <http://www.cn-notaires.dz/>

ARGENTINA (Admitido en 1948)

CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO

Dirección: Paraguay 1580

Código postal: 1061 - Ciudad: Buenos Aires

Presidente: José Alejandro Aguilar

Tel: +54 11 5811-4778/4779/4780

Email: consfed@ingesis.com.ar

Url: <http://www.cfna.org.ar>

ARMENIA (Admitido en 2005)

CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES D'ARMÉNIE

Dirección: Zaqyan Str., building 3

Código postal: 0019 - Ciudad: Yerevan

Presidente: Vanine Hovsepyan

Tel: +374-10-555772 - Fax: +374 10 525772

Email: notarakanpalat@mail.ru

Url: notarhh@mail.ru

AUSTRIA (Admitido en 1958)

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER

Dirección: Landesgerichtsstrasse, 20

Código postal: A-1010 - Ciudad: Wien

Presidente: Ludwig Bittner

Tel: +43-1-4024509 - Fax: +43-1-4063475

Email: kammer@notar.or.at

Url: <http://www.notar.at>

BÉLGICA (Admitido en 1948)

CONSEIL INTERNATIONAL DU NOTARIAT BELGE

Dirección: Rue de la Montagne, 30-34

Código postal: B-1000 - Ciudad: Bruxelles

Presidente: Erik Van Tricht, co-Président CINB

Tel: +32-2-5050896(11) - Fax: +32-2-5050893

Email: CINB-IRBN@fednot.be

Url: <http://www.notaire.be>, <http://www.notaris.be>

BENÍN (Admitido en 1989)

CHAMBRE DES NOTAIRES DU BENIN

Dirección: Carré 134 Jonquet

Código postal: 01 BP 3486 - Ciudad: Cotonou

Presidente: Pamphile Virgile K. AGBANRIN

Tel: +229 96 82 18 23

Email: chambre@notairedubenin.org

chambre.notairesdubenin@yahoo.fr

Url: <http://www.notairedubenin.org/>

BOLIVIA (Admitido en 1948)

ASOCIACIÓN NACIONAL DE NOTARIOS DE BOLIVIA

Dirección: Calle Ravelo N° 266 - Ciudad: Sucre

Presidente: Stenka Geovanna Udaeta España

Tel: +591 464-26446

Email: stenkaudaeta1@hotmail.com

Url: <http://www.notariosbolivia.com>

BOSNIA HERZEGOVINA (Admitido en 2010)

COMMISSION DES CHAMBRES DES NOTAIRES

DES ENTITES DE LA BOSNIE ET HERZEGOVINE

Dirección: Maršala Tita 5/II – c/o Notary Chamber of the Federation of Bosnia and Herzegovina

Código postal: 71000 - Ciudad: Sarajevo

Presidente: Adem JAKUPOVIĆ

Tel: 00387 51 321 620 - Fax: 00387 51 321 621

Email: komorafbih@notaribih.ba,

notarskakomorars@blic.net

BRASIL (Admitido en 1948)

COLEGIO NOTARIAL DO BRASIL-CONSELHO FEDERAL

Dirección: Alameda Grajau, 279 – Alphaville

Código postal: CEP 06454 – 050 – SP - Ciudad: Barueri

Presidente: Ubiratan Pereira Guimarães

Tel: + 55-11-4166-7771

Email: ubiratan@tabeliaodebarueri.com.br

Url: <http://www.notariado.org.br>

BULGARIA (Admitido en 2004)

CHAMBRE DES NOTAIRES DE BULGARIE

Dirección: 46-48, A Rue Opalchenska

Código postal: BG-1303 - Ciudad: Sofia

Presidente: Dimitar Tanev

Tel: +359-2-980-99-32 Fax: +359-2-986-77-35

Email: chamber@notary-chamber.org

Url: <http://www.notary-chamber.org>

BURKINA FASO (Admitido en 1995)

ORDRE DES NOTAIRES DU BURKINA FASO

Dirección: 4-703, Avenue John KENNEDY

Código postal: 04 BP8702 - Ciudad: Ouagadougou 04

Presidente: Ezomboé Noël Bayala

Tel: +226-50 31 14 76 - Fax: +226-50 30 26 56

Email: noelbayala@yahoo.fr

CAMERÚN (Admitido en 1992)**CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DU CAMEROUN**

Código postal: BP 7233 - Ciudad: Yaounde

Presidente: Marceline Enganalim

Tel: +237-33 43 13 14 / 77703684

Fax: +237-33 42 14 49 / 33423289

Email: enganalim@yahoo.fr

CHILE (Admitido en 1948)**ASOCIACIÓN DE NOTARIOS CONSERVADORES****Y ARCHIVEROS JUDICIALES DE CHILE**

Dirección: Avda. Pdte. Bulnes, n° 79 – Oficina 50

Código postal: 14270 - Ciudad: Santiago De Chile

Presidente: Armando Arancibia Calderón

Tel: +56 2 6990864 / 6713557 - Fax: +56-2-6962508

Email: asdeno@entelchile.net

Url: <http://www.notariosconservadores.cl>

CHINA (Admitido en 2003)**CHINA NOTARY ASSOCIATION**

Dirección: Fengtai District – 16th Floor, Tower B, Building

17, Area 1 Fangchengyuan, Fangzhuang

Código postal: 100078 - Ciudad: Beijing

Presidente: DING Lu

Tel: +86-10-58 07 56 66-8027 - Fax: +86-10-58 07 51 08

Email: chinanotary@aliyun.com

Url: <http://www.chinanotary.org>

COLOMBIA (Admitido en 1948)**UNION COLEGIADA DEL NOTARIADO COLOMBIANO**

Dirección: Carrera 9 No. 97-20 - Ciudad: Bogota D.C.

Presidente: Alvaro Rojas Charry

Tel: +57-1 7464040 Ext. 103 - Fax: +57-1 7464040 Ext. 115

Email: presidencia.asistente@ucnc.com.co

asistente.presidencia@ucnc.com.co

Url: www.unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com

CONGO (Admitido en 1992)**CHAMBRE DES NOTAIRES DU CONGO**

Dirección: Centre-ville – Rue des Compagnons de Brazza

Código postal: B.P. 14841 - Ciudad: Brazzaville

Presidente: Esther Nanette Note

Tel: +242 06-6511096 / 06-6662396

Email: etudenote@yahoo.fr

presidente.chambrenotairescgo@gmail.com

COREA (Admitido en 2010)**KOREAN NOTARIES ASSOCIATION**

Dirección: # 404, Seoul Lawyers Association Bldg. -

Seocho-3-dong - Código postal: 1718-1 - Ciudad: Seoul

Presidente: RYOU Won-Kyou

Tel: +82-2-3477-5007 - Fax: +82-2-3476-5551

Email: kma@koreanotary.or.kr, koreanotary@naver.com

COSTA DE MARFIL (Admitido en 1984)**LA CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA CÔTE D'IVOIRE**

Código postal: 01 B.P. 8654 - Ciudad: Abidjan 01

Presidente: Mahoua Koné

Tel: +225-20321147

Email: chambre@notaire.ci

maitremahoua@etude-mk.com

Url: <http://www.notaire.ci>

COSTA RICA (Admitido en 1948)**COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA**

Dirección: Apartado Postal 3161

Código postal: 1000 - Ciudad: San José

Presidente: Froylán Alvarado Zelada

Tel: +506-2531947- Fax: +506-2240314

Email: asesoriapresidencia@abogados.or.cr

Url: <http://www.abogados.or.cr/icoden>,

<http://www.icoden.org>

CROACIA (Admitido en 1997)**CHAMBRE DES NOTAIRES DE CROATIE**

Dirección: Radnicka cesta 34/II

Código postal: HR-10000 - Ciudad: Zagreb

Presidente: Lucija Popov

Tel: +385-1-4556566 - Fax: +385-1-4551544

Email: hjk@hjk.hr

Url: <http://www.hjk.hr>

CUBA (Admitido en 1948)**SOCIEDAD DEL NOTARIADO CUBANO**

(Unión Nacional de Juristas de Cuba)

Dirección: Calle 21 n° 552 – esq. A. D. Vedado,

Plaza de la Revolución

Código postal: 10400 - Ciudad: Ciudad de la Habana

Presidente: Olga Lidia Pérez Díaz

Tel: +537-8329680 / 8327562 / 8326209 - Fax: +537-8302954

Email: unjc@uncj.co.cu, olguitaperez@oc.minjus.cu

Url: <http://www.uncj.co.cu>

ECUADOR (Admitido en 1948)**FEDERACIÓN ECUATORIANA DE NOTARIOS**

Dirección: Calle Irlanda E1016 y Av. República de

El Salvador, Edificio Torre XXI, Tercer Piso - Ciudad: Quito

Presidente: Homero LOPEZ OBANDO

Tel: +593-2-2266838 / +593-2-2921024

Email: info@fen.com.ec, secretaria@fen.com.ec

EL SALVADOR (Admitido en 1950)**COLEGIO DE NOTARIOS DE EL SALVADOR**

Dirección: Calle Cuscatlán N° 218 entre 79

y 81 Av. Sur, Colonia Escalón - Ciudad: San Salvador

Presidente: Francisco José Barrientos

Tel: +503-2263-8250 / 2263-8273 / 2263-8265

Fax: +503-2263-8254

Email: barrientos@integra.com.sv, lawesfjb@integra.com.sv

ESLOVAQUIA (Admitido en 1994)**NOTARSKA KOMORA SLOVENSKEJ REPUBLIKY**

(Chambre des Notaires de la République Slovaque)

Dirección: Krasovského 13

Código postal: 851 01 - Ciudad: Bratislava 5

Presidente: Karol Kovács

Tel: +421-2-55574519 - Fax: +421-2-55574589

Email: notarska.komora@notar.sk

Url: <http://www.notar.sk>

ESLOVENIA (Admitido en 1997)**NOTARSKA ZBORNICA SLOVENIJE**

(Chambre des Notaires de Slovénie)

Dirección: Tavcarjeva ul. 2

Código postal: SLO-1000 - Ciudad: Ljubljana

Presidente: Sonja Kralj

Tel: +386-1-4392570 - Fax: +386-1-4340247

Email: info.nzs@siol.net

Url: <http://www.notar-z.si>

ESPAÑA (Admitido en 1948)**CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO**

Dirección: Paseo del General Martínez Campos N° 46 –
6° Planta - Código postal: E-28010 - Ciudad: Madrid
Presidente: José Manuel García Collantes
Tel: +34-91-3087232 - Fax: +34-91-3087053
Email: info@notariado.org, internacional@notariado.org
Url: <http://www.notariado.org>, <http://www.notariado-cg.es>

ESTONIA (Admitido en 1995)**EESTI VABARIIGI NOTARITE KODA**

(Chamber of Notaries of the Republic of Estonia)

Dirección: Tatari 25
Código postal: EE – 10116 - Ciudad: Tallinn
Presidente: Tarvo Puri
Tel: +372 617 7900 - Fax: +372 617 7901
Email: koda@notar.ee
Url: <http://www.notar.ee>

FRANCIA (Admitido en 1948)**CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT FRANÇAIS 60,
boulevard de La Tour**

Dirección: Maubourg
Código postal: F-75007 - Ciudad: París
Presidente: Pierre-Luc Vogel
Tel: +33-1-44903000
Fax: +33-1-44903030 / +33-1-44903120
Email: dg.csn@notaires.fr
Url: <http://www.notaires.fr>

GABÓN (Admitido en 1992)**CHAMBRE DES NOTAIRES DU GABON**

Código postal: B.P. 1967 - Ciudad: Port-Gentil
Presidente: Céléstin Ndelia
Tel: +241-550746 - Fax: +241-555752
Email: etude.ndelia@yahoo.fr

GEORGIA (Admitido en 2007)**CHAMBRE DES NOTAIRES DE GÉORGIE**

Dirección: 142, Avenue Akaki Tsereteli
Código postal: 0119 - Ciudad: Tbilisi
Presidente: Nino Khoperia
Tel: +995 32 220 67 77
Email: contact@notary.ge, tabramidze@notary.ge,
nkhoperia@notary.ge
Url: <http://www.notary.ge>

GRECIA (Admitido en 1958)**CONSEIL NATIONAL DU NOTARIAT HELLENIQUE**

Dirección: 4, Rue G. Gennadiou
Código postal: GR-10678 - Ciudad: Atenas
Presidente: Georgios Rouskas
Tel: +30-210-3307450/60/70/80 +30-210-3307456 (Départ.
Intern.) - Fax: +30-210-3848335
Email: notaries@notariat.gr Guatemala

GUATEMALA (Admitido en 1950)**COLEGIO DE ABOGADOS Y NOTARIOS DE GUATEMALA**

Dirección: O Calle 15-46 Zona 15, Edificio Colegios
Profesionales – Colonia El Maestro, 7° y 8° Nivel
Código postal: 01015 - Ciudad: Guatemala
Presidente: Luis Alfredo Enrique Reyes García
Tel: +502-25007500 - Fax: +502-2-3693714
Email: juntadirectiva@cang.or.gt,
luisreyes.cang@hotmail.com
Url: <http://www.cang.org.gt>

GUINEA (Admitido en 1995)**CHAMBRE DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE GUINEE**

Código postal: B.P. 2415 - Ciudad: Conakry
Presidente: Fatoumata Yari Yansané Soumah
Tel: +224-62 48 17 17 / +224-60 25 25 16
Fax: +224-64 25 00 15
Email: officenotarial.yansane@gmail.com
Url: <http://notaires-guinee.net/>

HAÍTÍ**NOTARIAT D'HAITI****HONDURAS (Admitido en 1950)****UNIÓN DE NOTARIOS DE HONDURAS**

Dirección: Colonia 15 de septiembre
Bloque S, casa 2003, calle de atrás de La Tribuna
Ciudad: Comayagua
Presidente: Ivis Discua Barillas
Tel: +504-2234-0100 / +504-2234-0085 - Fax: +504-2234-0100
Email: info@notarios honduras.org
Url: <http://www.notarios honduras.org/>

HUNGRÍA (Admitido en 1992)**CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE HONGRIE**

Dirección: Pasaréti str. 16
Código postal: H-1026 - Ciudad: Budapest
Presidente: Ádám Tóth
Tel: +36-1-4894880 - Fax: +36-1-3567052
Email: moka1@kamara.moka.hu
Url: <http://www.kozjegyzo.hu>

INDONESIA (Admitido en 1997)**IKATAN NOTARIS INDONESIA (Indonesian Notary Association)**

Dirección: Jalan Hasyim Ashari – Roxy Mas Blok El-32
Código postal: 10150 - Ciudad: Jakarta Pusat
Presidente: Adrian Djuaini
Tel: +62-21-63861919 / +62-21-63851329
Fax: +62-21-63861233
Email: penguruspusat_in@yahoo.com, pp-ini@rad.net.id,
adriandjuaini2@yahoo.com

ITALIA (Admitido en 1948)**CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO**

Dirección: Via Flaminia, 160
Código postal: I-00196 - Ciudad: Roma
Presidente: Salvatore Lombardo
Tel: +39-06-362091 - Fax: +39-06-32650079
Email: cnn.segintern@notariato.it
Url: <http://www.notariato.it>

JAPÓN (Admitido en 1977)**NIPPON KOSHONIN RENGOKAI**

(Japan National Notaries Association)

Dirección: Daido Kasumigaseki Bld. – 1-4-2, Kasumigaseki 1-
chome, Chiyoda-ku - Código postal: 100-0013 - Ciudad: Tokyo
Presidente: Toshimi Konishi
Tel: +81-3-3502-8050 - Fax: +81-3-3508-4071
Email: honbu@koshonin.gr.jp
Url: <http://www.koshonin.gr.jp>

KOSOVO (Admitido en 2013)

Dirección: Lagjja Arbëria, Verdana C 2.7, Kati I, Banesa Nr.1
Dettaglio: Kosovo - Ciudad: Pristina
Presidente: Arbena Shehu
Tel: +381 (0)38 726-018 - Fax: +377 (0)45 299-989
Email: arbena.shehu@gmail.com, info@noteria-ks.org

LETONIA (Admitido en 1995)
LATVIJAS ZVERINATU NOTARU PADOME
(Chambre des Notaires Assermentés de Lettonie)
Dirección: Krisjana Valdemara iela 20 – 8
Código postal: LV-1010 - Ciudad: Riga
Presidente: Sandra Stipniece
Tel: +371 67 218 955 - Fax: +371 67 286 326
Email: info@latvijasnotars.lv
Url: http://www.latvijasnotars.lv

LITUANIA (Admitido en 1994)
LIETUVOS NOTARU RUMAI
(Chambre des Notaires de Lituanie)
Dirección: Olimpių str. 4
Código postal: LT-09200 - Ciudad: Vilnius
Presidente: Marius Strackaitis
Tel: +370-5-2614757 - Fax: +370-5-2614660
Email: rumai@notarai.lt
Url: http://www.notarurumai.lt

LONDRES (Admitido en 1998)
SOCIETY OF SCRIVENER NOTARIES
Dirección: 95 Aldwych
Código postal: WC2B 4JF - Ciudad: London
Presidente: Edward Gardiner
Tel: +44-20-73954300 - Fax: +44-20-73954310
Email: Edward.Gardiner@cheeswrights.co.uk
Url: http://www.scrivener-notaries.org.uk

LUXEMBURGO (Admitido en 1950)
CHAMBRE DES NOTAIRES DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG
Dirección: 53, boulevard Joseph II
Código postal: L-1840 - Ciudad: Luxembourg
Presidente: Frank Molitor
Tel: +352-447021 - Fax: +352-455140
Email: info@notariat.lu
Url: http://www.notariat.lu

MACEDONIA (Admitido en 2001)
NOTARSKA KOMORA NA REPUBLIKA MAKEDONIJA
(Chambre des Notaires de la République de Macédoine)
Dirección: Bulevar Oktomvriska Revolucija br. 2 kat 1
(Kaj vero taftalidze, zgrada na kompleks Makedonija)
Código postal: MK-1000 - Ciudad: Skopje
Presidente: Zorica Pulejkova
Tel: 389-2-3115816 - Fax: 389-2-3239150
Email: nkrm@mt.net.mk
Url: http://www.nkrm.org.mk/

MADAGASCAR (Admitido en 2012)
CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES DE MADAGASCAR
Dirección: Lot II C 130 Mandrosoa
Código postal: 101 - Ciudad: Antananarivo
Presidente: Solofoniaina Andrianjaka Razafindrakotohasina
Tel: +261 20222101 - Fax: +261320204919
Email: cnm.infos@notaires.mg, notare@moov.mg, notare.ar@gmail.com
Url: http://www.notaires.mg

MALÍ (Admitido en 1989)
ORDRE DES NOTAIRES DU MALI
Dirección: Rue Rochester BP 5074 - Ciudad: Bamako
Presidente: Allasane T. Sangaré
Tel: (223) 20 23 06 73 - Fax: (223) 20 22 22 88
Email: alassanetsangare@yahoo.fr

MALTA (Admitido en 1994)
KUNSILL NOTARILI TA' MALTA
Dirección: 144, Strait Street - Ciudad: Valletta
Presidente: Clinton Bellizzi
Tel: + (356) 21 806 555
Email: notariesofmalta@gmail.com, notus@maltanet.net

MARRUECOS (Admitido en 1986)
CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES NOTAIRES DU MAROC
Dirección: 40, avenue Al Melia – Hay Riad - Ciudad: Rabat
Presidente: Sidi Ahmed Amine Touhami El Ouazzani
Tel: +212 5 37 56 44 60/61 - Fax: +212 5 37 56 44 62
Email: notairesmaroc@gmail.com, notairesmaroc@yahoo.fr
Url: http://www.notairesmaroc.ma

MAURITANIA (Admitido en 2010)
CHAMBRE DES NOTAIRES DE MAURITANIE
Código postal: B.P. 4410 - Ciudad: Nouakchott
Presidente: Salama Abdoullah
Tel: 00.222.363.037.65 / 00.222.413.131.31
Email: pullosow@yahoo.fr

MÉXICO (Admitido en 1948)
COLEGIO NACIONAL DEL NOTARIADO MEXICANO, A.C.
Dirección: Av. Paseo de la Reforma No. 454 – Col. Juárez,
Delegación Cuauhtémoc
Código postal: CP 06600 - Ciudad: México D.F.
Presidente: Héctor Guillermo Galeano Inclán
Tel: +52-55- 55256452/415/254 / +52-55- 55255987/167
Fax: +52-55-55119493
Email: notariadomexicano@notariadomexicano.org.mx
Url: http://www.notariadomexicano.org.mx

MOLDAVIA (Admitido en 2000)
UNION DES NOTAIRES DE LA REPUBLIQUE DE MOLDAVIE
Dirección: Constantin Stere N. 8 - Ciudad: Chisinau
Presidente: Tatiana Ungureanu
Tel: +373-22-232572 / +373-69-132675 - Fax: +373-22-232574
Email: unrm@mail.ru

MÓNACO (Admitido en 1950)
NOTARIAT DE LA PRINCIPAUTE DE MONACO
Dirección: 2, Rue Colonel Bellando de Castro
Código postal: 98000 - Ciudad: Monaco
Presidente: Henry Rey
Tel: +377-93-3041-50 - Fax: +377-93-3005-22
Email: etude@rey.notaire.mc

MONGOLIA (Admitido en 2012)
CHAMBER OF NOTARIES OF MONGOLIA
Dirección: Bldg 10G – Erkhuu Street, Sukhbaatar district
Código postal: 98000 - Ciudad: Ulaanbaatar
Presidente: Tseveen Naranbaatar
Tel: +976-11-354301 - Fax: +976-11-354302
Email: mongolianotary@gmail.com

MONTENEGRO (Admitido en 2012)
NOTARY CHAMBER OF MONTENEGRO
Dirección: Ul. Bulevar Mihaila Lalica br. 42
Código postal: 81000 - Ciudad: Podgorica
Presidente: Branislav Vukicevic
Tel: +382 20 264650 - Fax: +382 20 264644
Email: notaricg@notarskakomora.me
Url: http://www.notari.me

NICARAGUA (Admitido en 1950)**BARRA DE ABOGADOS DE NICARAGUA**

Dirección: 10 Paradas Abajo – Frente a la O.E.A.
Código postal: 3506 - Ciudad: Managua
Presidente: Sergio García Quintero
Tel: +505-2-22834/76406

NÍGER (Admitido en 1992)**CHAMBRE DES NOTAIRES DU NIGER**

Dirección: Rue Kalley Amirou, B.P.13.848 Ny
Código postal: 13.848 - Ciudad: Niamey
Presidente: Haoua DODO DAN GADO
Tel: +227- 94-95-98-12 / +227-20-73-78-56
Fax: +227-20-73-32-66
Email: Hddgado@yahoo.fr

PAÍSES BAJOS (Admitido en 1950)**KONINKLIJKE NOTARIELE BEROEPSORGANISATIE**

Dirección: B.P.16020
Código postal: NL-2511 BA - Ciudad: Den Haag
Presidente: Jef Oomen
Tel: +31-70-3307111 - Fax: +31-70-3602861
Email: buitenland@knb.nl
Url: <http://www.notaris.nl>

PANAMÁ (Admitido en 1997)**COLEGIO DE NOTARIOS PÚBLICOS DE PANAMÁ**

Dirección: Ave. Samuel Luis, edif. Central, 4to. Piso
Ciudad: Panamá
Presidente: Cecilio Moreno
Tel: +507 223-6462 / 269-5066 / 223-6462
Email: ceciliomoreno@notaria3ra.com

PARAGUAY (Admitido en 1948)**COLEGIO DE ESCRIBANOS DEL PARAGUAY**

Dirección: Juan E. O'Leary N° 1066 - Ciudad: Asunción
Presidente: Ana Manuela González Ramos
Tel: +595-21-491273 - Fax: +595-21-491273
Email: cep@cep.org.py, presidencia@cep.org.py,
secretariapresidencia@cep.org.py
Url: <http://www.cep.org.py>

PERÚ (Admitido en 1948)**JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS
DE NOTARIOS DEL PERÚ**

Dirección: Av. Paseo de la República N°3565 - Octavo Piso,
Of. 801-802 - Código postal: Lima 27 - Ciudad: San Isidro
Presidente: Mario César Romero Valdivieso
Tel: +51-1-4228160 - Fax: +51-1-4228004
Email: secretariatecnica@juntadedecanos.org.pe
Url: <http://www.juntadedecanos.org.pe>,
<http://www.notarios.org.pe>

POLONIA (Admitido en 1992)**KRAJOWA RADA NOTARIALNA****(Conseil National du Notariat Polonais)**

Dirección: ul.Dzika 19/23
Código postal: PL-00172 - Ciudad: Warszawa
Presidente: Mariusz Bialecki
Tel: +48-22 6357840 - Fax: +48-22 6357910
Email: biuro@krm.org.pl, dzial.zagr@krm.org.pl
Url: <http://www.krm.org.pl>

PORTUGAL (Admitido en 1950)**ORDEM DOS NOTÁRIOS PORTUGUESES**

Dirección: Travessa da Trindade, n° 16 – 2.º C
Código postal: PT-1200-469 - Ciudad: Lisboa
Presidente: João Maia Rodrigues
Tel: +351 21 3468176 / +351 21 3403280
Fax: +351 21 3468178 / +351 21 3403289
Email: internacional@notarios.pt
Url: <http://www.notarios.pt/OrdemNotarios/pt>

PUERTO RICO (Admitido en 1948)**ASOCIACIÓN DE NOTARIOS DE PUERTO RICO**

Dirección: P.O.Box 363613
Código postal: 00936-3613 - Ciudad: San Juan
Presidente: Nelson William González Rosario
Tel: +1-787-758-2773 - Fax: +1-787-759-6703
Email: colegiodenotarios@anotapr.org
Url: <http://www.anotapr.org>

QUÉBEC (Admitido en 1948)**CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC**

Dirección: 1801, avenue McGill College – Bureau 600
Código postal: H3A 0A7 - Ciudad: Montreal
Presidente: Gérard Guay
Tel: +1-514-879-1793 - Fax: +1-514-879-1923
Email: presidency@cnq.org
Url: <http://www.cnq.org>

REPÚBLICA CENTROAFRICANA (Admitido en 1992)**CHAMBRE DES NOTAIRES DE CENTRAFRIQUE**

Dirección: Avenue B. Boganda
Código postal: B.P. 1924 - Ciudad: Bangui
Presidente: Vincent Kotuba Kaunzy Kossin
Tel: +33 01. 39. 85. 48. 03 / +23 621618260
Fax: +23 6 75254545
Email: etudekotuba@yahoo.fr

REPÚBLICA CHAD (Admitido en 2001)**ORDRE DES NOTAIRES DU TCHAD CONSERVADORES
Y ARCHIVEROS JUDICIALES DE CHILE**

Código postal: B.P. 354 - Ciudad: N'Djaména
Presidente: Théophile B. Bongoro
Tel: +235-252-66292680 / +235-22522960
Fax: +235-252-14984 52
Email: ordre.notairestchad@yahoo.fr

REPÚBLICA CHECA (Admitido en 1994)**NOTARSKA KOMORA CESKE REPUBLIKY****(Chambre de Notaires de la République Tchèque)**

Dirección: Apolinářská 12
Código postal: CZ 128 00 - Ciudad: Praha 2
Presidente: Radim Neubauer
Tel: +420-2-24921258 / +420-2-24921126
Fax: +420-2-24919192 / +420-2-24
Email: nkcr@nkcr.cz
Url: <http://www.nkcr.cz>

REPÚBLICA DOMINICANA (Admitido en 1950)**COLEGIO DOMINICANO DE NOTARIOS**

Dirección: Calle Danae n° 12, Gazcue
Ciudad: Santo Domingo D.N.
Presidente: Pedro Rodríguez Montero
Tel: +1-809-687-2883 - Fax: +1-809-689-0849
Email: colegiodominicanodenotarios@hotmail.com,
notariorodriguez@gmail.com
Url: <http://www.colegiodominicanodenotarios.com>

REPÚBLICA DE MAURICIO (Admitido en 2009)**CHAMBRE DES NOTAIRES DE L'ILE MAURICE**

Dirección: 43, Rue Sir William Newton – PCL building
Ciudad: Port Louis
Presidente: Rajendra Dassyné
Tel: +230-212 2204 / +230-212 2647/2649
Fax: +230-212 2653
Email: rajendra.dassyné@gmail.com

REPÚBLICA DE SAN MARINO (Admitido en 1950)**ORDINE DEGLI AVVOCATI E NOTAI**

Dirección: Via Gino Giacomini, 154
Código postal: 47890 - Ciudad: San Marino Città
Presidente: Simone Menghini
Tel: +39-0549-991333 - Fax: +39-0549-991333
Email: ordinedegliavvocati@omniway.sm
Url: <http://www.tradecenter.sm/avvocati-notai>

RUMANIA (Admitido en 1997)**UNION NATIONALE DES NOTAIRES PUBLICS DE ROUMANIE**

Dirección: Str. General Berthelot nr. 41 – Sector 1
Código postal: RO-707471 - Ciudad: Bucarest
Presidente: Dumitru Viorel Manescu
Tel: +40-21-3139920/23/25/26/37/40 - Fax: +40-21-3139910
Email: unnpr2@ines.ro
Url: <http://www.uniuneanotarilor.ro>

RUSIA (Admitido en 1995)**CHAMBRE NOTARIALE FEDERALE DE RUSSIE**

Dirección: 15, rue Dolgoroukovskaya, bâtiment 4-5
Código postal: RU-127006 - Ciudad: Moscow
Presidente: Konstantin Korsik
Tel: +7-495-981 43 66 - Fax: +7-495-981 43 67
Email: interotd@notary.ru, fnp@notariat.ru
Url: <http://www.notariat.ru>

SENEGAL (Admitido en 1989)**CHAMBRE DES NOTAIRES DU SENEGAL**

Dirección: 15, Rue Jules Ferry – 4, impasse
Marguerite Trichot s/c Ipres
Código postal: B.P. 14357 - Ciudad: Dakar
Presidente: Mahmoudou Aly TOURE
Tel: +221-33 8234002 - Fax: +221-33 8234001
Email: cdns@sentoo.sn, cdns@orange.sn, mahmoudou.toure@etudematnot.com

SUIZA (Admitido en 1948)**FEDERATION SUISSE DES NOTAIRES**

Dirección: Schwanengasse 5/7
Código postal: CH-3011 - Ciudad: Berne
Presidente: Regina Wenger
Tel: +41 31 326 51 91
Email: regina.wenger@notaires.ch
info@schweizernotare.ch, fsn@schweizernotare.ch
Url: <http://www.notairessuisses.ch>

TOGO (Admitido en 1992)**CHAMBRE DES NOTAIRES DU TOGO**

Dirección: Place de la Libération 03
Rue Maréchal Bugeaud
Código postal: BP. 1990 - Ciudad: Lome
Presidente: Daniel Ekoué DOSSEH-ADJANON
Tel: (00228) 22225386 / (00228) 22218100
Fax: (00228) 22 22 11 99
Email: maitredosseh@hotmail.com,
officenotarialmedosseh@yahoo.fr,
notairessedosseh@yahoo.fr, notairestogo@yahoo.fr

TÚNEZ (Admitido en 2010)**CHAMBRE NATIONALE DES NOTAIRES TUNISIENS**

Dirección: 26 rue Sidi Jbeli
Código postal: 2080 - Ciudad: Ariana
Presidente: Naceur Ouni
Tel: +216 71 703031 - Fax: +216 97625467
Email: Ouni.naceur@hotmail.fr,
mencherimohamedikbel@yahoo.com
Url: <http://notaires.tn>

TURQUÍA (Admitido en 1975)**TÜRKİYE NOTERLER BIRLIGI** (Union des Notaires Turcs)

Dirección: Söğütözü Caddesi N° 4
Ciudad: Çankaya/Ankara
Presidente: Yunus Tutar
Tel: +90-312 218 80 00 - Fax: +90-312 218 80 42
Email: baskan@tnb.org.tr, sibel@tnb.org.tr
Url: <http://www.tnb.org.tr>

UCRANIA (Admitido en 2013)**CHAMBRE NOTARIALE DE L'UKRAINE**

Dirección: 7A, rue Gorky
Código postal: 01004 - Ciudad: Kiev
Presidente: Volodymyr Marchenko
Tel: +38 (044) 230-72-75 - Fax: +38 (044) 230-72-78
Email: npu.in.ua@ukr.net, interdep.npu@gmail.com
Url: <http://npu.in.ua>

URUGUAY (Admitido en 1948)**ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY**

Dirección: Avenida 18 de Julio 1730, pisos 11 y 12
Edificio del Notariado - Ciudad: Montevideo
Presidente: Antonio María Sarachu Rovira
Tel: +598-2-4094317 / +598-2-4006400 - Fax: +598-2-4010637
Email: secretaria@aeu.org.uy
Url: <http://www.aeu.org.uy>

VATICANO (Admitido en 1950)**UFFICIO LEGALE DEL GOVERNATORATO**

Código postal: V-00120 - Ciudad: Citta Del Vaticano
Presidente: Avv. Carlo Carrieri,
Capo dell'Ufficio Legale
del Governatorato
Tel: +39-06-69885592 - Fax: +39-06-69885299
Email: notariato@scv.va

VENEZUELA (Admitido en 1984)**ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE NOTARIOS PÚBLICOS**

Dirección: Avenida principal de las Mercedes
Edificio Barsa Oficina 1 A - Ciudad: Caracas
Presidente: Ramon Llovera
Tel: +58 212 9938477 / +58 212 9920621
Email: ramonllovera@hotmail.com

VIETNAM (Admitido en 2013)

Dirección: 141-143 Pasteur Street
Ciudad: Ho Chi Minh
Presidente: Mrs Ngo Minh HONG
Tel: +58 212 9938477 / +58 212 9920621
Email: saigonnotary@gmail.com,
hoicongchungvientphcm@gmail.com,
tvhanh51@yahoo.com



*86 Países del mundo
Unidos por un mismo fin y una misma meta:
La unión del Notariado*



PALABRAS DE LA PRESIDENTE DE ONPI





Not. Águeda L. CRESPO
Presidenta de ONPI (Legislatura 2014-2016)

PALABRAS DE LA PRESIDENTE DE ONPI

Queridos lectores:

Este número de la RIN coincide con la culminación de la legislatura 2014/2016, período muy fructífero para la ONPI, ya que terminamos esta etapa con la enorme satisfacción de haber acercado el notariado internacional a los notarios de base.

En este período, nos hemos referido constantemente a la importancia de sostener en alto las banderas de los padres fundadores de la UINL, de quienes destacamos su generosa vocación de servicio y universalidad. Eran hombres visionarios e impulsores de la propagación de los principios de la Unión y por ello, hoy más que nunca, quisiéramos recordarlos.

Han sido y son un ejemplo, ya que sin anteponer su supuesta primacía por pertenecer a notariados fuertes y/o a países ricos, pusieron todo su empeño en la concreción de un sueño, la unión de los notariados. Como ustedes recordarán América latina, distante de las atrocidades de la segunda guerra mundial y con una favorable situación económica-lejos de convertirse en xenófoba- se elevó con su generosidad y fue así como recibió en su seno a miles de inmigrantes de las nacionalidades más diversas, sin impedimentos, con la sola condición que sean “hombres de buena voluntad que quisieran habitar nuestro suelo”.

Imbuidos del espíritu que emana de esta tierra -en la cual germinó la idea de la unión- es que nos dirigimos a ustedes en este editorial, con algunas reflexiones sobre la dirigencia y los dirigentes.

¿Qué propendemos como dirigentes: la integración o el aislamiento? ¿Qué esperamos de nuestros dirigentes?

Los dirigentes debieran ser una genuina representación del sentir de las instituciones que los eligen y debieran actuar en consecuencia con responsabilidad por lo que generarán en los demás con sus opiniones. Pero muchas veces se priorizan los particulares puntos de vista, con intereses estrictamente personales. En esta actualidad universal cambiante y convulsionada, es necesario elegir representantes con convicción y responsabilidad, que puedan aunar esfuerzos y lograr principios comunes, rectores de nuestra vida y nuestra profesión. En el mundo se comienza a vivir un clima de aislamiento, se levantan muros entre naciones y se publicitan noticias de separatismos que desalientan, como la reciente decisión de los británicos, conocida popularmente como *Brexit*.

Pese a los numerosos acuerdos sociales, jurídicos, culturales y políticos, igual se producen las divisiones. ¿Es el aislamiento el nuevo rumbo a seguir? ¿Ha fracasado la idea de integración? ¿Hemos sostenido una utopía?

No, decididamente no. Si analizamos el desmembramiento de las uniones, veremos que la clave está en el fracaso de los dirigentes, en los líderes de esos movimientos, quienes lejos de transmitir a las bases sus principios inalterables y fundacionales; lejos de construir instituciones aptas para llevar al éxito a las mismas, resaltan y remarcan las diferencias culturales, jurídicas y económicas.

Aún hoy se siguen cuestionando las ventajas de la globalización y los panoramas nacionales se complican con las migraciones masivas; sumado esto al acceso a la información de manera inmediata, lo que también genera reacciones inmediatas e intempestivas, se percibe un panorama universal complicado, en el cual la preparación y la conducta de los dirigentes son determinantes y decisivos. En esta era de incertidumbre que estamos viviendo, es necesario tener muy claro los objetivos. Sin dirigentes convencidos de la importancia de la unión -de los esfuerzos comunes- no se generan instituciones sólidas y sostenidas en el tiempo.

La Encuesta Mundial de Valores (EMV) o World Values Survey (WVS) es una red mundial de científicos sociales y politólogos que desde 1981 llevan a cabo una investigación sobre valores y opiniones de la gente, haciendo encuestas nacionales representativas en casi 100 países y es la única fuente de datos empíricos sobre actitudes y valores humanos que abarca a la mayoría de la población mundial (casi el 90%).

Las conclusiones y hallazgos científicos de este trabajo, son utilizados frecuentemente por gobiernos en todo el mundo y organizaciones internacionales y esta institución ha resaltado la relevancia del papel de los dirigentes en las crisis.

Tal es el caso de Romano Prodi (ex primer ministro de Italia y ex presidente de la Comisión Europea), quien comprendió la importancia de la divergencia, expresando que: "La creciente globalización de los mercados mundiales hace imperativa la comprensión (...) de la diversidad. Para que todos los que posean valores y creencias distintas, puedan trabajar y vivir juntos es necesario comprender y apreciar sus distintas visiones del mundo"

Nuestra Unión es un reflejo de la diversidad y de los valores democráticos. Esto se evidencia en el respeto por las decisiones de la mayoría, sin diferenciar si los votos provienen de los notariados fuertes y tradicionales o de los jóvenes y en vías de desarrollo. Esta fue la concepción de los fundadores: unirse con generosidad a pesar de la disparidad de realidades.

La heterogeneidad y la diversidad de opiniones son enriquecedoras, ya que sólo de ellas puede emerger el sentido primordial de las cosas.

Por esto, debemos elegir dirigentes que prioricen en las instituciones los principios comunes, todo lo que nos une. Y con respecto a las diferencias que nos separan, que sepan buscar, en esta diversidad, los elementos enriquecedores del disenso. Que recuerden siempre que no necesariamente los notariados más poderosos económicamente son los más prestigiosos y capacitados, y que no olviden que esta circunstancia es generalmente fluctuante.

De la misma manera que el triunfo del Brexit genera una gran incertidumbre -que dista mucho de ser un verdadero triunfo- los dirigentes no debieran considerar que sus posturas son indiscutibles e inmodificables, porque muchas veces el éxito de ellas puede provocar una crisis estructural en el cuerpo colegiado. De todos los análisis dispares que se hicieron buscando las causas de esta ruptura dentro de la UE, nosotros creemos que el más acertado es el que atribuye este fracaso a la crisis dirigencial y que el temor al "efecto contagio" del aislamiento está latente en las instituciones colegiadas y permanecerá allí en la medida que nuestros líderes no estén a la altura de las circunstancias.

Es necesario dejar de lado los análisis economicistas y utilitarios, tanto del derecho como de las relaciones entre pares y retomar el cauce de los intereses comunitarios, esos intereses sostenidos con grandeza, como un estandarte, por los fundadores de la UINL.

¡En sus manos está el futuro de la unión y del notariado internacional!

Los saludamos con toda consideración.



Nat. Aguada L. Crespo



Me. Águeda L. CRESPO
Président ONPI (Legislature 2014-2016)

PAROLES DE LA PRÉSIDENTE DE L'ONPI

Ce numéro de la RIN coïncide avec la fin de la législature 2014/2016, période très riche pour l'ONPI. En effet, nous allons finir une étape avec l'énorme satisfaction d'avoir rapproché le notariat international aux notaires de base.

Le long de cette période, nous avons toujours fait référence à l'importance de brandir les drapeaux des fondateurs de l'UINL, dont nous remarquons leur généreuse vocation de service et d'universalité. C'étaient des hommes visionnaires et promoteurs de la diffusion des principes de l'Union, voilà pourquoi nous souhaiterions aujourd'hui plus que jamais leur rendre hommage.

Ils ont été un exemple et ils continuent de l'être. En effet, sans mettre devant leur prééminence présumée de faire partie des notariats forts et/ou des pays aisés, ils ont mis tout leur effort pour réaliser un rêve, l'union des notariats. Tel que vous vous en souviendrez, l'Amérique latine, éloignée des atrocités de la deuxième guerre mondiale et favorisée par sa situation économique, loin de devenir xénophobe s'est élevée avec sa générosité et a ainsi accueilli dans son sein des milliers d'immigrants des nationalités très diverses, sans empêchements, avec la seule condition qu'ils soient des "hommes de bonne volonté désirant d'habiter notre sol".

Imprégnés de l'esprit émanant de cette terre –où a germé l'idée de l'union– nous nous adressons à vous lors de cet éditorial, avec quelques réflexions sur les responsables de direction et les dirigeants.

Qu'est-ce que nous proposons comme dirigeants : l'intégration ou l'isolement ? Qu'est-ce que nous attendons de nos dirigeants?

Los dirigeants devraient être une représentation authentique du sentiment des institutions les ayant élu et devraient agir en conséquence avec responsabilité pour ce qu'ils vont faire éprouver chez les autres avec leurs opinions. Mais bien des fois, leurs points de vue particuliers deviennent prioritaires avec des intérêts strictement personnels. Face à cette actualité universelle, changeante et troublée, il faut choisir des représentants avec conviction et responsabilité, susceptibles d'unir leurs efforts et atteindre des principes communs, afin de diriger notre vie et notre profession. De nos jours, on commence à éprouver dans le monde un climat d'isolement, des murs qui se dressent entre des nations et la parution des informations de séparatisme qui découragent, tel que la récente décision des britanniques, connu populairement en tant que Brexit.

Malgré les nombreux accords sociaux, juridiques, culturels et politiques, les divisions continuent de se produire. Est-ce l'isolement le nouveau cap à suivre? L'idée d'intégration a-t-elle échoué? Avons-nous soutenu une utopie?

Non, décidément non. Si nous analysons le démembrement des unions, nous verrons que la clé est dans l'échec des dirigeants, chez les leaders de ces mouvements, qui soulignent et remarquent les différences culturelles, juridiques et économiques loin de transmettre aux bases leurs principes inaltérables et fondationnels; loin de construire des institutions aptes à les faire réussir.

Même aujourd'hui on continue à discuter les avantages de la mondialisation et les panoramas nationaux se compliquent avec les migrations massives; il faut y ajouter l'accès à l'information

de manière immédiate ce qui produit en plus des réactions immédiates et intempestives. On perçoit une situation universelle, dans laquelle la formation et le comportement des dirigeants sont déterminants et décisifs. Dans cette période d'incertitude que nous vivons, il faut avoir des objectifs bien clairs. Sans des décideurs convaincus de l'importance de l'union -des efforts communs- on ne peut pas créer des institutions solides et durables.

La World Values Survey (WVS) ou l'Enquête des valeurs autour du monde est un réseau mondial d'experts en sciences sociales y de politologues qui, depuis 1981, mènent à bout une recherche sur les valeurs et des avis des particuliers, grâce à des enquêtes nationales représentatives dans près de 100 pays. Il s'agit aussi d'une source unique de données empiriques sur les attitudes et les valeurs humaines englobant la plupart de la population mondiale (près de 90%).

Les conclusions et découvertes scientifiques de ce travail sont souvent utilisées par les gouvernements du monde et des organisations internationales et cette institution a mis en relief la grande importance du rôle des dirigeants en temps de crises.

C'est le cas de Romano Prodi (ancien premier ministre de l'Italie et ancien président de la Commission européenne), qui a compris l'importance de la divergence, en disant que : "La croissante mondialisation des marchés mondiaux rend impératif de comprendre (...) la diversité. Afin que tous ceux qui ont des valeurs et des croyances différentes puissent travailler et vivre ensemble, il est nécessaire de comprendre et d'apprécier leurs différentes visions du monde."

Notre Union traduit cette diversité et les valeurs démocratiques. C'est ce qui est mis en évidence par le respect sur les décisions prises à la majorité, sans faire de différences entre les voix provenant des notariats puissants et traditionnels ou des notariats jeunes et en voie de développement. C'était dans l'esprit des fondateurs : l'union dans la générosité malgré l'inégalité des réalités.

L'hétérogénéité et la diversité des avis sont enrichissantes, ce n'est qu'à partir de celles-là que peut surgir le sens essentiel des choses.

pourquoi, nous devons élire des dirigeants qui donneront, dans nos institutions, la priorité aux principes en commun, soit tout ce qui fait notre union. Quant aux différences qui nous séparent, qu'ils sachent rechercher dans cette diversité, les éléments enrichissants du désaccord. Il faut toujours avoir à l'esprit que ce n'est pas nécessairement les notariats les plus puissants du point de vue économique qui sont les plus prestigieux et formés et il ne faut pas oublier qu'en général cette circonstance varie.

De la même manière que la victoire du Brexit crée une grande incertitude -qui est loin d'être une victoire véritable- les dirigeants ne devraient pas considérer que leurs positions sont indiscutables et invariables. En effet, bien souvent leur réussite peut entraîner une crise structurelle au sein du collège. De l'ensemble des analyses si diverses visant à rechercher les causes de cette rupture au sein de l'UE, nous estimons que la plus judicieuse et celle attribuant cet échec à la crise au niveau des dirigeants et que la crainte de "l'effet domino" de l'isolement est latente dans les institutions collégiales et elle y demeurera dans la mesure où nos leaders ne seront pas à la hauteur des circonstances.

Il faut écarter les analyses économicistes et utilitaires, tant en droit que dans les rapports entre pairs et revenir aux intérêts communautaires, ces intérêts soutenus dans la grandeur, en tant qu'étendard, par les fondateurs de l'UINL.

L'avenir de l'union et du notariat international est entre leurs mains !

Recevez nos salutations distinguées.



Mr. Agueda L. Crespo



Not. Águeda L. CRESPO
President ONPI (Legislature 2014-2016)

WORDS OF ONPI'S PRESIDENT

Dear Readers:

This issue of the RIN coincides with the conclusion of the 2014/2016 legislature, a very fruitful period for ONPI since it ends with a huge satisfaction of having brought the international notariat closer to junior notaries.

During this period, we have constantly referred to the importance of raising high the flags of UINL's founding fathers that are recognized for their generous call to service and universality. They were visionary men who promoted the Union's principles and, for such reason, we would like to remember them, today more than ever.

They have been and continue to be an example because, without putting first their supposed supremacy of belonging to strong notariats and/or rich countries, they have used all their efforts to achieve a dream, the union of the notariats. As you will remember, Latin America, being far away from the atrocities of the Second World War and enjoying a favorable economic situation –far from becoming xenophobic–, rose above with generosity and, in this manner, welcomed thousands of immigrants from the most diverse nationalities, without obstacles, on the sole condition that they were “men of good will wishing to inhabit our land.”

Infused with the spirit of this land –where the concept of the union was born–, we address you in this editorial with some thoughts about leadership and leaders.

Where do we lean as leaders: towards integrity or isolation? What do we expect from our leaders?

Leaders should be actual representatives of the feeling of the institutions that choose them, and should consequently act with responsibility for the effects that their opinions will have on others. However, priority is given many times to individual opinions, where interests are strictly personal. In this changing and troubled universal reality, it is necessary to choose representatives with conviction and responsibility, capable of joining their efforts and achieving the common principles that govern our life and profession. The world is beginning to experience a sense of isolation, walls are being built between nations and discouraging news about separatism are published, such as Britain's recent decision, commonly known as Brexit.

Despite numerous social, legal, cultural and political agreements, divisions occur. Is isolation the new course to take? Has the concept of integration failed? Have we maintained a Utopia? No, absolutely not. If we analyze the separation of unions, we will see that the key is in failure of the leaders, as heads of such movements, who far from transmitting to the rank-and-file members their unchangeable founding principles, and far from creating suitable institutions that will lead them to success, they stress and highlight any cultural, legal and economic differences.

Even today the advantages of globalization are questioned and national scenarios get complicated with mass migrations. Due to such situation, added to the immediate access to infor-

mation that further generates immediate and ill-timed reactions, a complicated universal scenario is perceived, where leaders' training and conduct are determining and decisive. In this era of uncertainty that we are experiencing, we need to have very clear goals. Without leaders convinced of the importance of unity, of common efforts, there will be no solid institutions sustained over time.

The World Values Survey (WVS) is a worldwide network of social and political scientists that, since 1981, has carried out a research project on people's values and opinions, conducting representative national surveys in almost 100 countries. It is the only source of empirical data on human attitudes and values representing the majority of the world population (almost 90%).

Scientific conclusions and findings of this work are frequently used by governments from all over the world and international organizations. This institution has highlighted the role of leaders in crisis management.

Such is the case of Romano Prodi (former Prime Minister of Italy and former President of the European Commission), who understood the importance of diversity, stating that: "The growing globalization of the world makes it increasingly important to understand [...] diversity. People with varying beliefs and values can live together and work together productively, but for this to happen it is crucial to understand and appreciate their distinctive worldviews."

Our Union is a reflection of diversity and democratic values. This is evidenced by the respect for majority decisions, without distinguishing if votes are cast by strong traditional notariats or young developing ones. This was the founders' intention: to come together with generosity despite different realities.

Heterogeneity and diversity of opinions are enriching, since only from them does the fundamental sense of things emerge.

Consequently, we must choose leaders that give priority in institutions to common principles, to everything that brings us together. With respect to differences dividing us, leaders should find, in such diversity, the enriching elements of dissent. They should always remember that the most financially powerful notariats are not necessarily the most prestigious and trained, without forgetting that such is a generally fluctuating circumstance.

In the same way as the Brexit triumph causes great uncertainty –which is far from being an actual triumph–, leaders should not believe that their positions are unquestionable and unchangeable, because many times their success may cause structural crisis in the professional body. Of all the different analyses made in an attempt to find the causes of the separation within the EU, we believe that the most accurate is the one that attributes such failure to a leadership crisis, and that the fear of a "contagion effect" of isolation is present in professional bodies, and will remain present if our leaders fail to rise to the occasion.

We need to put aside all economicist and utilitarian analysis both on the law and peer relationships, and resume the path towards community interests, which interests have been sustained with greatness, as a banner, by UINL's founders.

The future of the Union and the International Notariat is in your hands!

With warm regards.



Xosé Aguiar L. Crespo

SUMARIO

DISCURSOS Y RECOMENDACIONES

RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL (CDN) (ES) (FR) (IN) P 23
QUITO ECUADOR. 5 DE MAYO DE 2016

2^{DA} CONFERENCIA AFROAMERICANA “HUGO PÉREZ MONTERO” P 29
LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS INVERSIONES ENTRE ÁFRICA Y AMÉRICA
CARTA DEL PRESIDENTE DANIEL-SEDAR SENGHOR Y RECOMENDACIONES (ES) (FR) (IN)
RÍO DE JANEIRO. 28 Y 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015

ARTÍCULOS Y TRABAJOS ACADÉMICOS

REUNIONES INSTITUCIONALES DE LA (UINL) P 45
COMISIÓN DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL
¡EL PRINCIPIO AXIOLÓGICO DE PROBIDAD NO ES PIEZA DE MUSEO! (ES) (FR) (IN)
ESTAMBUL - TURQUÍA. 15 AL 18 DE MAYO DE 2015

COMISION DE ASUNTOS EUROPEOS (CAE) P 53
LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS PAÍSES EUROPEOS
Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO NOTARIAL (ES) (FR) (IN)
MARÍA DE LOS REYES SANCHEZ MORENO (ESPAÑA). NOVIEMBRE DE 2015

EL NÚMERO PROGRAMADO DE NOTARIOS: P 85
UNA REGLA NECESARIA PARA EL NOTARIADO DE HOY (ES)
CARLOS MARCELO D'ALESSIO.
DEL LIBRO EN HOMENAJE A GIANCARLO LAURINI “SCRITTI UN ONORE DI GIANCARLO LAURINI”

INDIA - FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE INDIAN NOTARIAL SYSTEM (IN) P 93
NOTARIES ASSOCIATION - MUMBAI, INDIA. APRIL DE 2016

HACIA LA EFECTIVA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (ES) P 99
POR ALFONSO CAVALLÉ

A INTERVENÇÃO DO NOTÁRIO NOS NEGÓCIOS PRIVADOS COMO P 111
DIRETRIZ DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (POR)
JOSÉ FLÁVIO BUENO FISCHER

LA MEJORA Y LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS HEREDEROS: P 119
UNA MIRADA A ESPAÑA, PUERTO RICO Y ARGENTINA (ES)
GERARDO BOSQUES HERNÁNDEZ

VADEMECUM DE L'EXPATRIATION AU PORTUGAL (FR)

P 131

STEPHEN OLIVIER. JUIN DE 2015

UINL: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES (ES)

P 143

ALMUDENA CASTROGIRONA MARTÍNEZ

PREMIO DUCRET

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

P 151

LIMA, PERÚ. 10 AL 12 OCTUBRE DE 2013

PONENCIA GANADORA: ARGENTINA

“LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL MERCADO INMOBILIARIO:
LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN” (ES)

Nota: los artículos se publican únicamente en el/los idioma/s en los que fueron elaborados por los autores.

Remarque: les articles ne sont publiés que dans la/les langue/s dans laquelle/lesquelles les auteurs les auront rédigés.

Note: Articles are published in the original language/s in which they were written by the authors.



RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL DE LA UNIÓN (CDN)

EFECTUADA CON VOTO UNÁNIME EN LA SESIÓN ORDINARIA DEL DÍA 5 DE MAYO DE 2016
EN QUITO ECUADOR, PRESIDIDA POR EL NOT. FRANCISCO JAVIER GUARDIOLA



“Todos los notariados que componen la U.I.N.L. deben controlar con mayor empeño a sus notarios en particular, para que éstos cumplan con los principios consagrados en el Código Deontológico de Lima 2013, y para que exijan a sus notarios que el servicio fedatario se preste siempre de manera personal, con absoluta independencia y autonomía intelectual, con imparcialidad objetiva, y asesorando siempre de manera especial a la parte más débil, es decir, a la de menores recursos económicos y/o culturales. Para que exijan de sus notarios que no ejerzan el comercio, ni aún por interpósita persona y que si actúan para el Estado, como el caso de los Escribanos Generales de Gobierno, no autoricen actos que receptan voluntades de particulares, dejando tales tareas para el ejercicio imparcial de los notarios de registro. Finalmente, que los notariados miembros de esta Unión hagan cumplir los principios que marcan y marcarán siempre la diferencia entre nuestro sistema y aquellos sistemas que no cuentan con esta poderosa herramienta de conveniencia social que representa el prototipo de notario que promueve nuestra U.I.N.L., conscientes de que el gran valor agregado que podemos exhibir los notarios que ejercen la función notarial bajo los principios del notariado Latino-Germánico, es precisamente el ceñimiento hacia tales principios”.



RECOMMANDATION DE LA COMMISSION DE DÉONTOLOGIE NOTARIALE (CDN)

EFFECTUÉE AVEC LE VOTE UNANIME LORS DE LA SÉANCE ORDINAIRE DU 5 MAI 2016
À QUITO EN EQUATEUR, PRÉSIDIÉE PAR ME. FRANCISCO JAVIER GUARDIOLA



“Tous les notariats composant l'U.I.N.L. doivent contrôler avec plus de zèle leurs notaires notamment afin de respecter les principes consacrés dans le Code de Déontologie de Lima 2013, et d'exiger à leurs notaires d'assurer leur service personnellement avec une indépendance totale et une autonomie intellectuelle, avec une impartialité objective, et en offrant leur conseil toujours de façon spéciale à la partie la plus démunie, soit à ceux qui ont moins de ressources économiques et/ou culturelles.

Afin d'exiger à leurs notaires de ne pas exercer le commerce, ni même à travers un tiers; dans l'hypothèse où ils auraient des fonctions dans l'État, tel le cas des Notaires Généraux de Gouvernement, ils s'interdiront de passer des actes visant à recevoir la volonté des particuliers, laissant ces activités à l'exercice impartial des notaires inscrits au registre. Enfin, que los notariats membres de cette Union fassent respecter les principes qui font et feront toujours la différence entre notre système et les autres systèmes ne disposant pas de ce puissant outil d'intérêt social représenté par le prototype de notaire mis en œuvre par notre U.I.N.L., conscients que la grande valeur ajoutée, dont nous sommes dotés, nous, les notaires exerçant la fonction notariale, régis par les principes du notariat latino-germanique, est précisément de les respecter”.

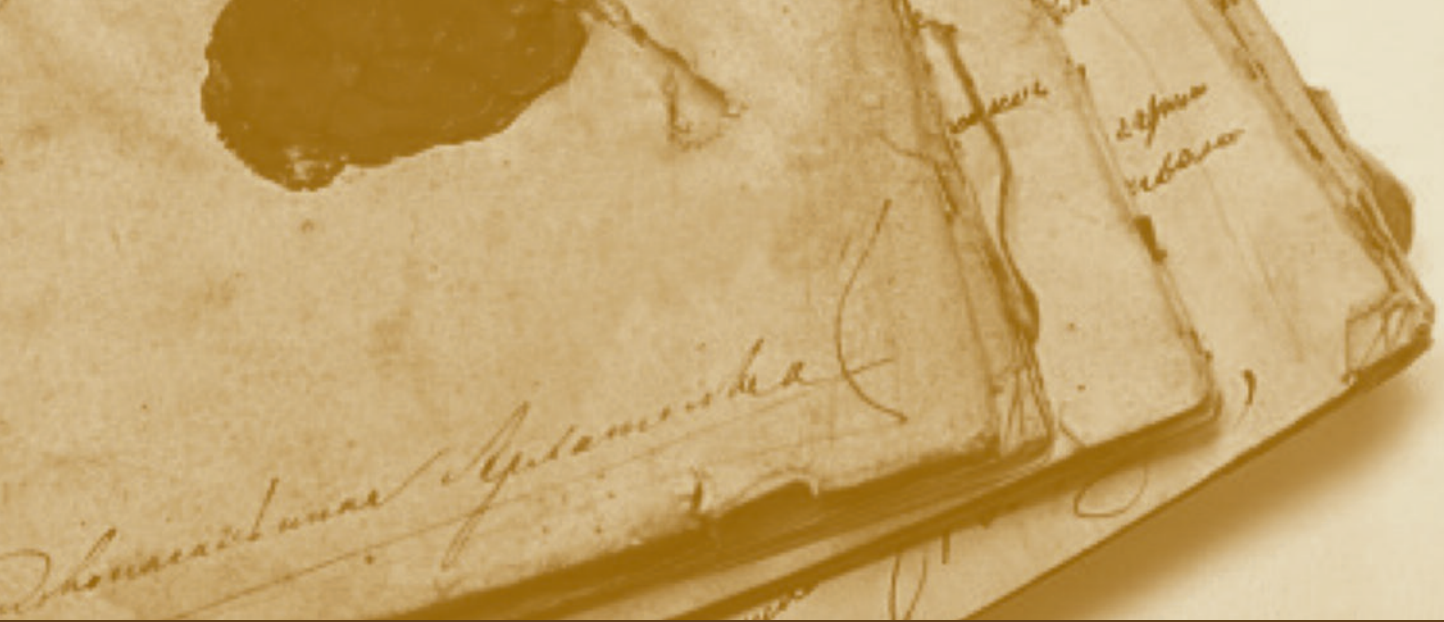


RECOMMENDATION OF THE NOTARIAL DEONTOLOGY COMMISSION (CDN)

ADOPTED BY UNANIMOUS VOTE AT THE REGULAR MEETING HELD ON MAY 5, 2016, IN QUITO, ECUADOR, PRESIDED BY NOTARY FRANCISCO JAVIER GUARDIOLA



“All member notariats of the U.I.N.L. must make more efforts to control their notaries, especially urging them to observe the principles of the Deontology Code of Lima 2013, and to provide notary services always in a personal manner, with absolute independence, intellectual autonomy and objective impartiality, always advising the weakest party, that is, the party with less economic and/or cultural resources. Also, they should ask their notaries to avoid doing business, not even through third parties, and that, if they acted on behalf of the State, as in the case of Government Notaries (*Escribanos Generales de Gobierno*), they should refrain from authenticating acts involving individuals’ free will, leaving such activities to notaries public who act impartially. Finally, this Union’s member notariats should enforce the principles that make and will always make a difference between our system and the systems lacking such powerful tool of social convenience that is the type of notary promoted by our UINL, being aware that the great added value that we, as notaries who practice the notary profession under the principles of the Latin-German notariat, can offer is precisely our compliance with such principles.”



DISCURSOS Y RECOMENDACIONES





2^{da} CONFERENCIA AFROAMERICANA “HUGO PÉREZ MONTERO”

LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS INVERSIONES
ENTRE ÁFRICA Y AMÉRICA

“Construir un puente de intercambios y servicios a través del Océano Atlántico Sur”
Río de Janeiro, 28 y 29 de septiembre de 2015







CARTA DEL PRESIDENTE DANIEL-SEDAR SENGHOR



2^{da} CONFERENCIA AFROAMERICANA “HUGO PÉREZ MONTERO”
RÍO DE JANEIRO, 28 Y 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Dakar, 2 de diciembre de 2015

A TODOS LOS NOTARIADOS MIEMBROS Y CONSEJEROS DE LA UINL

Señoras y Señores Presidentes, Queridos Colegas,

Por la presente doy seguimiento a la 2^{da} Conferencia Afroamericana “Hugo Pérez Montero” realizada en Rio de Janeiro, los días 28 y 29 de septiembre pasado, sobre el tema *LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS INVERSIONES ENTRE ÁFRICA Y AMÉRICA “Construir un puente de intercambios y servicios a través del Océano Atlántico Sur”*.

Esta conferencia nos permitió comprender la necesidad real y actual de encuentros entre los empresarios del mundo entero e ilustró que el notariado es el instrumento privilegiado de estos intercambios.

Nuestro compromiso hacia el mundo de los negocios y las repercusiones positivas que esta inversión tendrá en la imagen y el espacio de influencia de nuestra profesión debe invitarnos a ampliar el círculo de nuestros invitados y a seguir los trabajos emprendidos por la Conferencia, con el fin de reiterar enseñanzas concretas para nuestro futuro.

Como es de vuestro conocimiento, quise iniciar este evento desde un principio, cuando asumí mi función, tan esencial me parecía responder a esta solicitud creciente de seguridad jurídica de las empresas para sus transacciones transcontinentales que van intensificándose.

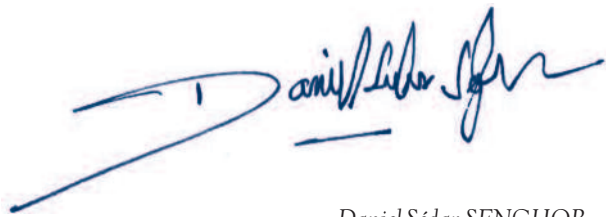
Nuestra ventaja, como profesionales del derecho, reside en la instauración de un servicio en favor de estos actores transcontinentales con el fin de asegurar sus inversiones e intercambios.

En efecto, el notariado aspira a contribuir a la extensión de los intercambios intercontinentales proponiendo su asistencia jurídica, así como la puesta a disposición de amplias bases de datos temáticos, con el objetivo principal de ofrecer una calidad de servicio óptima a todos, en beneficio de la seguridad jurídica del contrato y de la pacificación de las relaciones económicas y sociales.

La evaluación de los intercambios entre África y América con motivo de esta Conferencia, no eran más que el prototipo, ya que los debates pusieron de manifiesto que la expectativa es universal, es lo que resulta de las recomendaciones emanadas cuyo texto adjunto a la presente.

Confío en poder contar con vuestro aporte activo para promover y destacar el papel del notariado en el desarrollo de relaciones económicas seguras y equitativas entre los continentes.

Me valgo de la oportunidad para reiterarles las seguridades de mi más atenta y distinguida consideración.



Daniel-Sédar SENGHOR
Presidente de la Unión Internacional del Notariado



RECOMENDACIONES

2^{da} CONFERENCIA AFROAMERICANA “HUGO PÉREZ MONTERO” LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS INVERSIONES ENTRE ÁFRICA Y AMÉRICA

“Construir un puente de intercambios y servicios a través del Océano Atlántico Sur”

RÍO DE JANEIRO, 28 Y 29 DE SEPTIEMBRE DE 2015



DE CARÁCTER INSTITUCIONAL

Africanos y Latinoamericanos deben transformar los vínculos históricos para la mutua ventaja económica de nuestros pueblos y de nuestras empresas.

1º- Incitar a nuestros líderes políticos a interesarse en nuestros dos continentes. Es por medio de la política que el marco del desarrollo de los negocios entre los dos continentes va a acelerarse.

2º- Lo mismo ocurre con el transporte aéreo, vector indispensable para el desplazamiento de los hombres y empresas.

3º- Participar en la lucha contra la mala gobernanza (corrupción, en particular).

4º- Participar e influir sobre la política de tenencia de la tierra de nuestros Estados para una mejor protección de la mayoría de la población sobre todo aquéllos que producen (campesinos, empresas). Luchar contra el acaparamiento de tierras.

5º- El notariado debe hacer el esfuerzo de identificar con el fin de acompañar mejor los sectores de inversión y desarrollo de los negocios entre las empresas de los dos continentes.

6º- Seleccionar las mejores estrategias para acceder a los mercados africanos y latinoamericanos. Estos son los centros de promoción cultural y económica (establecimiento de un

banco de datos para la información sobre las empresas y los productos propuestos). Eso permite saber a qué mercado se dirigen nuestras empresas.

7º- Dar énfasis a los procesos de integración económica y jurídica como es el caso de Mercosur, OHADA, CEDEAO, SADEAO, CEMAC y UEMOA. Influir los gobernadores mediante un lobby eficaz para incrementar las relaciones entre las entidades de integración. A este respecto, el ASA, foro de cooperación entre América del Sur y África debe reforzarse.

8º- Garantizar que los códigos de la tierra integren bien la necesidad de seguridad de la tenencia de la tierra y aseguren la titulación de la mayoría de los ciudadanos, sobre todo los productores. A tal efecto, el notariado debe integrar las comisiones nacionales de relectura de nuestros códigos patrimoniales y de tenencia de la tierra.

9º- Fomentar por medio de una política fiscal adaptada una mejor ocupación de nuestras ciudades.

10º- Tener la cooperación de organismos internacionales y seguir la realización de proyectos.

**La recompensa máxima
vendrá de nuestros propios esfuerzos.**

DE CARÁCTER NOTARIAL

1º- Propone la creación de un Grupo de Trabajo en la UINL consagrado al desarrollo de los negocios y su seguimiento.

2º- Contribución posible y la UINL debería encabezarla: acompañamiento del derecho mercantil, punto de entrada útil e indispensable para los procesos de *joint-ventures*, participación de las PYME. Pero sobre todo intervención en la cuestión de tenencia de la tierra.

3º- Llamamiento al notariado brasileño para que se comprometa a recobrar sus competencias en derecho mercantil, ámbito natural de intervención del notario.

4º- Hacer lo posible para garantizar mejor la circulación de las escrituras notariales entre los dos continentes para acompañar realmente a las empresas que hacen negocios entre los dos continentes.

5º- El notariado debe comprometerse en los ámbitos necesarios para acompañar a los operadores económicos como el derecho de crédito, las sociedades comerciales.

6º- Reforzar la oferta del servicio público notarial y hacer que sea más próximo al ciudadano. Alentar a los países africanos que aún no tienen un notariado de tipo liberal que lo hagan a gran beneficio de las poblaciones, de las empresas y de la seguridad jurídica.





LETTRE DU PRÉSIDENT DANIEL-SEDAR SENGHOR



2^{ÈME} CONFÉRENCE AFRO-AMÉRICAIN « HUGO PÉREZ MONTERO »
RIO DE JANEIRO, 28 ET 29 SEPTEMBRE 2015

Dakar, le 2 décembre 2015

AUX PRÉSIDENTS DES NOTARIATS MEMBRES ET AUX CONSEILLERS DE L'UINL

Cher Président, Cher Confrère, Chère Consoeur,

Je fais suite à la 2^{ème} Conférence afro-américaine « Hugo Pérez Montero » qui a eu lieu à Rio de Janeiro les 28 et 29 septembre derniers, sur le thème *LA SECURITE JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS ENTRE L'AFRIQUE ET L'AMERIQUE*, « Construire un pont d'échanges et de services au-dessus de l'Atlantique Sud ».

Cette conférence nous a permis d'appréhender le besoin réel et actuel de rencontres entre les entrepreneurs du monde entier et a illustré que le notariat est l'instrument privilégié de ces échanges.

Notre engagement envers le monde des affaires et les retombées positives que cet investissement aura sur l'image et l'espace d'influence de notre profession doit nous inviter à élargir le cercle de nos invités et à continuer les travaux proposés par la Conférence, afin d'en retirer des enseignements concrets pour notre avenir.

Pour mémoire, je vous rappelle que j'ai souhaité initier cet événement dès ma prise de fonction, tant il me semblait essentiel de répondre à cette demande croissante de sécurité juridique des entreprises pour leurs transactions transcontinentales qui vont s'intensifiant.

Notre avantage, en tant que professionnel du droit de proximité, réside dans la mise en place d'un service au profit de ces acteurs transcontinentaux afin de sécuriser leurs investissements et leurs échanges.

En effet, le notariat peut contribuer à l'extension des échanges intercontinentaux, en proposant son assistance juridique et rédactionnelle ainsi que la mise à disposition de larges bases de données thématiques, avec pour objectif principal d'offrir une qualité de service optimale pour tous, au bénéfice de la sécurité juridique du contrat et de la pacification des relations économiques et sociales.

L'évaluation des échanges entre l'Afrique et l'Amérique à l'occasion de cette Conférence, n'en étaient que le prototype, car les débats ont bien montré que l'attente est universelle et de tout ce qui précède, vous trouverez la synthèse dans les recommandations édictées, dont je vous joins copie.

Je compte sur vos démarches actives pour en faire la promotion et pour souligner le rôle du notariat dans le développement de relations économiques sécurisées et équitables entre les continents.

Je vous souhaite bonne réception et lecture des présentes, ainsi que des recommandations en annexe et vous prie de croire, Cher Président, Cher Confrère, Chère Consoeur, en mes sentiments les meilleurs.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Daniel-Sédar SENGHOR', with a large, stylized flourish to the left.

Daniel-Sédar SENGHOR
Président de l'Union Internationale du Notariat



RECOMMANDATIONS

2^{ème} CONFÉRENCE AFRO-AMÉRICAINNE “ HUGO PÉREZ MONTERO ”

LA SECURITE JURIDIQUE DES INVESTISSEMENTS ENTRE AFRIQUE ET AMERIQUE

“ Construire un pont d'échanges et de services au-dessus de l'Atlantique Sud ”

Rio de Janeiro, les 28 et 29 septembre 2015



D'ORDRE INSTITUTIONNEL

Africains et Latino-américains doivent transformer les liens historiques en avantage économique mutuel pour nos peuples et nos entreprises.

1^{ent} Inciter nos leaders politiques à s'intéresser à nos deux continents. C'est par la politique que le cadre du développement des affaires entre les deux continents va s'accélérer.

2^{ent} Il en est de même pour les transports aériens, vecteur indispensable pour le déplacement des hommes et des entreprises.

3^{ent} Participer à la lutte contre la mauvaise gouvernance (corruption notamment).

4^{ent} Participer et influencer la politique foncière de nos Etats pour une meilleure sécurisation de la majorité de la population surtout celles qui produisent (paysans, entreprises). Lutter contre l'accaparement des terres.

5^{ent} Le notariat doit faire l'effort d'identifier afin de mieux accompagner les secteurs d'investissement et de développement des affaires entre les entreprises des deux continents.

6^{ent} Parmi les meilleures stratégies pour accéder aux marchés africains et latino-américains. Ce sont les centres de promotion culturelle et économique (mise en place de banques de

données pour les informations sur les entreprises et les produits proposés). Cela permet de savoir à quel marché nos entreprises s'adressent.

7^{ent} Donner de l'emphase aux processus d'intégration économique et juridique comme c'est le cas du Mercosur, OHADA, CEDEAO, SADEAO, CEMAC et UEMOA. Influencer par le lobbying efficace les gouvernants pour accroître les relations entre les entités d'intégration. A cet égard, l'ASA, l'organisme de coopération entre l'Amérique du Sud et l'Afrique est à renforcer.

8^{ent} S'assurer que les codes fonciers intègrent bien le besoin de sécurité foncière et assurent le titrement de la majorité des citoyens surtout les producteurs. A cet effet, le notariat doit intégrer les commissions nationales de relecture de nos codes domaniaux et fonciers.

9^{ent} Encourager par une politique fiscale adaptée une meilleure occupation de nos villes.

10^{ent} Avoir la coopération d'organismes internationaux et suivre la réalisation des projets.

**La récompense maximum
viendra de nos propres efforts.**

D'ORDRE NOTARIAL

1^{ent} Propose la création d'un groupe de travail au sein de l'UINL consacré au développement des affaires et leur suivi.

2^{ent} Contribution possible et l'UINL devrait en être la tête de proue : accompagnement du droit des affaires, point d'entrée utile et indispensable pour les processus de joint-ventures, participation des PME. Mais surtout intervention sur la question foncière.

3^{ent} Appelle le notariat brésilien à s'investir pour récupérer ses compétences en droit des affaires, domaine naturel d'intervention du notaire.

4^{ent} Faire en sorte de mieux assurer la circulation des actes notariés entre les deux continents pour vraiment accompagner les entreprises qui font des affaires entre les deux continents.

5^{ent} Le notariat doit s'investir dans les domaines nécessaires pour l'accompagnement des opérateurs économiques comme le droit du crédit, les sociétés commerciales.

6^{ent} Renforcer l'offre du service public notarial et le rendre proche du citoyen. Encourager les pays africains qui n'ont pas encore un notariat de type.





LETTER FROM THE PRESIDENT DANIEL-SEDAR SENGHOR



2ND AFRO-AMERICAN CONFERENCE « HUGO PÉREZ MONTERO »
RIO DE JANEIRO, 28TH AND 29TH SEPTEMBER 2015

Dakar, 2nd December 2015

TO THE PRESIDENTS OF THE MEMBER NOTARIATS
AND TO THE COUNCILORS OF THE UINL

Dear Presidents, Dear Colleagues,

I am writing you following the 2nd Afro-American Conference « Hugo Pérez Montero » which took place in Rio de Janeiro on last 28th and 29th September, on the theme THE LEGAL CERTAINTY OF THE INVESTMENTS BETWEEN AFRICA AND AMERICA, *“Building a Bridge of exchanges and services over the Southern Atlantic Ocean”*.

This conference allowed us to understand the real and actual need for meetings between entrepreneurs worldwide and showed without difficulty that the notariat is the privileged instrument for these exchanges.

Our commitment towards the business world and the benefits this investment will have on the image and the area of influence of our profession should invite us to widen the circle of our guests and to continue the works proposed by the Conference in order to deriving practical lessons for our future.

I remind you that I wished to initiate this event when I took office, as it seemed to me essential to meet this growing demand for legal certainty for companies for their transcontinental transactions which are intensifying.

Our advantage as a professional of the law of proximity is the establishment of a service to these transcontinental actors to secure their investments and their exports.

Indeed, the notariat can contribute to the intercontinental exchanges by offering its legal and editorial assistance and the provision of wide thematic databases, with the main objective to offer an optimal quality of service for all, to the benefit of legal certainty of the contract and the pacification of economic and social relations.

The evaluation of the exchanges between Africa and America on the occasion of this Conference were just the prototype of it, since the debates have demonstrated that the expectation is universal and account taken of all the above, you will find the conclusions within the issued recommendations here enclosed.

I count on your active effort to promote and highlight the role of notaries in the development of secure and equitable economic relations between continents, and remain

Yours sincerely

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Daniel Sédar SENGHOR', with a large, stylized flourish to the left.

Daniel Sédar SENGHOR



RECOMMENDATIONS

2ND AFRO-AMERICAN CONFERENCE “ HUGO PÉREZ MONTERO ”

THE LEGAL CERTAINTY OF THE INVESTMENTS BETWEEN AFRICA AND AMERICA

“Building a Bridge of exchanges and services over the Southern Atlantic Ocean”

Rio de Janeiro, 28th and 29th September 2015



INSTITUTIONAL RECOMMENDATIONS

Africans and Latin Americans must transform the historical ties in mutual economic benefits for our people and our businesses.

1) Encourage our political leaders to be interested in our two continents. Through politics the development of business between the two continents will accelerate.

2) Encourage air transport, an essential vector for the movement of people and businesses.

3) Participate in the fight against bad governance (especially corruption).

4) Participate and influence land policy of our countries for better securing the majority of the population especially those who produce (farmers, businesses). Fight against land grabbing.

5) The notariat must make the effort to better identify areas of investment support and business development between companies of the two continents.

6) Among the best strategies for access to African and Latin American markets. These are the centers of cultural and economic development (setting up databases for information

on businesses and products offered). This helps to know which market our companies serve.

7) Give emphasis to economic and legal integration process as is the case of Mercosur, OHADA, ECOWAS, SADEAO, CEMAC and UEMOA. Influence the governments by the effective lobbying to increase the relations between integration entities. In this respect, the ASA, the cooperation body between South America and Africa needs to be strengthened.

8) Ensure that land codes fit well the need to ensure the land tenure security and titling of the majority of citizens especially producers. To this end, the notariat must integrate national commissions which review our code on private and state-owned land.

9) Encourage by an adapted fiscal policy a better occupation of our cities.

10) Having the cooperation of international organizations and monitor the implementation of projects.

The maximum reward
will come from our own efforts.

NOTARIAL RECOMMENDATIONS

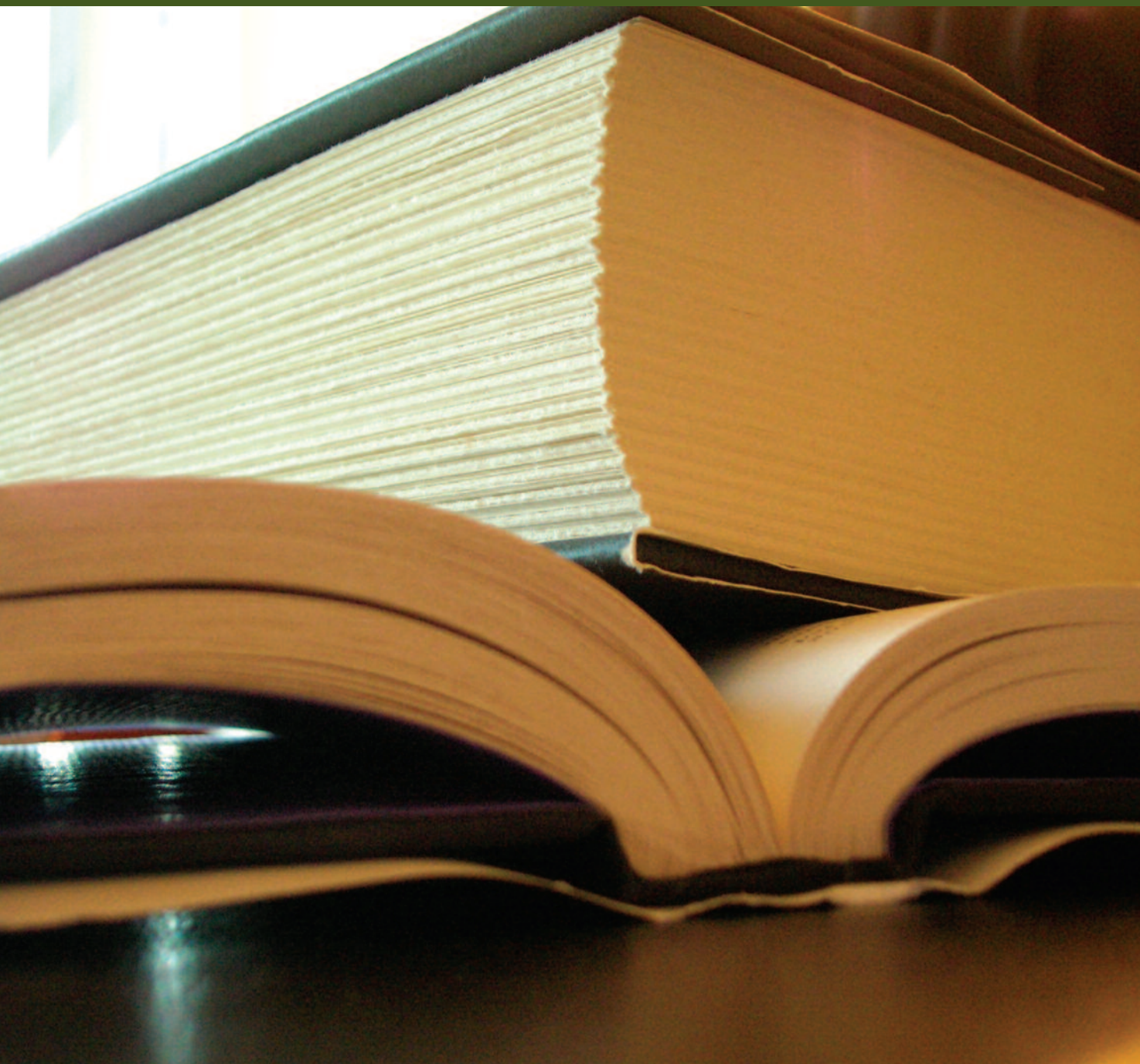
- 1) Proposes the creation of a working group within the UINL dedicated to business development and monitoring.
- 2) Possible contribution and UINL should be the figurehead: support of business law, useful entry point and indispensable to the processes of joint ventures, SMEs participation. But, above all work on the land issue.
- 3) Calls the Brazilian notariat to invest to recover his business law skills, natural area of intervention of the notary.
- 4) Ensure a better circulation of notarial acts between the two continents to really assist companies that do business between the two continents.
- 5) The notariat must invest in areas needed to assist the economic operators such as the credit rights, commercial companies.
- 6) Strengthen the offer of notary public service and make it closer to the citizen. Encourage African countries that do not yet have a liberal type of notariat to do so to the benefit of people, businesses and legal certainty.



el lenguaje
poco conoce las fases de su des-
arrollo hasta llegar a su actual efec-
cia en la transmisión de ideas. Del
estudio de los fósiles infrahumana-
nos o de los humanos primitivos
nada podemos deducir con respec-
to a sus orígenes, porque el sector
del cerebro humano que controla el
lenguaje articulado existe también
en los antropoides. Sin embargo, es
necesario el lenguaje para la
comunicación humana tal co-

dos «primitivos» tanq...
ten esclarecer el problema de los
orígenes. Parece no haber correla-
ción entre la complicación del len-
guaje hablado por un grupo dado
de seres humanos y la complejidad
de otro cualquier aspecto de su
conducta. La estructura del idioma
inglés, a pesar de su enorme voca-
bulario, es muy sencilla, y la
chino lo es aún más. Por el con-
trario, las lenguas habladas por

ARTÍCULOS Y TRABAJOS ACADÉMICOS



REUNIONES INSTITUCIONALES DE LA (UINL)

COMISIÓN DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL



¡EL PRINCIPIO AXIOLÓGICO DE PROBIDAD NO ES PIEZA DE MUSEO!

*El Código de Ética Notarial establecido en la Unión Internacional del Notariado UINL,
es un modelo propuesto para utilizarse por los Notariados integrantes de la Unión*

Estambul, Turquía, 15 al 18 de mayo de 2015



Mezquita Azul. Estambul





COMISIÓN DE DEONTOLOGÍA NOTARIAL

¡EL PRINCIPIO AXIOLÓGICO DE PROBIDAD NO ES PIEZA DE MUSEO!

Estambul, Turquía, 15 al 18 de mayo de 2015

CRÉDITOS:

Colegio Nacional del Notariado Mexicano - Not. Héctor Galeano Inclán. Presidente

Comisión de Asuntos Internacionales - Not. Fernando Trueba Buenfil. Presidente

CONTENIDO:

Not. Marco Antonio Hernández González. Integrante Comisión Deontología Notarial UINL



El Código de Ética Notarial establecido en la Unión Internacional del Notariado UINL, es un modelo propuesto para utilizarse por los Notariados integrantes de la Unión, cada país lo adecuará a su circunstancia, pero sin que se pierdan los principios fundamentales ahí establecidos!

El Notariado en general piensa que el Código de Ética Notarial, al no tener sanción alguna, es el equivalente a un Catálogo de Consejos de buen comportamiento y nada más!

Pero no es así, expresaré mi punto de vista, dentro de una corriente actualizada, que admite la existencia de sanciones indirectas, que pueden llevar al Notario en caso de su incumplimiento a situaciones extremas en su perjuicio y hasta la posible pérdida de su función.

Admitiendo que la Probidad es: Bondad, rectitud de ánimo, honbría de bien, integridad y honradez en el obrar, precisamente este es el Principio fundamental que define al Notario y por ello inspira Confianza, es la quintaesencia (lo mas puro) en que se basa nuestro Código de Ética Notarial!

Si bien es cierto que no se contemplan sanciones específicas a su inobservancia, también es cierto que en las corrientes actuales se admite que indirectamente la falta de Probidad en su servicio podría incurrir en graves faltas, citando ejemplos como: La evasión o elusión del pago de los impuestos, que se derivan en los contratos de compraventa (a que está obligado el Notariado en algunos países), trae como consecuencia graves sanciones, como multas por ser solidaria y responsable su intervención frente al Fisco!

En casos como en la admisión de un compareciente falso, al no ser debidamente identificado. El otorgamiento de facultades por una persona física o moral, sin ser titular de los Derechos. El otorgamiento de Testamento de una persona fallecida, cuya sanción sería la pérdida del ejercicio de la función. En "Lavado de Activos o de dinero" cuyo incumplimiento a sus obligaciones, traería también hasta la pérdida de su función profesional!

Estas citas y muchas otras por falta de Probidad en la actuación Notarial, tienen sanción indirecta y específica en los ordenamientos correspondientes: Administrativos, Civiles, Penales, Fiscales, etc.

Por lo cual se puede concluir que el Código de Ética Notarial establecido en la UINL, contempla indirectamente sanciones!



Turquía. Estambul
2015

COMMISSION D'ÉTHIQUE NOTARIAL

LE PRINCIPE AXIOLOGIQUE DE PROBITÉ N'EST PAS UNE PIÈCE DE MUSÉE ...

Istanbul, Turquie, 15-18 - Mai - 2015

CRÉDITS:

Association Nationale des Notaires du Mexique - Not. Héctor Galeano Inclán. Président

Comité des affaires internationales - Not. Fernando Trueba Buenfil. Président

TENEUR:

Not. Marco Antonio Hernández González. Membre du Comité d'éthique Notarial UINL



Le Code de déontologie notariale établi par l'Union Internationale du Notariat "UINL", est un modèle proposé pour qu'il soit utilisé par les Notariats membres de l'Union. Chaque pays devra l'adapter à sa circonstance, mais sans perdre les principes fondamentaux y prévus!

Les Notariats pensent en général que le code de déontologie notariale, n'ayant pas été sanctionné, équivaut à un catalogue de conseils de bonne conduite et rien d'autre!

Mais ce n'est pas ainsi, je vais exprimer mon point de vue, dans un courant mis à jour, qui soutient l'existence de sanctions indirectes qui peuvent soumettre le notaire, en cas de manquement à ses obligations, à des situations extrêmes à son encontre, voire la possible perte de l'exercice de son rôle. En admettant que la probité soit: la bonté, la rectitude

d'esprit, la dignité, l'intégrité et l'honnêteté dans la façon d'agir, c'est précisément le principe fondamental qui définit le notaire et pour cela, il inspire de la confiance. C'est la quintessence (ce qui est le plus raffiné) sur laquelle se base notre Code de déontologie notariale.

S'il est vrai que des sanctions spécifiques à ses inobservations n'y sont pas contemplées, il est vrai pour autant que les courants actuels admettent que le manque de probité dans l'exercice de ses fonctions pourrait indirectement lui faire commettre de fautes graves dont l'évasion ou le manquement du paiement intégral des impôts découlant des contrats de vente (le Notaire y étant obligé dans certains pays), ce qui entraînerait de graves sanctions, telles que des amendes, son intervention étant solidaire et responsable face au fisc!

Dans des cas comme l'admission d'un faux comparant, qui n'est pas dûment identifié. L'octroi des facultés pour une personne physique ou morale, sans être titulaire des droits. L'octroi de testament d'une personne décédée dont la sanction serait la perte de l'exercice de sa fonction. Dans "le blanchiment de capitaux ou d'argent" dont la violation de ses obligations entraînerait même la perte de son rôle professionnel!

Ces citations et beaucoup d'autres pour manque de probité dans la fonction notariale, ont des sanctions indirectes et spécifiques dans les juridictions concernées: administrative, civile, pénale, fiscale, etc.

Par conséquent, on peut conclure que le Code de déontologie notariale établi à l'UINL contemple indirectement des sanctions!



Turquie. Istanbul
2015



COMMISSION OF NOTARIAL DEONTOLOGY

THE AXIOLOGICAL PRINCIPLE OF PROBITY IS
NO MUSEUM PIECE OR SOMETHING OF THE PAST
LATIN NOTARIES! IT IS VERY PRESENT!

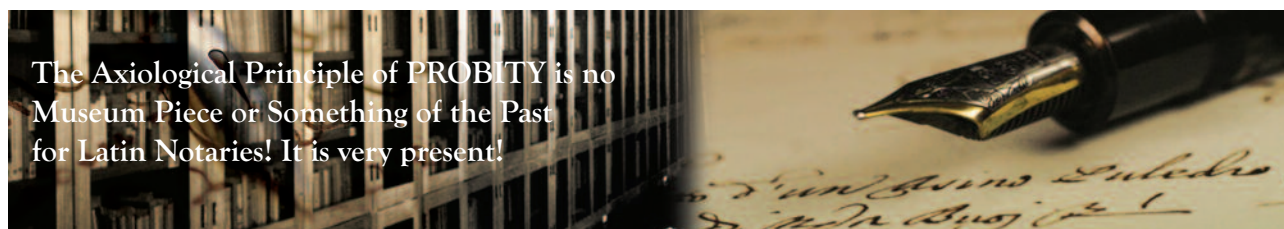
Istanbul, Turkey, 15-18 - May - 2015

CREDITS:

National Association of Mexican Notaries - Not. Héctor Galeano Inclán. President
International Affairs Commission - Not. Fernando Trueba Buenfil. President

CONTENT:

Not. Marco Antonio Hernández González. Member Commission of Deontology Notarial UINL



The Notary Code of Ethics established by the International Union of Notaries-UINL is a model proposed for use by member notariats of the Union. Each country will adapt it to its own circumstances, but without losing the fundamental principles provided therein!

Notaries in general think that the Notary Code of Ethics, having no sanctions, is the equivalent of a catalog of good behavior tips and nothing else!

But it is not. I will express my point of view, within an updated current, which supports the existence of indirect sanctions that may take the notary, in the event of failure to comply, to extreme situations and the possible loss of their professional role. Admitting that Probity is goodness, right-

ness of mind, uprightness, integrity and honesty in acting, this is precisely the fundamental principle that defines a notary and, therefore, inspires Confidence; it is the quintessence (the purest form) on which our Notary Code of Ethics is based!

Though it is true that no specific sanctions for noncompliance are contemplated, it is also true that current flows indirectly admit that the lack of probity in the service could incur in serious offenses, citing such examples as evasion or avoidance of taxes arising from sales contracts (which notaries are required to pay in some countries), which results in severe sanctions, such as fines, given that they are jointly and severally liable to Tax Authorities!

There are other cases, such as the acceptance of the false identity of an appearing party, by failing to verify their identity, the granting of powers by a natural or legal person who is not the holder of such rights, or making a will of a deceased person, in which the sanction would be the loss of the notarial function. In the case of "Money or Asset Laundering", the breach of their obligations would also result in the loss of the notary's professional career.

These and many other examples of lack of probity in the notary's actions entail direct and specific sanctions in relevant jurisdictions, such as administrative, civil, criminal, tax, etc.

Therefore, it may be concluded that sanctions are indirectly contemplated in the Notary Code of Ethics set forth by the UINL.



Istanbul, Turkey
2015

COMISION DE ASUNTOS EUROPEOS (CAE)



LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS PAÍSES EUROPEOS Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO NOTARIAL

María de los Reyes Sanchez Moreno (España)

Noviembre de 2015







COMISION DE ASUNTOS EUROPEOS (CAE)

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS PAÍSES EUROPEOS Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO NOTARIAL

Noviembre de 2015

RESPONSABLE DEL ESTUDIO:

María de los Reyes Sanchez Moreno (España)

DELEGADOS DEL GRUPO DE TRABAJO:

Igor MEDVEDEV (Rusia), Fotini KOUTKOU (Grecia),
Sabrina BELLONI (Italia), Marc GELEIJNS (Países-Bajos)



En pocos campos se aprecia mejor la relación entre el Derecho y los cambios sociales que se producen en una sociedad como en el del Derecho de Familia. Y es que este ámbito es y ha sido efectivamente muy sensible a la nueva realidad de la familia, de la mujer, del matrimonio. Aunque la evolución en los distintos países ha observado una pauta similar, no se ha producido en todos al mismo tiempo y no todos los países han aceptado las mismas soluciones para los mismos problemas.

A propósito de la fecha a partir de la cual el Derecho de Familia ha sufrido una más fuerte evolución, se observa en general que los países de la Europa occidental experimentaron hace más tiempo la modificación más intensa de su Derecho de Familia. Así, Alemania, de 1950 en adelante; Francia, a partir de 1960; Austria y Luxemburgo, a partir de 1970;

Portugal, entre los años 1974/1977; Italia y España, en 1975; Bélgica, en 1976; e Inglaterra, en 1985 y San Marino, en 1986. Grecia, por su parte, vivió la modernización de su Derecho de Familia en 1982 y 1983. En Andorra la modernización del Derecho de Familia es algo posterior, correspondiéndose con la aprobación de su Constitución en 1993.

Suiza cuenta con un CC nacional muy antiguo, de 1912, habiéndose sucedido distintas reformas en el marco de su Derecho de Familia a partir del año 2000.

Las primeras reformas en estos países se refieren, en general, a la equiparación de los derechos del hombre y la mujer, la filiación (eliminando, entre otras cosas, la diferenciación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales) y la adopción (convirtiendo los derechos del adoptado en los protago-

nistas del proceso). Es de destacar, no obstante, que en Francia no es hasta el 2005 que se modifica su Derecho equiparando la filiación natural y legítima y, más recientemente aún, en 2013, en Italia.

Las reformas más recientes están referidas, sobre todo, a la regulación de las parejas de hecho o las técnicas de reproducción asistida: en Holanda, se regula la pareja registrada en 1998; la ley de parejas es 2004 y de reproducción asistida de 2008 en Inglaterra y Gales; en Grecia, la ley de reproducción asistida es de 2002 y se regula el pacto de unión libre en 2008; en Francia, se regula el pacto social de solidaridad en 1999; en Andorra, las uniones civiles en 2014; en Portugal, la unión de hecho en 2001; en España, la ley de reproducción asistida es de 2006 y destaca por ser la más temprana en Europa junto a la holandesa, la catalana de parejas de 1998.

En general, los países de la Europa del Este han introducido las más importantes reformas en el Derecho de Familia a partir del año 2000, aunque las reformas en estos países se han sucedido a un ritmo más rápido, probablemente porque podían aprovechar la experiencia vivida antes en la Europa occidental. Incluso, una motivación importante de la reforma es la aproximación o necesaria adaptación a la legislación de la Unión Europea o la superación de los conceptos que primaban durante la época socialista.

En muchos casos, la reforma del Derecho de Familia se ha acometido como una reforma integrada en el marco de la reforma más amplia de su Código Civil (Lituania, Rumanía y las más recientes, en 2014, las de la República Checa, Hungría y Letonia). En otros casos, la reforma ha sido específica para el Derecho de Familia, como ocurre con Ucrania y Bulgaria, que aprueban en 2002 y en 2009, respectivamente, su nuevo Código de Familia. En Estonia, la primera Ley de la Familia corresponde a 1994, modificada en el 2014. En Kosovo se está trabajando en la preparación de su Código Civil.

Como excepción, Hungría había sufrido la reforma más profunda en esta materia en 1952 y Polonia, en 1946, ésta última unificando los sistemas jurídicos existentes en el país. Macedonia aprobó su Ley de la Familia en 1992, aunque la evolución más intensa en esta materia se ha producido a partir de 2014.

En la Europa oriental las reformas más recientes han estado referidas sobre todo como a las capitulaciones matrimoniales y el régimen matrimonial. En algunos casos, las reformas han estado dirigidas a introducir la posibilidad de modificar el régimen matrimonial, modificación prohibida con arreglo a la ley socialista.

Igualmente, estos países han debido abordar la cuestión de la propiedad privada y la sucesión.

Numerosas reformas realizadas recientemente en estos países han estado también referidas a la cuestión del divorcio (Croacia, Kosovo, Hungría, Bosnia-Herzegovina y República Checa).

Se advierte entre los países de la Europa del Este la existencia de algunos en concreto que pueden considerarse pioneros, habiendo introducido cambios que no se limitan a adaptar sus legislaciones a las de la Unión Europea, sino que han ofrecido soluciones nuevas que, en algún caso, han influido a su vez en los países de Europa Occidental. Es el caso de Estonia, que no sólo ha influido decisivamente en el ritmo de las reformas de los países bálticos, sino que ha experimentado antes que España, por ejemplo, la atribución en el 2010 de competencias al Notario en la celebración del matrimonio y que está en proyecto en Letonia.

Y, por otra parte, en Estonia el Notario es autoridad competente para pronunciar el divorcio, como también hoy en Rumanía, Letonia, San Marino, Portugal y España. Y esta reforma está proyectada en Lituania y Macedonia.

Con carácter general, se exige que el divorcio no sea contencioso y que no haya hijos menores del matrimonio.

También merece una mención especial Croacia, con una regulación muy novedosa del divorcio, que pretende incentivar la resolución amistosa del matrimonio. Los esposos redactarán un convenio regulador del divorcio, que podrá ser modificado judicialmente en ciertos casos, fundamentalmente en beneficio de los hijos. Para la elaboración del convenio, si hay hijos menores, es obligatorio que las partes sean asesoradas antes de la elaboración del mismo acerca de las consecuencias del acuerdo y de las consecuencias de no llegar a él. La regla general será la de la tutela compartida por los dos progenitores. Si no se llega con éxito al convenio, las partes deberán acudir obligatoriamente a la primera sesión de la mediación familiar.

Esta figura, la de la mediación familiar, tiene una gran aplicación en otros países como forma alternativa de resolución de conflictos al margen de los tribunales. Puede mencionarse en este sentido la Recomendación del Consejo de Europa de 1998 favorable a la mediación. Los países pioneros en esta materia fueron los países escandinavos. Ahora, sólo en Noruega es obligatoria, habiendo perdido su carácter obligatorio en Suecia en 1974. Como obligatoria también la contempla la Family Act de 1996 para Inglaterra y Gales. Aun no siendo obligatoria, se emplea con éxito desde los años ochenta en

Francia, Alemania, Holanda y Bélgica, además de que algunos países han aprobado recientemente legislación en materia de mediación familiar como San Marino, Bulgaria y diferentes Comunidades Autónomas en España.

Eslovaquia, por su parte, destaca por ser la única que no ha vivido una reforma importante del Derecho de Familia hasta la fecha por falta de voluntad política en este sentido y por entender que hasta ahora no ha sido necesaria, a pesar de los cambios sociales que se han vivido en el país y a los cuales no se ha adaptado la legislación. En cuanto a Rusia, se constata que la sociedad no está suficientemente preparada para aceptar ciertos cambios, como la familia homosexual, si bien en la actualidad no se considera que las relaciones homosexuales sean contrarias a la ley ni reflejen una patología mental; incluso, existe base legal para reconocer el régimen de pareja o los matrimonios homosexuales reconocidos o celebrados en el extranjero.

En lo que se refiere a Turquía, la principal reforma de su Derecho de Familia se produjo muy pronto, tras la creación de la República de Turquía. Esta primera reforma supuso la evolución de su derecho respecto de la Ley Islámica, que prevalecía con anterioridad. En el 2001 se produce una actualización importante del Derecho de Familia con la entrada en vigor de su nuevo Código Civil. Las reformas han tenido como motivación, no sólo la adaptación a la realidad social turca, sino también, en este caso, acercar al país a Europa. En Turquía, las reformas más recientes han estado dirigidas a conseguir la igualdad entre esposos y a eliminar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

Las reformas vienen en general motivadas por los cambios sociales. Estos cambios han llevado, por un lado, a la equiparación del hombre y la mujer y, por otro, al reconocimiento y progresiva aceptación social de situaciones fácticas que reclamaban la atención del legislador, como es el caso de las parejas de hecho. Aunque no hay completa unanimidad, en general se admite, eso sí, por los distintos países que la ley no se anticipa a los cambios, sino que reacciona una vez que éstos se han producido.

En lo referente a las parejas de hecho, presenta una especial complejidad el trato que haya de darse a la pareja homosexual, cuestión que tiene para algunos países una dimensión religiosa que condiciona al legislador. Un caso particular es el de Andorra donde se constata que, aun cuando el legislador se encuentra cercano a la población, su especial sistema político, en que la Iglesia Católica está especialmente representada, limita la posibilidad de introducir reformas. En otros lugares, como Grecia y Turquía, la religión tiene tam-

bién un papel destacado en la evolución del Derecho de Familia. Bien es cierto, por contra, que la comunidad homosexual ha sido bastante activa en distintos países en defensa de sus derechos.

Porque aquí la vertiente religiosa se hace más patente o porque no se ha considerado legalmente oportuno, porque la regulación de sus derechos de pareja se ha estimado suficiente, presenta aún más problemas el **matrimonio entre personas del mismo sexo**. En la mayoría de países europeos la regla es la no admisión (aunque existe una tendencia importante a favor de su admisión, no sólo en Europa, pionera en este sentido, sino en el mundo). Como los países que no lo admiten se han visto obligados a enfrentarse con matrimonios del mismo sexo celebrados en el extranjero, han debido tomar posición respecto de los mismos y: o bien reconoce como verdadero matrimonio al celebrado en el extranjero, como ocurre en Ucrania o Austria; o bien lo contempla o reconduce a la figura de la pareja de hecho, como ocurre en Estonia, Croacia, República Checa, Suiza y Alemania; o lo considera contrario al orden público, como es el caso de Grecia, Polonia, Kosovo o Lituania o simplemente no lo reconoce como tal matrimonio, como es el caso de Italia, San Marino, Eslovaquia o Turquía y Macedonia. Aunque este último país, Macedonia, no admite el matrimonio homosexual prevé que esta materia sea ampliamente planteada en los tribunales en aplicación de su ley de 2009, dirigida a eliminar la discriminación por sexo.

Habiéndose ya regulado con anterioridad en Holanda, en el 2000 (la ley entró en vigor en el 2001) y en Bélgica, en 2003 (países pioneros en el mundo) se reguló en España en 2005, Noruega y Suecia en 2009, Portugal e Islandia lo admitieron en el 2010, Dinamarca en 2012, Francia e Inglaterra lo han regulado en el 2013 y Andorra (aunque conocida como unión civil), Escocia y Luxemburgo, en el 2014. Irlanda acaba de aprobar por referéndum, siendo este país el único que ha utilizado esta vía, el matrimonio homosexual.

Ligado con la posibilidad del matrimonio o pareja homosexual, se encuentra, en ocasiones, el problema de si pueden o no adoptar o acceder a técnicas de reproducción asistida.

Algunos países perciben la transformación - modernización del Derecho de Familia como un proceso terminado en sus líneas más generales, mientras que otros entienden que están todavía en proceso de adaptación o, como en el caso de Eslovaquia, no lo han iniciado todavía. La mayoría de países perciben que el mérito de la modificación se debe más al legislador que a los tribunales, aunque Hungría, Estonia, San Marino, Holanda, Alemania y sobre todo Austria, valoran el

papel destacado de los tribunales en la actualización de su Derecho de Familia.

Hay algo en lo que existe unanimidad y es en la percepción que, no obstante los cambios que se han operado en este ámbito, la actitud del legislador es intervencionista en el Derecho de Familia. Destaca el caso de San Marino y, sobre todo, de los países de Derecho Común, donde la peculiaridad de su sistema jurídico impide hablar de intervencionismo propiamente dicho.

Puntos específicos:

LAS PAREJAS DE HECHO REGISTRADAS

Se suelen señalar como pruebas de los inicios de la cultura y civilización. En este punto existen importantes diferencias entre países. No se regula la pareja de hecho registrada en Montenegro, Kosovo, Lituania, Turquía, Bulgaria, Italia, Polonia, Eslovaquia, Letonia, Portugal, San Marino, Rumanía, Bosnia-Herzegovina y Macedonia (aunque en este último país está prevista su regulación).

Entre los países que sí la regulan, hay algunos que asimilan sus efectos a los del matrimonio. Es el caso de Inglaterra, Croacia, Holanda, Estonia y Andorra.

En otros, la equiparación es sólo parcial.

Aunque en España la legislación nacional no regula la pareja, muchas Comunidades Autónomas sí tienen su propia legislación. Sólo las Comunidades Autónomas que tienen un Derecho Civil propio pueden reconocer derechos de carácter civil a las parejas. La regulación de la pareja en las distintas Comunidades Autónomas es muy diversa y si algunas asimilan la pareja registrada al matrimonio, otras se limitan a reconocerle ciertos derechos específicos y se observan igualmente divergencias en cuanto a la exigencia o no de registro para la atribución de los derechos que regulan.

Francia no reconoce derechos sucesorios a la pareja registrada y, en el plano económico, su régimen patrimonial será el de separación de bienes, aunque pueden pactar la indivisión de bienes con alguna excepción.

Grecia conoce el pacto de vida en común y en Ucrania se conoce la figura de la pareja de hecho, pero no se prevé su registro. En Bélgica, la equiparación de la pareja registrada al matrimonio existe en el plano fiscal (impuestos sobre la renta y sucesiones) y se reconoce a la pareja un derecho de usufructo sobre la vivienda familiar y sus enseres que, eso sí,

puede ser dejado sin efecto. En Luxemburgo también se equipara la pareja de hecho registrada al matrimonio a propósito de los impuestos de la renta y sucesiones, pero carece de derechos sucesorios.

Muchos países que regulan la pareja de hecho registrada, no admiten la pareja de hecho registrada entre personas del mismo sexo (como Grecia). Si lo admiten Inglaterra, Francia, Luxemburgo, algunas Comunidades Autónomas en España y Estonia (cuando entre en vigor su ley de parejas en el 2016).

Croacia, República Checa, Alemania, Austria, y Suiza, sin embargo, reservan el concepto “pareja registrada” precisamente para las parejas del mismo sexo (pues el registro no es preciso para las uniones de hecho que forman exclusivamente hombre y mujer). Croacia distingue entre la pareja homosexual registrada y la no registrada que dura al menos 3 años, equiparando sus efectos a los del matrimonio. La República Checa reconoce a la pareja derechos sucesorios, pero carecen de una propiedad común, del derecho a adoptar, a utilizar técnicas de reproducción asistida y tampoco se les reconoce la equiparación con el matrimonio a efectos fiscales. Alemania la equipara en términos generales al matrimonio. Austria no la equipara al matrimonio pero entiende aplicables por analogía a la pareja de hecho registrada las normas reguladoras del régimen matrimonial y las que se refieren a la disposición de bienes comunes. Suiza le reconoce en líneas generales los mismos derechos que al matrimonio (asistencia mutua, protección de la vivienda familiar, derechos sucesorios), con la excepción del derecho al acceso a técnicas de reproducción asistida y del derecho a adoptar, aunque está pendiente una reforma que permitirá a cada miembro de la pareja adoptar a los hijos del otro.

También Hungría reconoce a la pareja homosexual el derecho, no al matrimonio, sino a la vida en pareja que podrá ser inscrita en cuyo caso se equipara en muchos aspectos al matrimonio (comunidad económica, derechos sucesorios, igualdad impositiva), aunque la equiparación no es total pues ni pueden adoptar como pareja ni pueden llevar los apellidos del otro. A diferencia del matrimonio, no termina con un procedimiento de divorcio, sino por una decisión judicial o notarial (esto último simplifica el proceso).

Holanda y Cataluña fueron las primeras en regular la unión de hecho en 1998, aunque hoy esa ley está derogada en Cataluña. Francia reguló la pareja de hecho registrada en 1999. Alemania la regula en el 2001. El resto de países, a partir del 2004. Los últimos en regularla han sido Croacia y Estonia, en el 2014.

Mencionaremos que en Italia existen Registros locales de parejas, pero éstos no crean derecho alguno y sólo se toman en cuenta a nivel local (por ejemplo, para acceder a un alquiler social).

En Hungría existe un Registro de parejas que es competencia notarial. Del registro dependen sus efectos frente a tercero.

LA UNIÓN DE HECHO

En la mayoría de países (Lituania, Estonia, Turquía, Grecia, Andorra, Bulgaria, Hungría, Ucrania, Rumanía, Letonia, Bélgica, Luxemburgo y Alemania), el legislador no le reconoce efectos legales, desarrollándose al margen de la ley. Ahora bien, como en estos países no puede dejar de advertirse su existencia de facto, se la toma en cuenta a ciertos efectos. Por ejemplo, Grecia admite a la pareja de hecho (siempre heterosexual) el derecho a concebir un hijo mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida y la convivencia de hecho con otra persona determina la extinción de la pensión alimenticia fijada tras un divorcio. Suiza toma en cuenta la convivencia de larga duración (entendida como tal, en principio, la que ha durado más de 5 años) a los efectos de generar el derecho a recibir una pensión por la convivencia, derecho éste que tiene su origen no en la ley sino en la jurisprudencia. En ciertos casos, la jurisprudencia ha entendido también aplicables a la unión las normas de la sociedad simple, permitiendo un reparto equitativo entre los partícipes de las ganancias obtenidas durante la unión. En Bélgica se admite que pueda generar una obligación natural de contribución a las cargas del matrimonio.

Entre los que sí reconocen a la unión de hecho efectos legales, la mayoría los reconoce muy limitados. Así, sobre la residencia familiar le reconoce efectos Inglaterra; en cuanto a la continuidad del arrendamiento en Polonia, Francia, Alemania e Italia y en San Marino, siempre que la convivencia haya durado 15 años, el conviviente tendrá derecho a pensión alimenticia en caso de separación.

En materia sucesoria, no se le suelen reconocer efectos. Sí se le reconocen efectos en la República Checa y también en Eslovaquia si el causante ha fallecido sin hijos y convivía con su pareja en los 2 años anteriores al fallecimiento.

En Estonia, en el marco de las acciones por enriquecimiento injusto y en materia de Seguridad Social y procesal.

En Austria (estimando sólo como unión libre la de hombre y mujer) en materia de arrendamientos, Seguridad Social, re-

producción asistida y como causa de extinción de pensión alimenticia. Expresamente, la jurisprudencia austriaca niega que se puedan aplicar por analogía a la ruptura de la unión libre las normas que regulan el reparto del patrimonio tras el divorcio, pero sí estima aplicables a la unión libre las normas que regulan la sociedad civil y el enriquecimiento injusto.

Con los mismo efectos que el matrimonio, la conocen Croacia, Macedonia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina y Kosovo. En Portugal, la asimilación es casi total.

Croacia exige que la unión, que implica una comunidad emocional entre hombre y mujer, haya durado al menos tres años o menos, si hay hijos o le sigue el matrimonio.

Macedonia exige que la unión, siempre de hombre y mujer, haya durado al menos un año.

Montenegro y Bosnia-Herzegovina sólo reconocen los efectos del matrimonio a las parejas cuya convivencia ha sido duradera, aunque no establece un plazo concreto, lo que queda al arbitrio de los Tribunales.

Kosovo reconoce a la unión de facto estable de hombre y mujer los mismos efectos que el matrimonio. Los derechos sucesorios de la pareja dependen, eso sí, de que no estén casados con terceros y que la unión haya durado más de 10 años ó 5, si hay hijos.

Holanda, además de equiparar la pareja de hecho al matrimonio a ciertos efectos fiscales, amplía esta equiparación a las uniones de pareja, heterosexuales u homosexuales, cuyos pactos se documenten en escritura notarial. La asimilación fiscal de estas uniones al matrimonio depende no sólo del pacto notarial sino de la duración de la convivencia, que debe haber durado al menos seis meses.

Para concluir, puede afirmarse que los distintos países parecen hacer depender los derechos de la pareja del cumplimiento de ciertos requisitos que la hagan socialmente reconocible. Si no la inscripción, el documento notarial, en el caso de Holanda, o en otros casos, la duración de la convivencia o la existencia de hijos.

FILIACIÓN

En la mayoría de países, no se ha modificado recientemente la regulación tradicional de la filiación. En Bélgica, Portugal, Suiza, Estonia, Croacia, Macedonia o Bulgaria sí se han in-

introducido reformas en materia de filiación, poniendo el acento en los derechos de los hijos. En Estonia, la reforma se refiere sobre todo a las presunciones de filiación, en Letonia se ha facilitado el reconocimiento de los hijos, en Alemania se han introducido cambios en la regulación de la reclamación de la paternidad y en Bélgica destaca la creación del concepto filiación de la pareja del mismo sexo sobre los hijos del otro miembro de la pareja sin que sea preciso el proceso más complejo de la adopción.

En Turquía, Francia, Italia, Bulgaria y Ucrania, las reformas han estado dirigidas a la eliminación de la discriminación entre hijos legítimos y naturales.

CLASES DE ADOPCIÓN

Salvo el caso de Ucrania, que reconoce hasta cinco regímenes distintos de adopción, los demás países o reconocen un único régimen (Grecia, Hungría, República Checa, Rumanía, Kosovo, Turquía, Andorra, Estonia, Eslovaquia, Letonia, Lituania, Suiza, Inglaterra, España, San Marino, Holanda y Macedonia), o reconocen dos regímenes distintos (Polonia, Montenegro, Francia, Portugal, Bulgaria, Italia, Bélgica, Bosnia - Herzegovina y Luxemburgo). Alemania reconoce dos tipos distintos de adopción en relación sólo con los mayores de edad.

Turquía admite que la adopción se tramite, o directamente con los servicios sociales competentes, o con los padres biológicos con la intervención de los servicios sociales. San Marino también reconoce la posibilidad de concertar la adopción tratando directamente con los padres biológicos.

Holanda empezó por admitir a la pareja homosexual en el año 2000 el derecho a adoptar sólo a niños de nacionalidad holandesa, para extenderlo a todas las nacionalidades en el 2009.

Inglaterra, Kosovo y Croacia son los únicos países que contestan que sus respectivas legislaciones han sido objeto de modificación en el 2002, en el 2006 y en el 2014, respectivamente. También se ha modificado el régimen de la adopción en Estonia en lo referente a la posibilidad de adoptar conjuntamente por parejas registradas (cuando entre en vigor la reforma del 2014).

Como regla general, los distintos países admiten que el principio básico en esta materia está en la salvaguarda del derecho del adoptado menor, con una especial dimensión en el caso de la adopción internacional, y se apoyan en el principio de

que la adopción requiere de la intervención de los servicios sociales competentes. Algunos países apuntan la diferencia entre la adopción del menor y la del mayor de edad.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Los distintos países regulan la reproducción asistida salvo Lituania, Letonia, Andorra, San Marino, Luxemburgo, Bosnia - Herzegovina, Holanda y Francia. En Montenegro y en Polonia solamente en la medida en que se prohíbe la prueba de paternidad cuando ha intervenido reproducción asistida.

Se admite, en general, la existencia de dos tipos de reproducción asistida: la efectuada entre vivos y la que se realiza con material reproductivo de persona ya fallecida. También puede distinguirse la que efectúa una pareja, estén casados o no sus miembros, y la que se solicita de manera individual. En general, los países que la regulan a favor de la pareja, lo hacen sólo en favor de la pareja heterosexual.

En Grecia, se exige en ambos casos el consentimiento escrito de los dos miembros del matrimonio o de la pareja como requisito *ad solemnitatem*, siendo precisa la escritura notarial si estamos ante una unión de hecho o si se trata de una mujer sola.

En Hungría también se exige el consentimiento de las partes en documento público, que determinará el estatus del niño que nacerá mediante las técnicas de reproducción asistida.

Si los distintos países suelen regular la reproducción asistida, cosa distinta ocurre con la gestación por sustitución, que, en general, no se regula, lo que conlleva como efecto el hecho de que resulten de aplicación las normas generales de filiación. Estonia, Italia y Suiza, la prohíben expresamente.

La admiten Inglaterra, Austria, Ucrania y Grecia, sometiendo a importantes requisitos.

En Grecia, por ejemplo, se exige imposibilidad para procrear, idoneidad de la portadora, una de las dos mujeres debe ser griega o tener en Grecia su residencia habitual, debe existir acuerdo escrito de todos los implicados, no mediará remuneración alguna y debe existir permiso judicial.

En Austria se constata la existencia de una importante sentencia de su Tribunal Constitucional, que considera discriminatoria para las parejas de mujeres homosexuales

la legislación austriaca sobre reproducción asistida.

¿Y sobre la efectuada en el extranjero?

En Inglaterra se admite la gestación por sustitución efectuada en el extranjero si existe una decisión judicial en este sentido.

Grecia admite la efectuada por ciudadanos griegos en el extranjero siempre que se respete el requisito del permiso judicial. Si el permiso judicial se ha tramitado en el extranjero, se admitiría en Grecia salvo que sea contrario al orden público (por ejemplo, si media retribución). De no existir permiso judicial, no se producirían las consecuencias en materia de filiación que establece el Derecho griego y que precisan de la existencia del permiso judicial.

Ucrania reconoce la efectuada en el extranjero que respete la ley interna y lo mismo ocurre en Eslovaquia.

Aunque la salvaguarda de los intereses del menor sean la regla general, la posibilidad de adoptar o a tener acceso a las técnicas de reproducción asistida que se reconozca o no a la pareja homosexual vuelve a formularse en los términos del “derecho” del adoptante o solicitante del tratamiento más que en el interés del adoptado o del hijo, aunque socialmente no puede desconocerse que el concepto mismo de familia ha cambiado mucho, desde la familia extensa a la formada sólo por padres e hijos y, luego, a la formada por sólo un padre y su hijo y, más tarde, por toda clase de parejas con independencia de su sexo, con o sin hijos.

REFORMAS EN MATERIA PATRIMONIAL (SUCESIONES Y DONACIONES)

La mayoría de países no han sufrido reformas en este ámbito. Las reformas relativas a la propiedad privada y al derecho a la sucesión ya habían sido en general introducidas por los países de la Europa del Este.

Ciertos países sí han conocido recientemente reformas importantes en materia sucesoria. Es significativa la introducida en Inglaterra en el 2014. Otros países también han experimentado reformas en este sentido: Italia (acción de restitución por lesión de la reserva, nueva regulación de la sucesión para adaptarla a la reforma en materia de filiación y protocolos familiares para regular la transmisión de la empresa familiar, éstos últimos, siempre en escritura); Bélgica (indignidad sucesoria, revocación de donaciones y sustitución, antes denominada representación); Estonia (reducción de la porción reservada, conversión de la misma en derecho de crédito,

computación de donaciones); Hungría en el 2014 (testamentos, contratos sucesorios, sucesión intestada, legítima) y más recientemente, en 2015, Bosnia-Herzegovina (nueva regulación de la sucesión intestada e introducción de la sucesión contractual, en la que interviene el Notario).

En Polonia, existe una modificación en 2007 de orden fiscal: supresión del impuesto de sucesiones y donaciones a favor de los familiares más cercanos y en 2009 se ha introducido una importante reforma, ésta de Derecho Civil, ampliando el nombre y rango de los parientes llamados a la sucesión intestada.

En España se han sucedido las modificaciones fiscales en materia de sucesiones y donaciones en las distintas Comunidades Autónomas, para excluir o limitar el pago del impuesto entre los familiares más cercanos.

Está pendiente una reforma importante del Derecho sucesorio en Andorra.

EL PAPEL DEL NOTARIO:

A PROPÓSITO DEL MATRIMONIO

El Notario tiene un papel destacado en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Sólo San Marino no reconoce competencias al Notario en este ámbito.

Incluso, la competencia está reservada al Notario en todos los casos salvo en Portugal (pues pueden otorgarse también ante el encargado del Registro Civil), en Turquía, en Inglaterra (aquí, además, no son frecuentes) y en Hungría (aunque la competencia en la llevanza del Registro de capitulaciones matrimoniales se atribuye al Notario).

En Italia y Francia, aunque la competencia en el otorgamiento de capitulaciones corresponde al Notario, en el momento de la celebración del matrimonio los esposos pueden elegir el régimen de separación de bienes ante el encargado del Registro Civil.

En Croacia, a las capitulaciones se les exige forma escrita y firmas legitimadas por Notario, aunque la escritura es necesaria si se otorgan capitulaciones por el tutor representando al incapaz (con la autorización de la entidad administrativa competente). En Bulgaria, el contrato por el que se elige el régimen económico matrimonial se presenta ante el funcionario civil competente, si bien las firmas y el contenido deben ser certificados previamente por Notario.

En Eslovaquia no se regulan las capitulaciones matrimoniales, aunque los pactos que determinan una extensión o disminución del patrimonio común han de constar en escritura. Tampoco se regulan en Macedonia, aunque existe un proyecto de regulación que atribuiría la competencia para otorgarlas al Notario.

En Letonia es competencia del Notario la separación de la porción del esposo superviviente en una propiedad común que no esté inscrita a nombre de ambos para que de esta forma no se integre en la sucesión.

En España hemos asumido una nueva competencia en 2015: la fijación del régimen económico del matrimonio y su inscripción en el Registro Civil.

En relación con el papel del Notario como autoridad competente para autorizar el matrimonio, la respuesta general es la negativa salvo en el caso de Estonia y España, estando proyectada su introducción en Letonia.

EN RELACIÓN CON EL FINAL DEL MATRIMONIO

Montenegro, Inglaterra, Croacia, Eslovaquia y Ucrania no reconocen ninguna competencia al Notario en este ámbito.

En la mayoría de países, el Notario puede preparar los acuerdos de divorcio y liquidar el régimen matrimonial.

Hay países (Bélgica, Francia, Luxemburgo o República Checa) en que el Notario debe obligatoriamente intervenir o intervenir sólo cuando hay inmuebles.

En Andorra, el Notario puede intervenir en la formalización del convenio regulador de divorcio, pero esto no es frecuente, pues suele llevarse a cabo por los abogados; ahora bien, es frecuente que el Notario formalice los acuerdos de separación matrimonial, preparando así el futuro proceso de divorcio. Tampoco interviene el Notario en Suiza, salvo en la liquidación del régimen económico matrimonial, debiendo destacarse como particularidad que en Suiza no es ni siquiera precisa la intervención de abogado en los procedimientos de divorcio.

En Grecia, la única competencia del Notario es el otorgamiento del poder para pleitos y en Turquía su papel se limita al envío de notificaciones, en su caso, al esposo que abandona el hogar familiar.

En Inglaterra existe en la actualidad un marco jurisprudencial

nuevo favorable a los acuerdos prenupciales que predeterminan las consecuencias económicas de un futuro divorcio y tan típicamente americanos. Es frecuente que en estos pactos intervenga el Notario, sobre todo si hay intereses económicos fuera de las fronteras del país. Esta posibilidad se admite dentro de España en Cataluña.

Todo ello con independencia de las competencias que al Notario se atribuyen como autoridad competente para divorciar, a que ya se hizo referencia.

Como curiosidad, se conoció en Holanda durante algunos años lo que allí se conoció como divorcio express. El Notario convertía en escritura el matrimonio en pareja de hecho registrada y, a continuación, se otorgaba escritura de disolución de la pareja de hecho.

EN RELACIÓN CON LAS PAREJAS REGISTRADAS

La respuesta mayoritaria es la negativa, sea porque no se las reconoce, sea porque no reconocen al Notario participación alguna en este ámbito (Montenegro, San Marino, Portugal, Kosovo, Inglaterra, Lituania, Turquía, Eslovaquia, Italia, Bélgica, Austria, Ucrania, Hungría, República Checa, Macedonia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria y Rumanía).

El Notario es competente para firmar el pacto de convivencia en Francia, Andorra, Grecia, Hungría. En Estonia, será competente el Notario para firmar en exclusiva los acuerdos de la pareja registrada y su extinción, cuando entre en vigor su ley de parejas en el 2016. En Croacia, el Notario es competente para firmar los acuerdos sobre la propiedad de la pareja del mismo sexo, a los que se exige la forma de escritura pública. Se rechazó en su momento la intervención del Notario en la formación de la pareja de hecho registrada, bastando la solicitud de su registro al encargado del Registro Civil. En Alemania, la pareja de hecho se constituye ante el encargado del Registro Civil, si bien en Baviera esta facultad también se atribuye al Notario.

En Suiza es obligatoria la intervención del Notario en la formalización del régimen económico que les es aplicable (que es, por defecto, el de separación) y se puede solicitar su intervención en la liquidación de dicho régimen. En Bélgica, el Notario debe intervenir obligatoriamente en el otorgamiento del convenio en el que se establecen las reglas de organización de su vida en común. Y en Andorra, el Notario debe intervenir obligatoriamente en cualquier acuerdo de la pareja que tenga relación con bienes inmuebles, lo mismo que en Luxemburgo.

Mientras, en Polonia se espera que la constitución de pareja registrada en una futura modificación se atribuya al Notario.

En Hungría, aunque el Notario no interviene en su constitución, sí es autoridad competente, junto con el Juez, para declarar su terminación y es el Notario el encargado de llevar el Registro de contratos de convivencia.

Importante es también el papel que se reconoce al Notario, en algunos países, como mediador o árbitro en el Derecho de Familia, como es el caso de Estonia o Bulgaria.

EN RELACIÓN CON LAS UNIONES DE HECHO

En esta materia muy pocos países reconocen un papel al Notario. Sólo Montenegro, Kosovo, Polonia, Francia, Bélgica, Estonia, Macedonia y Austria reconocen su papel en la firma de acuerdos entre los miembros de la pareja. También Inglaterra, aunque admite que dichos acuerdos no son frecuentes.

En Grecia, la participación del Notario se refiere al eventual reconocimiento de los hijos.

INCREMENTO DE LA LIBERTAD DE PACTO EN EL DERECHO DE FAMILIA

La respuesta mayoritaria es que sí se ha incrementado la libertad de pacto en un ámbito, cual es el Derecho de Familia, integrado tradicionalmente por normas imperativas; y este incremento de la libertad individual se ha puesto de manifiesto, sobre todo, en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales y los acuerdos de convivencia, así como en los

convenios reguladores de la separación y el divorcio, con el límite que supone siempre el interés prioritario de los hijos menores. Pueden mencionarse igualmente los protocolos familiares, que, en virtud del acuerdo de los socios, definen el comportamiento de éstos últimos en beneficio de la empresa familiar y que constituyen un nuevo campo abierto a la autonomía de la voluntad, con el límite que pueda suponer el Derecho de Sociedades.

Con el paso del tiempo, en distintos países se ha observado también una mayor libertad en la forma de concluir el matrimonio (religioso, por el rito de diferentes confesiones o civil, ante un grupo más amplio de funcionarios oficiantes) y una mayor libertad para divorciarse, favoreciéndose el divorcio de mutuo acuerdo, eliminándose el concepto de culpabilidad y disponiéndose en muchos casos la tutela compartida como un principio general.

También se han introducido en distintos países reformas ligadas a la elección del orden de los apellidos, el mantenimiento del apellido de soltera tras el matrimonio o el mantenimiento del apellido tras la anulación del matrimonio con el consentimiento del esposo.

Se observa, además, una tendencia importante a la admisión del derecho de los padres a elegir a quienes hayan de ser los tutores, curadores o administradores de sus hijos menores o incapacitados, si llega el caso (homologado su nombramiento por el Tribunal) y a la admisión de la autotutela y los poderes preventivos.

La mayor importancia del papel del Notario en este ámbito, del Derecho de Familia, es un buen ejemplo de este incremento de la libertad de pactar o de tomar decisiones.





COMMISSION DES AFFAIRES EUROPEENNES (CAE)

L'EVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE ET SES CONSEQUENCES POUR LE DROIT NOTARIAL

Novembre 2015

RESPONSABLE DE L'ÉTUDE:

María de los Reyes Sanchez Moreno (Espagne)

DÉLÉGUÉS DU GROUPE RESTREINT CO-RESPONSABLES:

Igor MEDVEDEV (Russie), Fotini KOUTKOU (Grèce),

Sabrina BELLONI (Italie), Marc GELEIJNS (Pays-Bas)



La relation entre le droit et les changements sociaux qui se produisent dans une société est peu mesurable autant que dans le domaine du droit de la famille. Ce domaine est et a été effectivement très sensible à la nouvelle réalité de la famille, du statut de la femme et du mariage. Même si l'évolution dans les différents pays a suivi une trajectoire globalement similaire, elle ne s'est pas produite dans tous les pays en même temps et tous les pays n'ont pas retenu les mêmes solutions pour les mêmes problèmes.

En ce qui concerne la date à partir de laquelle le droit de la famille a évolué d'une manière significative, on constate généralement que ce sont les pays d'Europe occidentale qui ont connu les premiers changements les plus radicaux de leur droit de la famille. Ainsi l'Allemagne a connu ces changements à partir de 1950 ; la France, à partir de 1960 ; l'Autri-

che et le Luxembourg à partir de 1970 ; le Portugal, entre 1974 et 1977 ; l'Italie et l'Espagne, en 1975 ; la Belgique, en 1976 ; l'Angleterre, en 1985 et Saint-Marin en 1986. La Grèce, pour sa part, a vécu la modernisation de son droit de la famille en 1982 et 1983. En Andorre, la modernisation du droit de la famille s'est produite un peu plus tard, coïncidant avec l'approbation de la Constitution en 1993.

La Suisse a un code civil national très ancien, datant de 1912 mais différentes réformes se sont succédées dans le cadre de son droit de la famille depuis l'année 2000.

Les premières réformes dans ces pays ont trait généralement à l'instauration de l'égalité des droits de l'homme et de la femme, à la filiation (avec la suppression, entre autres choses, de la différenciation entre les enfants issus du mariage et les

enfants non issus du mariage) et à l'adoption (en accordant la priorité dans ce processus aux droits de l'adopté). Il convient de souligner, cependant, que ce n'est qu'en 2005 que la France a modifié son droit, assimilant la filiation naturelle à la filiation légitime, une évolution qui s'est produite plus récemment encore en Italie, en 2012.

Les réformes les plus récentes portent principalement sur la réglementation relative aux unions de fait ou aux techniques de procréation assistée : aux Pays-Bas, le partenariat enregistré a été réglementé en 1998 ; la loi sur les couples date de 2004 et la loi relative à la procréation assistée de 2008 en Angleterre et au Pays de Galles ; en Grèce, la loi relative à la procréation assistée remonte à 2002 et le pacte d'union libre a été réglementé en 2008 ; en France, le pacte social de solidarité a été instauré en 1999 ; en Andorre, les unions civiles ont été réglementées en 2014 ; au Portugal, l'union libre en 2001 ; en Espagne, la loi sur la procréation assistée date de 2006 et est la première en Europe ; la première loi catalane et la hollandaise sur les couples remontent à 1998.

En général, les pays d'Europe de l'Est ont introduit les réformes les plus importantes dans leur droit de famille à partir de l'année 2000, même si les réformes dans ces pays se sont succédées à un rythme plus rapide, probablement parce que ces pays pouvaient profiter de l'expérience vécue antérieurement en Europe occidentale. De plus, l'une des motivations majeures de leur réforme est l'approche ou l'adaptation indispensable à la législation de l'Union européenne ou l'évolution par rapport aux concepts qui prévalaient à l'époque socialiste.

Dans de nombreux cas, la réforme du droit de la famille a été entreprise en tant que partie intégrante de la réforme plus large du code civil (C'est le cas de la Lituanie, de la Roumanie et, plus récemment, en 2014, de la République tchèque, de la Hongrie et de la Lettonie). Dans d'autres cas, la réforme a porté spécifiquement sur le droit de la famille, comme en Ukraine et en Bulgarie, des pays qui ont adopté en 2002 et 2009 respectivement leur nouveau Code de la famille. En Estonie, la première loi sur la famille date de 1994 et a ensuite été modifiée en 2014. Le Kosovo travaille actuellement à la préparation de son code civil.

Les exceptions concernent la Hongrie qui avait expérimenté la réforme la plus profonde dans ce domaine en 1952 et à la Pologne, en 1946, où les systèmes juridiques en vigueur dans le pays ont été unifiés. La Macédoine a approuvé sa loi sur la Famille en 1992, bien qu'elle ne constate une évolution plus intense dans ce domaine qu'à partir de 2014. Le droit russe de la famille est bizarrement stable : depuis le 29 décembre

1995, date d'adoption du nouveau Code de la famille de la Fédération de Russie, on ne constate que quelques modifications isolées ayant un caractère technique.

En Europe orientale, les réformes les plus récentes ont eu trait principalement aux conventions de mariage et au régime matrimonial. Dans certains cas, les réformes ont visé à introduire la mutabilité du régime matrimonial, une modification qu'interdisait le droit socialiste.

Parallèlement ces pays ont dû aborder la question de la propriété privée et de la succession.

De nombreuses réformes réalisées récemment dans ces pays d'Europe de l'Est portent également sur la question du divorce (Croatie, Kosovo, Hongrie, Bosnie-Herzégovine et République tchèque).

Il faut noter parmi les pays de l'Europe de l'Est la présence de certains pays spécifiques qui peuvent être considérés comme des pionniers, puisqu'ils ont introduit des changements qui ne se limitent pas à adapter leurs législations à celles de l'Union européenne, mais ont offert de nouvelles solutions qui, dans certains cas, ont influencé, à leur tour, les pays d'Europe occidentale. C'est le cas de l'Estonie, qui a non seulement eu une influence décisive sur le rythme des réformes dans les pays baltes, mais qui a réglementé avant l'Espagne, par exemple, l'attribution de compétences au notaire dans le cadre de la célébration du mariage. Cette attribution de compétence est en projet en Lettonie.

Et de surcroît, en Estonie, le notaire est l'autorité compétente pour prononcer le divorce, tout comme en Roumanie, en Lettonie, à Saint-Marin, au Portugal et en Espagne. Cette réforme est en projet en Lituanie et en Macédoine.

De manière générale, cette compétence notariale est conditionnée au fait que le divorce ne soit pas contentieux et qu'il n'y ait pas d'enfants mineurs.

La Croatie mérite également une mention spéciale, avec sa réglementation très novatrice du divorce qui vise à promouvoir la résolution à l'amiable du mariage. Les conjoints rédigeront une convention de divorce qui pourra être modifiée par voie judiciaire, dans certains cas, essentiellement au profit des enfants. Pour la préparation de la convention, s'il y a des enfants mineurs, il est impératif que les parties soient informées avant la rédaction de la convention sur les conséquences de l'accord et les conséquences de l'absence d'un tel accord. La règle générale sera celle de la garde partagée par les deux parents. Si les parties ne parviennent pas à un ac-

cord, elles devront assister obligatoirement à la première séance de la médiation familiale.

Ce concept de la médiation familiale est largement appliqué dans d'autres pays comme moyen alternatif pour la résolution de conflits en dehors des tribunaux. On peut mentionner à cet égard la recommandation du Conseil de l'Europe de 1998 favorable à la médiation. Les pays pionniers dans ce domaine ont été les pays scandinaves. Aujourd'hui, la médiation est uniquement requise en Norvège, après avoir perdu son caractère obligatoire en Suède en 1974. La législation *Family Act* de 1996 la considère également obligatoire en Angleterre et au Pays de Galles. Bien qu'elle ne soit pas obligatoire, elle est utilisée avec succès depuis les années 1980 en France, en Allemagne, aux Pays-Bas et en Belgique. Un grand nombre de pays ont adopté récemment des législations en matière de médiation familiale, comme Saint-Marin, la Bulgarie et différentes Communautés régionales en Espagne.

La Slovaquie, pour sa part, est un cas unique en son genre, puisqu'elle n'a entrepris à ce jour aucune réforme importante du droit de la famille par manque de volonté politique en ce sens et parce que le pays estime que, jusqu'à présent, une telle réforme n'a pas été nécessaire, malgré les changements sociaux qui se sont produits dans le pays et auxquels la législation n'a pas été adaptée. En ce qui concerne la Russie, la société n'est pas suffisamment mûre pour accepter certains changements tel la famille homosexuelle mais les relations sexuelles entre les personnes de même sexe ne sont plus contraires à la loi, et ne constituent plus un critère de pathologies mentales. Certaines prémisses législatives vont dans le sens de la reconnaissance du régime de partenariat civil ou de mariage homosexuel étranger. Le nouveau Code pénal adopté en 1996 a dépenalisé les relations sexuelles entre deux hommes.

En ce qui concerne la Turquie, la principale réforme du droit de la famille a été mise en œuvre à un stade très précoce, après la création de la République de Turquie. Cette première réforme impliqua l'évolution du droit turc par rapport à la loi islamique qui prévalait antérieurement. En 2001, une mise à jour majeure du droit de la famille a été appliquée avec l'entrée en vigueur du nouveau code civil. Les réformes visaient non seulement l'adaptation à la réalité sociale de la Turquie, mais aussi, dans ce cas, le rapprochement avec les législations des pays de l'Europe. En Turquie, les réformes plus récentes ont cherché à assurer l'égalité entre les conjoints et à éliminer la distinction entre les enfants légitimes et illégitimes.

Les réformes sont généralement motivées par des change-

ments sociaux. Ces changements ont conduit, d'une part, à l'égalité des hommes et des femmes et, d'autre part, à la reconnaissance et à l'acceptation sociale progressive de situations de fait qui réclamaient l'attention du législateur, comme la question des couples non mariés. Bien qu'il n'y ait pas d'unanimité, de manière générale, les différents pays s'accordent pour reconnaître que la loi n'anticipe pas les changements, mais réagit plutôt face à ces derniers une fois qu'ils se sont produits.

En ce qui concerne les couples non mariés, le traitement qui doit être accordé au couple homosexuel présente une difficulté particulière et, dans certains pays, cette question comporte une dimension religieuse qui conditionne le législateur. À cet égard, l'Andorre est un cas singulier où l'on constate que, même lorsque le législateur est proche de la population, le système politique spécial, dans lequel l'Église catholique jouit d'une représentation particulière, limite la possibilité d'introduire des réformes. Dans d'autres pays, comme la Grèce et la Turquie, la religion joue aussi un rôle de premier plan dans l'évolution du droit de la famille. En revanche, il est vrai que la communauté homosexuelle a été très active dans différents pays pour défendre ses droits.

Parce qu'ici, l'aspect religieux est plus tangible ou parce que cela n'a pas été considéré opportun d'un point de vue légal étant donné que la réglementation des droits des couples a été jugée suffisante, le **mariage entre personnes du même sexe** est encore plus problématique. Dans la plupart des pays européens, la règle est la non-admission (bien qu'il y ait une tendance importante en faveur de son admission, non seulement en Europe, pionnière dans ce domaine, mais dans le monde entier). Comme les pays qui ne l'approuvent pas ont été contraints de faire face aux mariages homosexuels célébrés à l'étranger, ils ont dû prendre position sur cette question : soit ils reconnaissent le mariage célébré à l'étranger, comme l'Ukraine ou l'Autriche, soit ils le considèrent et l'enregistrent comme une union de fait comme le font l'Estonie, la Croatie, la République tchèque, la Suisse et l'Allemagne ; ou bien ils le considèrent comme contraire à l'ordre public, comme la Grèce, la Pologne, le Kosovo ou la Lituanie ou tout simplement ne le reconnaissent pas comme un mariage, comme l'Italie, Saint-Marin, la Slovaquie et la Turquie et la Macédoine. Même si ce pays, n'admet pas le mariage homosexuel, il est prévu que les tribunaux puissent être saisis en application de sa loi du 2009 avec l'intention d'éliminer la discrimination par sexe.

Après avoir été réglementé aux Pays-Bas, en 2000 (la loi est entrée en vigueur en 2001) et en Belgique, en 2003 (pays pionniers à l'échelle mondiale), le mariage homosexuel a été

réglementé en Espagne en 2005, en Norvège et en Suède en 2009, au Portugal et en Islande, en 2010, au Danemark en 2012, en France et en Angleterre en 2013 et en Andorre (on l'appelle union civile), en Écosse et au Luxembourg en 2014. L'Irlande vient d'approuver le mariage homosexuel par référendum et est le seul pays à l'avoir fait par cette voie.

Une problématique résultant de la possibilité du mariage ou du partenariat homosexuel est la possibilité ou non d'adopter des enfants ou d'accéder à des techniques de procréation assistée est.

Certains pays perçoivent la transformation et la modernisation du droit de la famille comme un processus achevé en termes généraux, tandis que d'autres considèrent qu'ils sont encore en phase d'adaptation ou, comme dans le cas de la Slovaquie ou la Russie, n'ont pas encore engagé le processus. La plupart des pays estiment que modification appartient davantage au législateur qu'aux tribunaux, même si la Hongrie, l'Estonie, Saint-Marin, les Pays-Bas, l'Allemagne et surtout l'Autriche apprécient le rôle essentiel des tribunaux dans la modernisation du droit de la famille.

Un point qui fait l'unanimité, la perception selon laquelle, malgré les changements qui se sont produits dans ce domaine, l'attitude du législateur est interventionniste dans le droit de la famille. Il convient de souligner le cas de Saint-Marin, Monaco l'Angleterre et le pays de Galles où la spécialité du système juridique empêche de parler d'interventionnisme proprement dit.

Quelques points spécifiques doivent être abordés :

LES PARTENARIATS ENREGISTRÉS

Sur ce point, il existe des différences importantes entre les pays. Le partenariat enregistré n'est pas réglementé au Monténégro, au Kosovo, en Lituanie, en Turquie, en Bulgarie, en Italie, en Pologne, en Slovaquie, en Lettonie, au Portugal, à Saint-Marin, en Roumanie, en Bosnie-Herzégovine, à Monaco, en Russie et en Macédoine (bien que dans ce dernier pays, la réglementation soit prévue).

Parmi les pays qui réglementent le partenariat enregistré, certains assimilent ses effets à ceux du mariage. Tel est le cas de l'Angleterre, de la Croatie, des Pays-Bas, de l'Estonie et d'Andorre. Dans d'autres pays qui réglementent cette forme d'union, l'assimilation est seulement partielle.

La législation nationale espagnole ne réglemente pas le partenariat enregistré, même si plusieurs Communautés auto-

nomes ont leur propre législation. Seules les Communautés qui jouissent de leur propre droit civil peuvent reconnaître des droits de caractère civil à ces couples. La réglementation du partenariat dans les différentes Communautés est très disparate et si certaines de ces Communautés assimilent les partenaires enregistrés à un couple marié, d'autres se limitent à leur reconnaître certains droits spécifiques, et l'on observe également des divergences quant à l'exigence ou non de l'enregistrement pour l'attribution des droits réglementés.

La France ne reconnaît pas des droits de succession aux partenaires enregistrés et, en termes économiques, leur régime matrimonial est celui de la séparation des biens, même s'ils ont la possibilité de convenir de l'indivision des biens à quelques exceptions près.

La Grèce a établi le pacte de vie commune et l'Ukraine le concept de l'union de fait, bien que son enregistrement ne soit pas prévu. En Belgique, l'assimilation du partenariat enregistré au mariage est effective sur le plan fiscal (impôts sur les revenus et successions) et les partenaires jouissent d'un droit d'usufruit sur la résidence familiale et son mobilier qui peut, cependant, être annulé. Au Luxembourg, l'union de fait enregistrée est aussi assimilée au mariage au niveau des impôts sur le revenu et les successions, mais elle n'est pas associée à des droits de succession.

Certains pays réglementent le partenariat enregistré, mais n'admettent pas le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (comme la Grèce). D'autres l'admettent, comme l'Angleterre, la France, le Luxembourg, différentes Communautés autonomes en Espagne, les Pays-Bas et l'Estonie (après l'entrée en vigueur de sa loi sur les couples en 2016).

La Croatie, la République tchèque, l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse, cependant, réservent le concept de « partenariat enregistré » précisément aux couples de même sexe (étant donné que l'enregistrement n'est pas requis pour les unions de fait formées exclusivement par des hommes et des femmes). La Croatie opère une distinction entre les partenariats de couples homosexuels enregistrés et non enregistrés d'une durée d'au moins trois ans, assimilant leurs effets à ceux du mariage. La République tchèque attribue aux partenaires des droits à la succession, mais ne leur permet pas de bénéficier de la propriété commune, du droit d'adopter, de recourir à des techniques de reproduction assistée et n'assimile pas le partenariat au mariage aux fins fiscales. L'Allemagne assimile globalement le partenariat au mariage. L'Autriche ne l'assimile pas au mariage, mais considère que les normes réglementant le régime matrimonial et celles qui ont trait à la disposition des biens communs sont applicables par analogie à l'union de fait enregistrée. De manière générale, la Suisse attribue à l'union de fait les mêmes droits qu'au mariage

(assistance mutuelle, protection du logement familial, droits à la succession), à l'exception du droit à l'accès aux techniques de procréation assistée et du droit d'adopter. Une réforme qui permettra à chaque membre du couple d'adopter les enfants de l'autre a toutefois été entreprise dans ce pays.

De même, la Hongrie reconnaît aux couples homosexuels le droit, non pas au mariage, mais à la vie en couple qui pourra être enregistrée. Dans ce cas, le partenariat enregistré équivaut à de nombreux égards au mariage (communauté économique, droits à la succession, égalité fiscale), bien que l'assimilation ne soit pas totale étant donné que les partenaires n'ont pas le droit d'adopter en tant que couple, ni celui de porter le nom de l'autre partenaire. Contrairement au mariage, le partenariat ne prend pas fin via une procédure de divorce, mais par le biais d'une décision judiciaire ou notariale (ce qui simplifie le processus).

Le Pays Bas et la Catalogne ont été les premiers à réglementer l'union de fait en 1998, même si en Catalogne cette loi a été abrogée depuis lors. En France, la loi sur le partenariat enregistré de 1999 est la plus ancienne. L'Allemagne a instauré cette loi en 2001. Les autres pays l'ont fait à partir de 2004. Les derniers pays à avoir réglementé cette question ont été la Croatie et l'Estonie, en 2014.

Il convient de mentionner l'existence en Italie de Registres locaux de partenaires, bien que ces registres ne génèrent aucun droit et soient pris en compte uniquement au niveau local (par exemple, pour accéder à un loyer social).

En Hongrie, il existe un Registre de partenaires qui relève de la compétence des notaires. Les effets du partenariat vis-à-vis des tiers dépendent de ce Registre.

L'UNION DE FAIT

Dans la plupart des pays (Lituanie, Russie, Estonie, Portugal, Turquie, Hongrie, Grèce, Andorre, Monaco, Bulgarie, Ukraine, Roumanie, Lettonie, Belgique, Luxembourg et Allemagne), le législateur n'attribue pas des effets juridiques à cette forme d'union, qui se développe en marge de la loi. Cependant, comme l'existence de facto de l'union de fait ne peut pas manquer d'être perçue dans ces pays, elle est prise en compte à certains égards. Par exemple, la Grèce accorde à l'union de fait (hétérosexuelle dans tous les cas) le droit de concevoir un enfant en recourant aux techniques de procréation assistée et la cohabitation de fait avec une autre personne entraîne l'extinction de la pension alimentaire fixée

après un divorce. La Suisse prend en compte la cohabitation à long terme (à savoir, la cohabitation qui, en principe, a duré plus de 5 ans) dans le cadre du droit à recevoir une pension en raison de la cohabitation, un droit qui trouve son origine dans la jurisprudence et non pas dans la loi. Dans certains cas, la jurisprudence a considéré que les normes de la société simple devaient également être appliquées à l'union, permettant ainsi une répartition égalitaire entre les parties des avoirs obtenus pendant l'union. En Belgique, on reconnaît que l'union de fait peut créer une obligation naturelle de contribution aux charges du mariage.

La majorité des pays qui attribuent des effets juridiques à l'union de fait n'attribuent que des effets très limités. Ainsi, l'Angleterre lui attribue des effets en ce qui concerne la résidence familiale ; en Pologne, en France, en Allemagne et en Italie, en ce qui concerne la continuité du bail et à Saint-Marin, le concubin aura droit à une pension alimentaire en cas de séparation, pour autant que la cohabitation ait duré 15 ans.

Dans le domaine des successions, l'union de fait n'est généralement associée à aucun effet. On lui attribue des effets en République tchèque et également en Slovaquie, si le de cujus est décédé sans enfants et cohabitait avec son partenaire durant les deux années précédant le décès.

En Estonie, il peut y avoir des effets dans le cadre d'actions engagées pour enrichissement sans cause et en matière de sécurité sociale et de procédure.

En Autriche (en tenant compte uniquement de l'union libre constituée entre un homme et une femme), ces effets existent dans le domaine des baux, de la sécurité sociale, de la procréation assistée et comme cause d'extinction de la pension alimentaire. La jurisprudence autrichienne rejette explicitement l'application par analogie à la rupture de l'union libre des normes qui réglementent la répartition du patrimoine après le divorce, mais considère toutefois comme applicables à l'union libre les normes régissant la société civile et l'enrichissement sans cause.

La Croatie, la Macédoine, le Monténégro, la Bosnie-Herzégovine et le Kosovo attribuent à l'union de fait des effets identiques à ceux du mariage. Au Portugal, l'assimilation est aussi quasiment totale.

La Croatie exige que l'union, qui implique une communauté de vie entre l'homme et la femme, ait duré au moins trois ans ou moins, s'il y a des enfants ou si elle est suivie d'un mariage.

La Macédoine exige que l'union, dans tous les cas entre un homme et une femme, ait duré au moins un an.

Le Monténégro et la Bosnie-Herzégovine reconnaissent les effets similaires à ceux du mariage uniquement aux couples dont la cohabitation a été durable, bien qu'aucun délai concret ne soit établi, ce qui signifie que la question est soumise à la discrétion des tribunaux.

Le Kosovo attribue à l'union de fait stable entre un homme et une femme les mêmes effets que le mariage. Toutefois, les droits de succession des partenaires ne sont effectifs que si les partenaires en question ne sont pas mariés avec un tiers et si l'union a duré plus de 10 ans ou 5 ans s'il y a des enfants.

Les Pays-Bas assimilent non seulement l'union de fait enregistrée au mariage pour quelques aspects fiscaux, mais attribuent en outre des droits importants aux partenaires, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, dont les pactes sont établis par acte notarié. L'assimilation fiscale de ces unions au mariage dépend non seulement du contenu de l'acte notarié, mais aussi de la période de cohabitation qui doit avoir duré au moins six mois.

Pour conclure, on peut dire que les différents pays semblent subordonner les droits des partenaires au respect de certaines conditions qui rendent l'union admissible d'un point de vue social. Si ce n'est pas l'enregistrement, ce peut être l'acte notarié ou, dans d'autres cas, la durée de la cohabitation ou l'existence d'enfants.

LA FILIATION

Dans la plupart des pays, on n'a enregistré aucune modification récente de la réglementation traditionnelle en matière de filiation.

La Belgique, le Portugal, la Suisse, l'Estonie, la Croatie, la Macédoine et la Bulgarie ont introduit des réformes en matière de filiation, qui mettent l'accent sur les droits des enfants. En Estonie, la réforme a trait essentiellement aux présomptions de filiation. En Lettonie, on a facilité la reconnaissance des enfants ; en Allemagne, on a introduit des modifications dans la réglementation relative à la recherche de paternité et, en Belgique, il faut mentionner la création du concept de filiation du partenaire de même sexe vis-à-vis des enfants de l'autre membre du couple sans qu'il ne soit nécessaire d'engager une procédure plus complexe d'adoption.

En Turquie, en France, en Monaco, en Italie, en Bulgarie et en Ukraine, les réformes ont visé à éliminer la discrimination entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

TYPES D'ADOPTION

À l'exception de l'Ukraine, qui reconnaît jusqu'à cinq régimes différents d'adoption, les autres pays établissent soit un seul régime (Grèce, Hongrie, Russie, République tchèque, Roumanie, Kosovo, Turquie, Andorre, Estonie, Slovaquie, Lettonie, Lituanie, Suisse, Angleterre, Espagne, Saint-Marin, Pays-Bas, Macédoine et Allemagne) soit deux régimes différents (Pologne, Monténégro, Monaco, France, Portugal, Bulgarie, Italie, Belgique, Bosnie-Herzégovine et Luxembourg). Toutefois l'Allemagne distingue deux types différents pour l'adoption du majeur.

La Turquie accepte que l'adoption soit traitée directement avec les services sociaux compétents ou bien avec les parents biologiques avec l'intervention des services sociaux. Saint-Marin reconnaît également la possibilité de l'adoption en traitant directement avec les parents biologiques.

En 2000, les Pays-Bas ont reconnu aux couples homosexuels le droit d'adopter des enfants exclusivement de nationalité hollandaise et ont ensuite étendu ce droit aux enfants de toutes les nationalités en 2009.

L'Angleterre, le Kosovo et la Croatie sont les seuls pays qui indiquent que leur législation a fait l'objet de modifications en 2002, en 2006 et en 2014, respectivement. Le régime de l'adoption a également été modifié en Estonie en ce qui concerne la possibilité d'adoption conjointe par des partenaires enregistrés (à partir de l'entrée en vigueur de la réforme de 2014).

En règle générale, les différents pays reconnaissent que le principe de base en la matière est la protection du droit de l'enfant adopté, avec une dimension particulière dans le cas de l'adoption internationale, et ils se basent sur le principe selon lequel l'adoption requiert l'intervention des services sociaux compétents. Certains pays distinguent l'adoption de l'enfant mineur et celle de l'enfant majeur.

PROCRÉATION ASSISTÉE ET GESTATION POUR AUTRUI

Les différents pays réglementent la procréation assistée, à l'exception de la Lituanie, de la Lettonie, d'Andorre, de Saint-

Marin, du Luxembourg, de Monaco, Bosnie-Herzégovine, le Pays Bas et de la France. Au Monténégro, uniquement dans la mesure où la preuve de la paternité est interdite en cas de procréation assistée.

De manière générale, les pays reconnaissent l'existence de deux types de reproduction assistée : celle qui est effectuée entre des personnes vivantes et celle qui utilise le matériel reproductif d'une personne décédée. On trouve également des distinctions entre la procréation effectuée au sein d'un couple, que les partenaires soient mariés ou non, et celle qui est sollicitée de manière individuelle. En général, les pays qui réglementent la procréation en faveur du couple retiennent uniquement le couple hétérosexuel.

En Grèce, on exige dans les deux cas le consentement écrit des deux conjoints ou partenaires comme condition *ad solemnitatem*, et l'acte notarié est requis si l'on a affaire à une union de fait ou s'il s'agit d'une femme seule.

En Hongrie, on exige aussi le consentement des parties sous forme d'acte authentique, lequel déterminera le statut de l'enfant à naître grâce aux techniques de procréation assistée.

Si les différents pays réglementent habituellement la procréation assistée, il n'en va pas de même pour la gestation pour autrui qui, de manière générale, n'est pas réglementée, ce qui donne lieu à l'application des normes générales de filiation. L'Estonie, l'Italie et la Suisse l'interdisent expressément.

L'Angleterre, l'Autriche, l'Ukraine, la Russie et la Grèce l'acceptent, sous réserve d'importantes conditions.

En Grèce, par exemple, les conditions exigées comprennent l'impossibilité de procréer, l'aptitude de la mère porteuse, le fait que l'une des deux femmes doit avoir la nationalité grecque ou résider habituellement en Grèce, l'existence d'un accord écrit de toutes les parties intéressées, l'absence de tout type de rémunération et l'existence d'une autorisation judiciaire.

En Autriche, on notera l'existence d'une décision importante du Tribunal constitutionnel qui considère que la législation autrichienne sur la procréation assistée est discriminatoire envers les couples de femmes homosexuelles.

Et qu'en est-il de la gestion pour autrui à l'étranger ?

L'Angleterre accepte la gestation pour autrui effectuée à l'étranger à condition qu'il existe une décision judiciaire à cet égard.

La Grèce accepte la gestation pour autrui effectuée par des citoyens grecs à l'étranger pour autant que soit respectée la condition de l'autorisation judiciaire. Si l'autorisation judiciaire a été sollicitée à l'étranger, la gestation pour autrui est acceptée en Grèce, à moins qu'elle ne soit contraire à l'ordre public (par exemple, si elle comporte une rémunération). En l'absence d'autorisation judiciaire, les conséquences en matière de filiation établies par le droit grec et exigeant l'existence de l'autorisation judiciaire ne seraient pas effectives. L'Ukraine reconnaît la gestation pour autrui effectuée à l'étranger pour autant qu'elle respecte le droit interne, et il en va de même pour la Slovaquie.

Bien que la protection des intérêts de l'enfant soit la règle générale, la possibilité d'adopter ou de recourir à des techniques de procréation assistée qui est reconnue ou non au couple homosexuel est à nouveau formulée en termes du « droit » de l'adoptant ou du demandeur du traitement, plutôt que dans l'intérêt de l'adopté ou de l'enfant. Néanmoins, on ne peut pas ignorer, d'un point de vue social, que le concept même de la famille a beaucoup changé, depuis la famille au sens large à celle qui est constituée uniquement par les parents et les enfants et, ensuite, à celle qui est constituée uniquement par un parent et son enfant et, ultérieurement, par tous types de couples, indépendamment de leur sexe, avec ou sans enfants.

RÉFORMES EN MATIÈRE PATRIMONIALE (SUCCESSIONS ET DONATIONS)

La plupart des pays n'ont pas engagé récemment de réformes dans ce domaine. Les réformes relatives à la propriété privée et au droit à la succession en général avaient déjà été mises en œuvre par les pays de l'Europe de l'Est.

Quelques pays ont toutefois connu récemment des réformes importantes dans le domaine des successions. La réforme engagée en Angleterre en 2014 a été très significative. D'autres pays ont également expérimenté des réformes dans ce domaine : l'Italie (action de restitution en cas d'atteinte à la réserve, nouvelle réglementation de la succession en vue de l'adapter à la réforme en matière de filiation et pactes familiaux destinés à réglementer la transmission de l'entreprise familiale, les pactes devant dans tous les cas être établis sous forme d'actes authentiques) ; la Belgique (indignité successorale, révocation des donations et substitution, anciennement représentation) ; l'Estonie (réduction de la quotité réservataire, conversion de cette quotité en droit de crédit, comptabilisation des donations) ; la Hongrie en 2014 (testaments,

contrats de succession, succession sans testament, légitime) et très récemment, en 2015, la Bosnie-Herzégovine (nouvelle réglementation de la succession sans testament et introduction de la succession contractuelle, avec intervention du notaire).

En Pologne, il y a une modification en 2007 de nature fiscale qui concerne la suppression de l'impôt de succession et donation en faveur des parents les plus proches, et une autre en 2009 pour élargir le nombre et le rang des héritiers dans la succession légale.

En Espagne, des modifications fiscales se sont succédées dans le domaine des successions et des donations dans les différentes Communautés autonomes en vue d'exclure ou de limiter le paiement de l'impôt par les parents les plus proches.

Comme nous l'avons déjà mentionné, une réforme importante du droit des successions est en cours en Andorre.

LE RÔLE DU NOTAIRE :

À PROPOS DU MARIAGE

Le notaire a un rôle essentiel dans l'établissement des conventions de mariage. Saint-Marin est le seul pays qui n'attribue pas de compétences aux notaires dans ce domaine.

Cette compétence est même réservée au notaire dans la majorité des cas, excepté au Portugal (étant donné que les contrats de mariage peuvent également être établis auprès de l'officier du Registre civil), en Turquie, en Angleterre (ici, en outre, ces contrats ne sont pas usuels) et en Hongrie (même si la compétence en ce qui concerne la tenue du Registre des contrats de mariage relève des notaires)

En Italie et en France la compétence pour les conventions de mariage est réservée au notaire. Mais en Italie, au moment de la célébration de mariage, on peut choisir le régime de séparation des biens par déclaration à l'officier de l'état civil.

En Croatie, les contrats de mariage doivent obligatoirement être établis sous forme écrite et les signatures doivent être authentifiées par le notaire. Lorsqu'il s'agit de contrats établis par le tuteur en représentation d'un incapable, ils doivent être souscrits sous forme d'actes authentiques (avec l'autorisation de l'autorité administrative compétente). En Bulgarie, le contrat qui établit le régime économique du mariage est présenté au fonctionnaire civil compétent, mais les signatures et le contenu du contrat doivent être certifiés préalablement par le notaire.

En Slovaquie, les contrats de mariage ne sont pas réglementés, mais les pactes qui prévoient une augmentation ou une diminution du patrimoine commun doivent être établis sous forme d'acte authentique. Ces contrats de mariage ne sont pas non plus réglementés en Macédoine, bien qu'il existe un projet de réglementation qui attribuera aux notaires la compétence de l'établissement desdits contrats.

En Lettonie, c'est au notaire qu'il appartient d'opérer la séparation de la portion du conjoint survivant dans une propriété commune qui n'est pas enregistrée au nom des deux conjoints, de façon à ce qu'elle ne soit pas intégrée dans la succession.

En Espagne nous avons une nouvelle compétence d'établissement des régimes matrimoniaux et d'inscription de ces régimes dans le Registre d'Etat Civil.

En ce qui concerne le rôle du notaire en tant qu'autorité compétente pour autoriser le mariage, la réponse est généralement négative, sauf dans les cas de l'Estonie et l'Espagne, et de la Lettonie, mais dans ce dernier cas sous forme de projet.

CONCERNANT LA DISSOLUTION DU MARIAGE

Le Monténégro, l'Angleterre, la Croatie, la Slovaquie et l'Ukraine n'attribuent aucune compétence au notaire dans ce domaine.'

Dans la plupart des pays, le notaire peut préparer les conventions de divorce et procéder à la liquidation du régime matrimonial.

Dans certains pays (la Belgique, la France, le Luxembourg ou la République tchèque), le notaire doit intervenir obligatoirement ou doit intervenir seulement s'il y a des biens immobiliers.

En Andorre, le notaire peut intervenir dans la formalisation de la convention de divorce, bien que cela ne soit pas fréquent, étant donné que cette formalité est généralement effectuée par les avocats ; mais c'est fréquent qu'en Andorre le notaire formalise les accords de séparation qui précèdent le divorce, le divorce étant obligatoirement précédé de la séparation.

Le notaire n'intervient pas non plus en Suisse, sauf dans la liquidation du régime économique matrimonial. Il convient d'ailleurs de souligner une particularité en Suisse : l'interven-

tion d'un avocat n'est même pas nécessaire dans les procédures de divorce.

En Grèce, la seule compétence du notaire consiste à établir la procuration pour les contentieux et, en Turquie, son rôle se limite à l'envoi des notifications, le cas échéant, au conjoint qui abandonne le domicile familial.

L'Angleterre dispose à présent d'un nouveau cadre jurisprudentiel qui est favorable aux accords pré-nuptiaux pré-déterminant les conséquences économiques d'un futur divorce, typiquement inspirés des usages américains. Il est fréquent que les notaires interviennent dans ces pactes, surtout en cas d'intérêts économiques en dehors des frontières du pays. Cette possibilité est admise en Espagne, dans la région de Catalogne.

Tout cela est indépendant des facultés attribuées au notaire comme autorité compétente pour le divorce, indiquées ci-dessus.

À titre anecdotique, on peut aussi mentionner ce que l'on a connu pendant plusieurs années sous le nom de « divorce express » aux Pays-Bas. Le notaire convertissait le mariage en partenariat enregistré moyennant acte authentique et établissait ensuite un acte de dissolution du partenariat enregistré.

CONCERNANT LES PARTENARIATS ENREGISTRÉS

La réponse majoritaire est négative, soit parce que ces partenariats ne sont pas reconnus, soit parce qu'aucune compétence n'est attribuée au notaire dans ce domaine (Monténégro, Russie, Saint-Marin, Portugal, Kosovo, Angleterre, Lituanie, Turquie, Slovaquie, Italie, Belgique, Autriche, Ukraine Hongrie, République tchèque, Macédoine, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie et Roumanie).

Le notaire est compétent pour signer le pacte de cohabitation en France, en Andorre, en Grèce, en Hongrie ou en Espagne. En Estonie, le notaire aura des compétences exclusives pour signer les accords du partenariat enregistré et leur extinction, à partir de l'entrée en vigueur de la loi sur les couples en 2016. En Croatie, le notaire est compétent pour signer les accords sur la propriété des couples homosexuels qui doivent obligatoirement être souscrits sous forme d'acte authentique. L'intervention du notaire fut rejetée en son temps pour la constitution du partenariat enregistré, puisque la demande d'enregistrement présentée au responsable du Registre civil

était suffisante. En Allemagne, le responsable du Registre Civil a la compétence pour l'établissement du partenariat enregistré et seulement en Bavière le notaire a une compétence additionnelle.

En Suisse, l'intervention du notaire est obligatoire pour la formalisation du régime économique applicable aux partenariats enregistrés (qui est, par défaut, celui de la séparation des biens) et son intervention peut être sollicitée pour la liquidation de ce régime. En Belgique, le notaire doit nécessairement intervenir pour établir la convention qui définit les règles d'organisation de la vie commune des partenaires. Et en Andorre, le notaire doit intervenir obligatoirement dans tout accord du partenariat qui a trait à des biens immobiliers, tout comme au Luxembourg.

Par ailleurs, en Pologne, on prévoit qu'une future modification de la loi attribuera au notaire la compétence de la constitution du partenariat enregistré.

En Hongrie, bien que le notaire ne participe pas à la constitution du partenariat enregistré, il est toutefois reconnu comme l'autorité compétente, conjointement avec le juge, pour déclarer sa dissolution et c'est le notariat qui est chargé de tenir le Registre des contrats de cohabitation.

Dans certains pays, le notaire a également un rôle important en tant que médiateur ou arbitre dans le domaine du droit de la famille, comme en Estonie ou en Bulgarie.

CONCERNANT LES UNIONS DE FAIT

À l'égard de cette question, très peu de pays attribuent un rôle au notaire. Seuls le Monténégro, le Kosovo, la Pologne, la France, la Belgique, l'Estonie, la Macédoine et l'Autriche lui accordent un rôle dans la signature des accords souscrits par les partenaires. En Angleterre également, même si les accords de ce type sont peu fréquents dans ce pays.

En Grèce, la participation du notaire se rapporte à la reconnaissance éventuelle des enfants.

AUGMENTATION DE LA LIBERTÉ DE PACTE DANS LE DROIT DE LA FAMILLE

La réponse est majoritairement positive, puisque l'on a assisté partout à une augmentation de la liberté de pacte dans le droit de la famille, constitué traditionnellement par des normes impératives. Ce renforcement de la liberté individuelle

s'est surtout manifesté dans le domaine des conventions de mariage et des accords de cohabitation, ainsi que dans celui des conventions de séparation et de divorce, en tenant compte, dans tous les cas, de l'intérêt prioritaire des enfants mineurs. On pourrait même mentionner à cet égard les protocoles familiaux qui, issus de l'accord entre les partenaires, définissent le comportement de ces derniers au profit de l'entreprise familiale et qui constituent un tout nouveau domaine ouvert à l'autonomie de la volonté, sous réserve des limites susceptibles d'être appliquées par le droit des sociétés.

Au fil du temps, on a également observé dans divers pays une plus grande liberté dans les modalités de célébration du mariage (religieux, suivant le rite de différentes confessions, ou civil, devant un groupe plus vaste de fonctionnaires compétents pour célébrer le mariage) et une plus grande liberté pour le divorce, privilégiant le divorce par consentement mutuel, omettant la notion de culpabilité ainsi

qu'établissant dans plusieurs cas la tutelle partagée comme principe général.

Différents pays ont également introduit des réformes relatives au choix de l'ordre des noms de famille, au maintien du nom de jeune fille après le mariage ou au maintien du nom de famille après l'annulation du mariage et avec le consentement du conjoint.

On constate, en outre, une tendance majeure en faveur de la reconnaissance du droit des parents à choisir les tuteurs, les curateurs ou les administrateurs de leurs enfants mineurs ou handicapés, le cas échéant (avec homologation de leur nomination par les tribunaux) et en faveur de la reconnaissance de l'auto-tutelle et des procurations préventives.

L'importance croissante du champ d'action des notaires dans ce domaine, est un bon exemple de cet élargissement de la liberté de conclure des pactes ou de prendre des décisions.





EUROPEAN AFFAIRS COMMISSION (CAE)

THE EVOLUTION OF FAMILY LAW IN EUROPEAN COUNTRIES AND ITS CONSEQUENCES FOR NOTARY LAW

November 2015

PERSON RESPONSIBLE FOR THE STUDY:

María de los Reyes Sanchez Moreno (Spain)

WORKING GROUP MEMBERS:

Igor MEDVEDEV (Russia), Fotini KOUTKOU (Greece),

Sabrina BELLONI (Italy), Marc GELEIJNS (The Netherlands)



In few fields the relationship between law and social change is as clearly reflected as in Family Law. This is because such field was and continues to be highly sensitive to the new realities of family, women and marriage. Although the evolution seen in different countries has followed a similar path, changes have not occurred in all places at the same time, and not all countries have accepted similar solutions to the same problems.

As regards the time period over which Family Law has significantly evolved, in general it appears that the most substantial changes in Family Law took place long ago. For example, in Germany it occurred in 1950; in France, from 1960; in Austria and Luxembourg, in 1970; in Portugal between 1974 and 1977; in Italy and Spain, in 1975; in Belgium, in 1976; in England, in 1985, and in San Marino, in 1986. Greece,

in turn, underwent the modernization of its Family Law in 1982 and 1983. In Andorra, the modernization of Family Law was achieved in later years, together with the approval of its Constitution in 1993.

Switzerland has a very old national Civil Code, dating from 1912, and various modifications within the context of Family Law have been approved since year 2000.

The first modifications in such countries relate, in general, to the equality of rights between men and women, filiation (eliminating, among other aspects, the distinction between children born in and out of wedlock) and adoption (making the rights of the adoptee the paramount factor in the process). It should nonetheless be emphasized that, in France, it was not until 2005 that the law was modified to provide for

the equality of children born in and out of wedlock and, even more recently, in 2013, in Italy.

More recent modifications relate above all to the regulation of domestic partnerships and assisted reproduction techniques: the Netherlands introduced regulations governing registered partnerships in 1998; England and Wales approved their laws governing domestic partnerships in 2004 and assisted reproduction in 2008; in Greece, the assisted reproduction law dates from 2002, with registered partnerships regulated in 2008; in France, civil solidarity pacts were regulated in 1999; in Andorra, civil unions in 2014; in Portugal, registered partnerships in 2001; in Spain, the assisted reproduction law was approved in 2006, becoming the first in Europe together with the law of the Netherlands, whilst the Catalan law on domestic partnerships dates from 1998.

In general, Eastern European countries have made the most significant modifications to their Family Laws since year 2000, although modifications in these countries have occurred at a faster pace, probably because they were able to draw on the previous experience of Western Europe. In fact, one major motivation for modification was the approximation or required adaptation to the European Union legislation, or superseding the principles that prevailed during the socialist era.

In many cases, Family Law modifications were undertaken as comprehensive modifications within the context of more extensive amendments to the Civil Code (Lithuania, Romania and, more recently in 2014, Czech Republic, Hungary and Latvia). In other cases, modifications were specifically made to Family Law, as in Ukraine and Bulgaria, where in 2002 and 2009 their new Family Codes were respectively approved. In Estonia, the first law relating to family dates from 1994 and was modified in 2014. In Kosovo, the drafting of its Civil Code is in progress.

As an exception, Hungary underwent the most far-reaching modification in this area in 1952, while Poland did so in 1946 by unifying the legal systems existing in the country. Macedonia approved its Family Law in 1992, although the main developments in this field occurred from 2014.

In Eastern Europe the most recent modifications specifically relate to prenuptial agreements and marital legal systems. In some cases, modifications have been intended to enable modification of the marital legal systems, which modification was prohibited under socialist law.

Likewise, these countries have been required to address the issue of private property and succession.

Numerous modifications recently undertaken in these countries have similarly addressed the issue of divorce (Croatia, Kosovo, Hungary, Bosnia-Herzegovina and Czech Republic).

There are a number of countries in Eastern Europe which would specifically seem to be pioneers for introducing changes not confined to adapting their legislation to the systems of the European Union, but by offering instead numerous new solutions, some of which have in turn influenced countries of Western Europe. This is the case of Estonia, which has not only decisively influenced the pace of modification in the Baltic States, but also – even before Spain, for example – conferred powers on notaries to celebrate marriages in 2010, a change which is currently being planned in Latvia.

On the other hand, in Estonia, notaries are qualified authorities in divorce matters, as is the case in Romania, Latvia, San Marino, Portugal and Spain. Such modification is also planned in Lithuania and Macedonia.

In general, this requires that the divorce be uncontested and that there be no children under legal age.

Particular mention should also be made of Croatia, with its highly novel divorce regulations intended to encourage amicable dissolution of marriage. The spouses will draw up an agreement governing the divorce, which may be modified by the courts in certain cases, essentially for the benefit of the children. If there are children under legal age, the parties must be advised before the agreement is drawn up as to the effects of the agreement as well as to the consequences of not reaching one. The general rule will be shared custody by both parents. If no agreement is reached, the parties shall be required to attend an initial family mediation session.

The concept of family mediation is widely applied in other countries as an alternative form of out-of-court conflict resolution. Mention may be made in this regard of the Council of Europe Recommendation on Family Mediation adopted in 1998. Pioneers in this issue were Scandinavian countries. Now, it is only mandatory in Norway, while in Sweden its mandatory nature was eliminated in 1974. Family mediation is also a compulsory requirement under the 1996 Family Act of England and Wales. Though not mandatory, the procedure has been successfully utilized since the 1980s in France, Germany, the Netherlands and Belgium, along with certain countries that have recently passed legislation on family mediation, such as San Marino, Bulgaria and a number of Autonomous Regions in Spain.

Slovakia, in turn, stands out as the only country that has not

undergone a substantial Family Law modification to date, due to a lack of political will in this regard and the belief that it has not yet proven necessary, despite the social changes that the country has experienced to which the law has not been adapted. In Russia, it was established that society was not sufficiently prepared to accept certain changes, such as a homosexual family, though at present homosexual relationships are not deemed to be contrary to law or a reflection of a mental pathology. There are even legal grounds to acknowledge domestic partnerships or same-sex marriages recognized or celebrated abroad.

As regards Turkey, the main Family Law modification was introduced shortly after the creation of the Turkish Republic. Such initial modification represented the evolution of its law with respect to the Islamic law that had previously prevailed. Its Family Law was significantly updated when the new Civil Code became effective in 2001. These modifications have been introduced not only to adapt the provisions to the social reality of Turkey, but also, in this case, to bring the country closer to Europe. In Turkey, the most recent modifications have been intended to achieve equality between spouses and eliminate the distinction between legitimate and illegitimate children.

Modifications are generally prompted by social change. These changes have first led to equality between men and women, as well as to the recognition and progressive social acceptance of factual circumstances demanding legislative action, as in the case of domestic partnerships. Though without total unanimity, it is nonetheless generally accepted by several countries that the law does not anticipate changes, but reacts once they have occurred.

In terms of domestic partnerships, particular complexity is to be found in the treatment to be given to homosexual couples, an issue that for certain countries entails a religious dimension that influences legislators. One particular case is Andorra, where it has been found that despite the proximity between legislators and population, its particular political system, in which the Catholic Church has substantial representation, limits the possibility of introducing modifications. In other countries, such as Greece and Turkey, religion plays a key role in the evolution of Family Law. It is quite true though that the homosexual community has been quite active in various countries in championing its rights.

Same-sex marriage has presented even greater problems, either because the religious aspect is more prominent or because it has not been considered legally appropriate since the regulation of domestic partnership rights was deemed

sufficient. In most European countries the rule is not to allow such marriages (although there is a substantial trend in favor of acceptance, not only in Europe, which is leading the way in this regard, but worldwide). Countries that do not accept homosexual marriage have been forced to deal with same-sex marriages celebrated abroad, and have been required to adopt a position on the matter: either they recognize marriages celebrated abroad as true marriages, as in the case of Ukraine and Austria, they consider or adapt the concept as a domestic partnership, as in the case of Estonia, Croatia, Czech Republic, Switzerland and Germany, they consider it a violation of their legal system, as in Greece, Poland, Kosovo and Lithuania, or they simply do not recognize it as a marriage, as in happens in Italy, San Marino, Slovakia, Turkey and Macedonia. Although the last of these countries, Macedonia, does not accept homosexual marriages, the matter is expected to be raised extensively in court upon application of the 2009 law intended to eliminate gender discrimination.

With regulations already having been introduced in the Netherlands in year 2000 (the law became effective in 2001) and in Belgium in 2003 (such countries being worldwide pioneers), regulations were adopted in Spain in 2005 and in Norway and Sweden in 2009. In Portugal and Iceland such marriage was accepted in 2010. Denmark accepted it in 2012, while France and England legislated accordingly in 2013, and Andorra (where it has been called "civil union"), Scotland and Luxembourg, in 2014. Ireland recently gave its approval by referendum to homosexual marriage, thus being the only country to have used such mechanism.

The issue of same-sex marriage or partnership is often linked to the problem of allowing or not the adoption of children or the access to assisted reproduction techniques.

Some countries see the transformation/modernization of their Family Law as a completed process in general terms, while others view it as still being in the process of adaptation or, as in the case of Slovakia, yet to be embarked upon. Most countries attribute the merit of modification more to legislators than courts, though Hungary, Estonia, San Marino, the Netherlands, Germany and, especially, Austria value the prominent role of the courts in updating Family Law.

One aspect on which there is unanimity is the perception that, despite the changes seen in this field, the parliamentary attitude is one of intervention in the field in question, Family Law. Particularly noteworthy are the cases of San Marino and, above all, Common Law countries, where the nature of their legal systems prevents any specific reference to actual interventionism.

Certain specific points:

REGISTERED PARTNERSHIPS

There are substantial differences on this issue between countries. There is no legislation on registered partnerships in Montenegro, Kosovo, Lithuania, Turkey, Bulgaria, Italy, Poland, Slovakia, Latvia, Portugal, San Marino, Romania, Bosnia-Herzegovina and Macedonia (though this last country has plans for regulation).

As to the countries where such issue is regulated, in some of them registered partnerships have similar effects to marriage. This is the case of England, Croatia, the Netherlands, Estonia and Andorra.

In other countries, there is only a partial similarity.

Although in Spain there is no national legislation governing registered partnerships, many Autonomous Regions do have their own legislation. Only Autonomous Regions that have their own Civil Law system recognize the civil rights of partnerships. The regulation of registered partnerships differs widely across different Autonomous Regions, and while in some of them registered partnerships are deemed to be equal to marriage, in others only certain specific rights are recognized, and there are further discrepancies in terms of the determination or not of a registration requirement to take advantage of the regulated rights.

France does not recognize rights of succession on the part of registered partners, and in economic terms the applicable legal system will be the separation of property, although an undivided ownership of property may be agreed with certain exceptions.

Greece acknowledges lifelong common partnerships, while Ukraine acknowledges the concept of a domestic partnership, although there is no provision for registration. In Belgium the equivalence between registered partnership and marriage exists in terms of taxation (income and inheritance taxes), whilst partners are granted a right of usufruct over the family home and appurtenances, though this may be revoked. In Luxembourg, the registered partnership is likewise equivalent to marriage for purposes of income and inheritance taxes, but without succession rights.

Many countries have legislated registered partnerships but do not accept same-sex registered partnerships (such as Greece). This is permitted in England, France, Luxembourg, certain Autonomous Regions of Spain and Estonia (once its registered partnerships law takes effect in 2016).

However, Croatia, Czech Republic, Germany, Austria and Switzerland reserve the concept of "registered partnership" specifically for same-sex couples (as registration is not required for domestic partnership consisting solely of a man and a woman). Croatia distinguishes between registered and non-registered homosexual couples in a relationship lasting at least 3 years, the effects of which being equivalent to marriage. Czech Republic recognizes succession rights of partners, although no rights to joint property, adoption or assisted reproduction techniques are granted to them, and such partnership is not deemed equivalent to marriage for taxation purposes. In Germany, a registered partnership is in general terms equivalent to marriage. In Austria, a registered partnership is not equivalent to marriage, but the rules governing marital legal systems and disposition of community property are deemed applicable to it by analogy. Switzerland acknowledges in general the same rights as in the case of marriage (mutual support, protection of family home, succession rights), with the exception of the rights to assisted reproduction techniques and adoption, although a modification that will allow one partner to adopt the children of the other is pending.

Hungary also acknowledges the right of homosexual couples to a domestic partnership, but not to marriage; such partnership may be registered, in which case in many aspects it is equivalent to marriage (community property, succession rights, taxation equality), although the equivalence is not total, since they may neither adopt as a couple nor take the other's surname. Unlike marriage, dissolution is not by means of divorce proceedings, but by a court decision or notarial act (the latter simplifying the process).

Catalonia and the Netherlands were the first to legislate domestic partnerships in 1998, though such law has been abolished in Catalonia. In France, the law governing registered partnerships dates back to 1999; the German legislation dates from 2001 and, in the remaining countries, as from 2004. The last countries to introduce legislation were Croatia and Estonia, in 2014.

In Italy there are domestic partnerships locally registered, but such registration does not confer any rights and has only effects locally (for example, to have access to social rented housing).

In Hungary there is a Register of Domestic Partnerships for which notaries are responsible. Effects as regards third parties depend upon registration.

DOMESTIC PARTNERSHIPS

In most countries (Lithuania, Estonia, Turkey, Hungary, Greece, Andorra, Bulgaria, Ukraine, Romania, Latvia, Belgium, Luxembourg and Germany), no legal effect is accorded by legislation to such relationships, which exist outside the legal system. However, since in these countries such partnerships have a *de facto* existence, they are considered for certain purposes. Greece, for example, vests in a domestic partnership (in all cases heterosexual) the right to conceive a child through assisted reproduction techniques, and cohabitation with another person entails the termination of alimony agreed upon divorce. Switzerland takes into account long-term cohabitation (in principle understood as the one lasting more than 5 years) for purposes of generating the right to cohabitation alimony, which right is not based on the law but on case law. In certain cases, courts have also applied to domestic partnerships the principles governing simple companies, thus enabling a fair distribution between the partners of the profits obtained during the partnership. Belgium recognizes that a natural obligation of contribution to marital expenses may exist.

As regards the countries that do acknowledge the legal effects of domestic partnerships, most of them recognize that such effects are very limited. For example, rights to family home are recognized in England; in Poland, France, Germany and Italy, partners are entitled to continue living in a leased property, and in San Marino, the cohabitant, provided cohabitation has lasted 15 years, will be entitled to alimony in the event of separation.

As regards succession, the effects of domestic partnerships are not typically recognized. Such effects are however recognized in Czech Republic, as well as in Slovakia, if the deceased had no children and had lived with a partner for 2 years prior to death.

In Estonia, legal effects are recognized within the context of actions based on unfair enrichment and regarding Social Security and procedural matters.

In Austria (where the domestic partnership only consists of a man and a woman) certain legal effects are recognized with regard to leases, social security, assisted reproduction, and grounds for termination of alimony. Austrian case law specifically refutes the application by analogy to the dissolution of a domestic partnership of the rules governing the distribution of assets after a divorce, although the rules governing non-commercial companies and unfair enrichment are deemed applicable to domestic partnerships.

Croatia, Macedonia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina and Kosovo recognize domestic partnerships as having the same effects as marriage. In Portugal, the similarity is almost total.

Croatia requires a domestic partnership, which implies an emotional partnership between a man and a woman, to have lasted three years, or a shorter period if there are children or the partners get married.

Macedonia requires a domestic partnership, always between a man and a woman, to have lasted at least one year.

Montenegro and Bosnia-Herzegovina only recognize the effects of marriage in the case of couples who have cohabited for a long period, without stipulating a specific period, which is to be determined by the courts.

Kosovo recognizes the effects of marriage for stable domestic partnerships between a man and a woman. The succession rights of the couple are nonetheless subject to the absence of a prior marriage, to duration of the partnership of over 10 years, or 5 years if they have children.

The Netherlands not only considers a domestic partnership equivalent to marriage for certain tax purposes, but extends such equivalence to heterosexual and homosexual partnerships documented by means of a notarial instrument. The similarity of such domestic partnership to marriage for tax purposes depends not only on the notarial act but also on the duration of cohabitation, which must be of at least six months.

In conclusion, it may be asserted that countries seem to condition the rights of a couple to compliance with certain requirements for social acceptance, whether by registration, notarial instrument - in the case of the Netherlands- or in other cases the duration of cohabitation or the existence of children.

FILIATION

In most countries, there have been no recent modifications of the traditional regulation of filiation.

In Belgium, Portugal, Switzerland, Estonia, Croatia, Macedonia and Bulgaria, modifications have been introduced as regards filiation, with special focus on the rights of children. In Estonia, such modifications mostly refer to presumptions of filiation; in Latvia, the recognition of children has been facilitated; in Germany, changes have been made to the rules

on paternity claims; and it is to be noted that in Belgium the concept of filiation was established for a member of a same-sex couple regarding the children of the other member of the couple, without any need for a more complex adoption process.

In Turkey, France, Italy, Bulgaria and Ukraine, such modifications have focused on a ban on discrimination between legitimate and illegitimate children.

ADOPTION SYSTEMS

Except in the case of Ukraine, which recognizes up to 5 different adoption systems, the other countries either recognize one single legal system (Greece, Hungary, Czech Republic, Romania, Kosovo, Turkey, Andorra, Estonia, Slovakia, Latvia, Lithuania, Switzerland, England, Spain, San Marino, the Netherlands, Macedonia and Germany) or two different legal systems (Poland, Montenegro, France, Portugal, Bulgaria, Italy, Belgium, Bosnia-Herzegovina and Luxembourg). Germany recognizes two different adoption systems only regarding adults.

Turkey allows the processing of adoption either directly via the relevant social services or by agreement with the biological parents with the involvement of social services. Likewise, San Marino recognizes the possibility of carrying out adoption directly with the biological parents.

In 2000, the Netherlands began granting adoption rights to homosexual couples, applicable only to children of Dutch nationality, before making this applicable to all nationalities in 2009.

England, Kosovo and Croatia are the only countries which state that their legal systems were amended in 2002, 2006 and 2014, respectively. The adoption system in Estonia has also been changed allowing for joint adoption by registered couples (at the time when the 2014 modification becomes effective).

As a general rule, different countries accept that the basic principle in this matter is the safeguard of the adopted child's rights, with special consideration of international adoption, based on the principle that adoption requires the involvement of the relevant social services. Some countries distinguish between adoption of minors and persons of age.

ASSISTED REPRODUCTION AND SURROGACY

Several countries regulate assisted reproduction, except Lithuania, Latvia, Andorra, San Marino, Luxembourg, Bosnia-Herzegovina, the Netherlands and France. In Montenegro, proof of paternity is forbidden in case of assisted reproduction, and the same applies to Poland.

The existence of two types of assisted reproduction is in general accepted: when performed *inter vivos*, and the one performed with a deceased reproductive material. A distinction may also be drawn between assisted reproduction by a married or unmarried couple and an application made by an individual. In general, countries with legislation on assisted reproduction in favour of couples restrict it to heterosexual couples only.

In Greece, written consent by both members of a married couple or both partners is an *ad solemnitatem* requirement, and a notarial deed shall be required for *de facto* couples or single women.

Consent by the parties through a public instrument is also required in Hungary, whereby the status of the child to be born by means of assisted reproduction techniques will be established.

While several countries typically legislate for assisted reproduction, different circumstances apply to surrogacy, which is not in general regulated, resulting in the application of the standard principles of filiation. Estonia, Italy and Switzerland expressly forbid surrogacy.

Surrogacy is permitted in England, Austria, Ukraine and Greece, subject to significant requirements.

In Greece, for example, surrogates must meet certain requirements such as inability to procreate, being suitable as a surrogate mother and one of the two women must be Greek or reside permanently in Greece. In addition, there must be a written agreement among all parties concerned, the surrogate shall receive no remuneration and court permission must have been granted.

In Austria, a significant judgment by the Constitutional Court has been issued which considers that Austrian law regarding assisted reproduction is discriminatory against homosexual women partners.

And if performed abroad?

Surrogacy performed abroad is permitted in England, if there is a court decision in this regard.

Greece accepts surrogacy carried out by Greek citizens abroad, provided they are authorized by court. If said court authorization has been granted abroad, it will be accepted in Greece unless deemed contrary to the legal system (for example, if remuneration is involved). If there is no court authorization, filiation under Greek Law shall not be granted, since this requires court authorization.

Ukraine acknowledges surrogacy carried out abroad if it complies with domestic law. The same applies in Slovakia.

Although the safeguarding of the child's interests is the general rule, the right to adopt or have access to assisted reproduction techniques in the case of homosexual couples is once again presented in terms of the "right" of the adopter or the applicant for treatment, rather than the interests of the adoptee or the child. However, in societal terms, the fact that the very concept of family has changed considerably cannot be overlooked: from larger extended families to nuclear families of parents and children, then to single-parent families and their child, and lately to couples of any kind, irrespective of gender, with or without children.

MODIFICATIONS REGARDING ASSETS (SUCCESSIONS AND DONATIONS)

Most countries have not introduced any modifications in this regard. Modifications of private property laws and succession rights had in general been already introduced by Eastern European countries.

A few countries, however, have recently seen substantial modifications in terms of succession. The modifications made in England, in 2014, were significant. Other countries have likewise undergone changes in this respect: Italy (action for restitution due to violation of the reserved portion of the estate; new succession regulations to adjust it to the modifications of filiation and family protocols to regulate transfer of family businesses; the latter shall, in all cases, be effected by public deed); Belgium (disqualification to inherit; revocation of donations and substitution, previously known as representation); Estonia (reduction of the reserved portion of the estate, conversion of such portion into a credit right, determination and calculation of donations); Hungary in 2014 (wills, succession agreements, intestate succession, legitimate portion), and more recently, in 2015, Bosnia-Herzegovina (new rules governing intestate succession and introduction of contractual succession, involving a notary).

Poland introduced a tax modification in 2007 which eliminated the tax on succession and donations for the closest relatives. Another significant modification was made in 2009, related to Civil Law, whereby the number and category of relatives with succession rights in case there is no will have been extended.

In Spain there has been a series of tax modifications regarding successions and donations in the various Autonomous Regions to exclude or limit tax payments among the closest relatives.

A major modification of Succession Law is pending in Andorra.

THE ROLE OF NOTARIES: AS REGARDS MARRIAGE

Notaries play a prominent role in the drawing-up of prenuptial agreements. Only in San Marino notaries are not recognized any qualifications in this matter.

Further, notaries are vested with such qualifications in all cases except in Portugal (since such agreements may also be executed before the Civil Registrar), Turkey, England (where in any event they are uncommon) and Hungary (although responsibility for keeping the Register of Prenuptial Agreements is vested in notaries).

In Italy and in France, notaries are also authorized in this respect but, at the time of the marriage ceremony, the spouses may choose the legal system to govern the separation of assets before the Civil Registrar.

In Croatia, such agreements must be made in writing and the signatories' signatures must be certified by a notary. However, a deed is required if the agreement is executed by a guardian representing an incapacitated individual (with the authorization of the applicable administrative body). In Bulgaria, the agreement by means of which the marital economic system is chosen must be submitted to the applicable civil officer, although the signatures and content must first be certified by a notary.

In Slovakia there are no regulations governing prenuptial agreements. However, any terms establishing an increase or reduction in community assets must be recorded in a public deed. Likewise, there are no such regulations in Macedonia, although there is a project on regulating prenuptial agreements that would qualify notaries to draw up such agreements.

In Latvia, notaries are qualified to set aside the portion of the surviving spouse in shared property which has not been registered in the name of both spouses in order to ensure that such portion will not be included in the succession.

In Spain, in 2015, notaries have been authorized to establish marriage economic systems and record the same in the Civil Register.

In general, notaries have not been authorized to celebrate marriage ceremonies except in Estonia and Spain. In Latvia, a project is in place in this respect.

AS REGARDS THE DISSOLUTION OF MARRIAGE

Montenegro, England, Croatia, Slovakia and Ukraine do not recognize any authority to notaries in this field.

In most countries, notaries can prepare divorce agreements and the dissolution of the marital community.

In certain countries (Belgium, France, Luxembourg and the Czech Republic), the involvement of notaries is mandatory and, in some cases, they may only act if real estate is involved.

In Andorra, notaries may act in the execution of divorce agreements, but this is not common since this is generally performed by lawyers; however, notaries frequently act in separation agreements, which pave the way for future divorce proceedings. In Switzerland, notaries do not take part in divorce agreements either but they may act in the dissolution of the economic marital community. It should be particularly noted that, in Switzerland, lawyers' participation in divorce proceedings is not even precise.

In Greece, notaries are only authorized to execute powers of attorney for lawsuits, while in Turkey their role is confined to the service of notices, where applicable, on a spouse who abandons the family home.

In England there is new case law favouring prenuptial agreements which provide for any financial consequences in case of a divorce. These are very common in the United States. Notaries usually take part in the execution of these agreements, mostly if economic interests exist beyond the country's borders. These prenuptial agreements are permitted in Catalonia, Spain.

All of the above-mentioned is irrespective of the powers granted to notaries as officers qualified to perform divorces, as referred to above.

As a matter of curiosity, in the Netherlands a divorce practice, known as Express Divorce, has been usual for some years. Notaries would issue a deed whereby a marriage was turned into a registered partnership and then would issue a deed of dissolution of the registered partnership.

AS REGARDS REGISTERED PARTNERSHIPS

The response of the majority is negative, either because such partnerships are not recognized or because no involvement by notaries is required in that respect (Montenegro, San Marino, Portugal, Kosovo, England, Lithuania, Turkey, Slovakia, Italy, Belgium, Austria, Ukraine, Hungary, Czech Republic, Macedonia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria and Romania).

Notaries are authorized to draw up cohabitation agreements in France, Andorra, Greece and Hungary. In Estonia notaries will, once the law on domestic partnerships takes effect in 2016, have the exclusive authority to draw up registered partnership agreements and terminate them. In Croatia, notaries are authorized to draw up agreements regarding property of same-sex couples, which agreements must be executed as public deeds. The notary's involvement in the formation of registered partnerships was previously rejected, it being sufficient to file a registration application with the Civil Registrar. In Germany, the Civil Registrar is authorized to form registered partnerships, though in Bavaria such authority is also granted to notaries.

In Switzerland, notaries are required to notarize the applicable marital legal system (which is, by default, the separation of property), and their involvement may be requested for the dissolution of said legal system. In Belgium, the notary's involvement in the drawing up of the agreement establishing the rules that will govern the couple's common life is mandatory. In Andorra, notaries are required to notarize any agreements reached by couples relating to real estate; the same applies in Luxembourg.

In Poland, in turn, future legislation is expected to provide for the notary's involvement in the establishment of registered partnerships.

In Hungary, although notaries are not involved in the creation of registered partnerships, they have the authority, a-

long with judges, to notarize their dissolution. Notaries are also in charge of keeping the Register of Cohabitation Agreements.

The role assigned to notaries in a number of countries as mediators or arbitrators under Family Law is likewise significant, as is the case of Estonia and Bulgaria.

AS REGARDS DOMESTIC PARTNERSHIPS

Very few countries recognize the notaries' role in this respect. Only Montenegro, Kosovo, Poland, France, Belgium, Estonia, Macedonia and Austria recognize their role in the subscription of agreements between partners.

In Greece, the involvement by notaries is limited to the eventual recognition of children.

MORE FREEDOM TO ENTER INTO AGREEMENTS UNDER FAMILY LAW

The response of the majority is that freedom to enter into agreements under Family Law, an area of law traditionally consisting of imperative rules, has effectively increased, and such increase in individual freedom has specially become evident in prenuptial and cohabitation agreements, as well

as in separation and divorce agreements, subject always to the priority given to children under legal age. Mention may likewise be made of shareholder agreements regulating family businesses, which constitute a new area of free will, subject to any limitations imposed by Corporate Law.

In time, more freedom has been observed in a number of countries in terms of marriage dissolution (whether religious, according to the rituals of different faiths, or civil ceremonies performed before a more diverse group of officers), along with more freedom to divorce, encouraging divorce by mutual consent, eliminating the concept of fault and, in many cases, providing for shared custody as a general principle.

Various countries have likewise introduced modifications related to the order of surnames, the use of the maiden name after marriage or of the husband's surname after marriage dissolution, with the consent of the husband.

A significant trend is also noted as regards the acceptance of the legal right of parents to designate guardians or custodians of their children under legal age or incapacitated, if applicable (which designation must be approved by the court), as well as of the self-guardianship or lasting power of attorney.

The increased importance of the notary's role in Family Law is a good example of the greater freedom to enter into agreements or make decisions.



EL NÚMERO PROGRAMADO DE NOTARIOS:

Una regla necesaria
para el notariado de hoy



Del libro en homenaje a Giancarlo Laurini
“Scritti in onore di Giancarlo Laurini”
Edizione Scienfiche Italiane, Napoli, 2015 - Tomo I - p. 467

Carlos Marcelo D'Alessio
(Argentina)





CURRICULUM ABREVIADO



CARLOS MARCELO D'ALESSIO



Profesor Adjunto
Consulto de la Universidad de Buenos Aires

Ex Presidente del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires y del
Consejo Federal del Notariado Argentino

Miembro de Número de la Academia Nacional
del Notariado de la República Argentina

Miembro de la Comisión Consultiva de la UINL

Escribano General del Gobierno
de la República Argentina

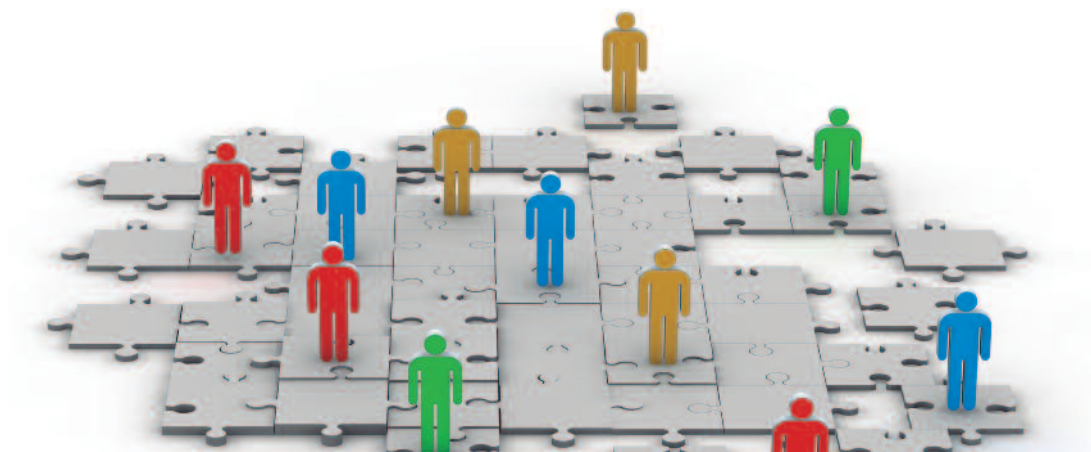
Abstract



El concepto de “número programado de notarios” es más adecuado que el de “númerus clausus”. El número de actuantes debe ser el que permita prestar un eficiente servicio notarial, que implique el adecuado cumplimiento en forma personal de las distintas operaciones profesionales, en especial la intermediación. El número excesivamente reducido de notarios origina el funcionamiento de mega escribanías en las que se descuida la tarea profesional. Esto origina que la población perciba la función notarial como una mera imposición legal que la obliga a asumir un costo a cambio de un servicio cuyo valor no llega a percibir. Más allá del desprecio que esto implica respecto de cada uno de los usuarios del servicio, encierra un serio peligro para los notariados nacionales en los que esta situación ocurre y aún para el sistema del notariado latino en su totalidad.

EL NÚMERO PROGRAMADO DE NOTARIOS: Una regla necesaria para el notariado de hoy

CARLOS MARCELO D'ALESSIO
(ARGENTINA)



Tuve el honor de acompañar a Giancarlo Laurini en su gestión como Presidente de la Unión Internacional del Notariado en la Legislatura 2005-2007. Él me distinguió al renovar mi designación como Presidente de la Comisión de Asuntos Americanos que venía ejerciendo desde el período anterior. Esa circunstancia me permitió compartir con Giancarlo numerosas reuniones institucionales en las que tuve oportunidad de apreciar el talento de un hombre con una visión muy precisa de cuáles son los desafíos del notariado de hoy y cuáles los medios para enfrentarlos. Tomaré como ejemplo un episodio que me demostró esas cualidades.

En una de las reuniones plenarias de la Comisión de Asuntos Americanos a la que Laurini asistió en carácter de Presidente de la Unión, el representante de uno de los países informó – por supuesto, como un logro- que en su demarcación habían logrado que se disminuyera el número de notarios. Su informe denotaba el sentimiento frecuente en muchos colegas de que siempre es bueno para quienes trabajan en un deter-

minado lugar que haya el menor número de notarios. De ese modo el trabajo se distribuye entre menos profesionales y cada uno de ellos obtiene mayor provecho. Laurini tomó la palabra y, en vez de felicitar al colega por el logro obtenido, como él hubiese esperado, le dijo que entendía que tal disminución en el número no podía ser vista como un hecho positivo si no respondía a un estudio que demostrara que, de acuerdo con la realidad socioeconómica del país o de la región, el número de notarios era excesivo. Tuvo entonces oportunidad de exponer el concepto de “número programado de notarios” que muchas veces le escuché utilizar, y que reemplaza la clásica expresión de “*numerus clausus*” que tan poco simpática resulta a la población.

El entonces Presidente de la Unión destacó una noción sobre la que es habitual leer en los textos de Derecho Notarial, pero que poco se aplica en la práctica: el número de notarios que actuará en una demarcación debe ser determinado sobre la base de pautas objetivas vinculadas con la actividad econó-

mica: se deberá tener en cuenta el número de habitantes y el volumen económico de las transacciones que éstos realizan. Sólo un estudio serio de las necesidades de la población deberá sustentar la decisión de fijar el número de actuantes de modo de garantizar a la población la prestación de un servicio eficiente.

La limitación del número de registros notariales es un principio que no se discute en el mundo del notariado latino. Ya la Ley del 25 Ventoso del año XI dictada en Francia el 16 de marzo de 1803 estableció el régimen numerario. La ley española de 1862 recoge el mismo principio que se viene repitiendo, con diferentes fórmulas, en las distintas leyes notariales. El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino -Buenos Aires, 1948- recomendó: "Propender a la limitación del número de actuantes, la que debe relacionarse con los habitantes de la jurisdicción territorial del lugar del ejercicio, de manera que se asegure al notario una existencia independiente y honorable". *Los Principios Fundamentales del Sistema de Notariado Latino*, aprobados en la Asamblea de Notariados Miembros de la UINL, celebrada en Roma el 8 de noviembre de 2005, mantienen el principio aunque con otra redacción que agrega un matiz diferente que más adelante comentaremos. Dicen los *Principios*...: "La ley nacional determinará el área de competencia de cada notario, así como el número de notarios, **que ha de ser suficiente para asegurar convenientemente el servicio...**"

En la declaración del Congreso de 1948, aparece como fundamento de la limitación asegurar a los notarios un determinado nivel de vida. Esto es cierto y necesario. El ejercicio del notariado implica siempre una serie de incompatibilidades que impedirán que quien se dedique a nuestra actividad pueda ejercer otras, por lo que el ejercicio del notariado será su único sustento. De cualquier modo, debemos tener en cuenta que, en el mundo moderno, donde son las leyes económicas las que dominan el mercado, a veces resulta difícil explicar por qué se limitan las vacantes de notarios mientras que los demás profesionales están sujetos a la libre competencia. Quienes así razonan agregan que esa competencia produce una baja de costos que beneficia a la población en general. De este modo, no justifican que se reserve a los notarios una determinada porción del mercado. Estas posturas han fundado diversos procesos de desregulación de la actividad en un número de países miembros de la Unión. En esos casos, los gobiernos han derogado las limitaciones cuantitativas para el ejercicio del notariado y han ampliado el número de notarios por jurisdicción, muchas veces sin ningún otro fundamento real que el interés político del gobernante. Estos procesos han demostrado ser perjudiciales para el buen servicio a la comunidad, por lo que, en general, a poco de su

eliminación se reimplantaron los límites al número de actuantes en estos países.

Estas aseveraciones, meramente economicistas, parecen absurdas para nosotros, que sabemos que la actuación del notario implica el ejercicio de una función pública delegada por el Estado y, como ocurre con toda función de este carácter, es el Estado el que fija el número de funcionarios a designar de acuerdo con las necesidades del servicio. Con el mismo criterio, cada gobierno fija el número de juzgados o de oficinas del Registro Civil que requiere para atender en forma adecuada a la población. Sin embargo, entiendo que nos equivocamos si nos limitamos a utilizar ese concepto en forma abstracta y no analizamos la realidad de cada uno de los países para determinar si en la realidad la limitación del número asegura la prestación del mejor servicio al público o, por el contrario, tiende a garantizar privilegios monopólicos a los notarios en ejercicio. A ese análisis apunta la noción de **número programado** de notarios enunciada por el Presidente Laurini.

El tema debe vincularse necesariamente con la calidad del servicio notarial analizada desde la óptica de protección los requirentes. Es este el enfoque que el mundo jurídico de hoy da a los contratos que vinculan a una parte que se supone menos informada -en nuestro caso, el requirente del servicio notarial- a la que se califica como consumidor, con alguien que, por su situación personal, tiene una posición contractual superior- en nuestro caso, el notario.

Analizar cuál es la calidad del servicio notarial que en cada caso se presta implica preguntarse con toda sinceridad si la actividad que el notario despliega respecto de cada uno de los actos en que interviene adiciona a éstos un verdadero valor agregado. Al respecto, se nos podrá responder que la intervención formal del notario conferirá siempre al acto que autorice la autenticidad propia de la fe pública de la que es depositario. Pero esto no es suficiente. Si el notario se limita a cumplir un rito meramente formal destinado sólo al cumplimiento de un requisito impuesto por la ley positiva, su función será pobre y contribuirá a que la comunidad desvalore su tarea. Si, por el contrario, la intervención notarial garantiza, en cada caso, la actuación de un profesional idóneo que despliega en forma personal todas las tareas que son inherentes a la función e inescindibles de su actuación fedataria, habrá cumplido cabalmente con su papel y merecerá el reconocimiento social.

Cualquier texto de Derecho Notarial describe con sumo detalle cuáles son las etapas que comprende el ejercicio de la función notarial. Se habla así de la interpretación de la

voluntad de las partes, momento en el cual el profesional las escucha e interpreta el sentido jurídico de lo que desean realizar; del asesoramiento, etapa en la cual opina sobre los fundamentos jurídicos y las consecuencias del acto que se proponen otorgar; la calificación, etapa en la que en su condición de jurista adecua la voluntad de los requirentes a una determinada figura jurídica; la legalización, en la que se vincula el acto a celebrar con las normas que le resultan aplicables; la legitimación, análisis que permite asegurar que el acto a celebrar sea plenamente eficaz; la redacción del documento, etapa en la que, asumiendo la responsabilidad del texto, vuelca al instrumento con una técnica adecuada las estipulaciones del negocio y, por último, en el final del proceso, la autenticación y autorización, momento en el que el notario pone en juego su potestad fedataria. Esta etapa incluirá la lectura del documento, la ratificación de éstos en presencia del notario, la firma de los intervinientes y, por último, la firma y sello por parte del notario. Habrá nacido así un documento notarial apto para producir en plenitud los efectos que las partes se propusieron. Estas nociones básicas son claramente expresadas también en los *Los Principios Fundamentales del Sistema de Notariado Latino* antes citados.

Sé que lo descripto en el párrafo anterior es totalmente conocido por cualquier notario y aún por todo estudiante que aspire a serlo, pero, más allá de que aceptemos esto sin más como una verdad sabida, ¿Se cumplen siempre esos pasos en aquellos países o ciudades donde existe un reducido número de notarías en las que se atienden diariamente cientos de asuntos?

Las operaciones de ejercicio antes detalladas implican, necesariamente, una participación absolutamente personal del notario, denominada principio de intermediación. Por supuesto, se podrá delegar en colaboradores o empleados de la notaría el cumplimiento de pasos previos a la redacción del documento, la recolección de información necesaria para su preparación y hasta la redacción de la escritura que será luego supervisada por el notario, pero en modo alguno se podrá obviar el contacto personal entre éste y el requirente en la audiencia en que las partes expliquen el acto que desean realizar y reciban el debido asesoramiento. Menos aún podrá el notario estar ausente en el acto de la autenticación y autorización ni, lo que nos parece la desnaturalización de la función notarial, hasta delegar el acto material de la firma en determinados auxiliares a quienes se autoriza al efecto.

Aunque nos cueste admitirlo públicamente y menos aún en nuestras reuniones internacionales, sabemos que estas prácticas son una realidad lamentable en algunos países y esto se vincula frecuentemente con el escaso número de notarios

que actúa en esos territorios. Así, existen dentro del mundo del notariado latino mega notarías en las que se realiza a diario un número de actos notariales (certificaciones de copias, de firmas y aún el otorgamiento de escrituras propiamente dichas) materialmente imposible de realizar en forma personal por el fedatario. Este volumen de trabajo sólo puede realizarse si el notario delega aspectos esenciales de la función y se limita a estampar su firma y sello en actos en los que no ha participado. Puede ocurrir también que el notario se limite a estar físicamente presente en el momento de la autenticación y autorización, con lo que habrá cumplido formalmente con el deber de intermediación, pero que no tenga contacto alguno con las partes en el proceso previo al otorgamiento, por lo que habrá delegado su función calificadora y asesora.

Esta situación privilegia el interés personal de unos pocos y descuida la eficiencia del servicio. Esto origina que la población perciba la función notarial como una mera imposición legal que la obliga a asumir un costo a cambio de un servicio cuyo valor no llega a percibir. Más allá del desprecio que esto implica respecto de cada uno de los usuarios del servicio, encierra un serio peligro para los notariados nacionales en los que esta situación ocurre y aún para el sistema del notariado latino en su totalidad.

La función principal de la Unión que nos agrupa es defender el sistema de notariado latino frente a los ataques que recibe en forma permanente, y esta ha sido su preocupación durante sus más de sesenta y cinco años de vida. Sin embargo, en los últimos tiempos, las críticas se han agudizado. Hoy son los organismos internacionales los que, muchas veces sin fundamentos sólidos, critican severamente nuestro sistema con argumentos economicistas. Por supuesto que no deben ahorrarse esfuerzos para responder a esas agresiones, pero la defensa debe incluir necesariamente una importante dosis de autocrítica.

En el mundo contemporáneo sólo se mantendrán aquellas actividades que demuestren ser claramente necesarias, que su actividad genera un verdadero valor agregado. Así, tenderán a desaparecer todas aquellas que sólo impliquen el cumplimiento de deberes formales sin valor intrínseco. Por lo tanto, la defensa del notariado latino, de cuyas virtudes estamos absolutamente convencidos, debe incluir un análisis severo de la realidad de cada uno de los ochenta y seis países que componen nuestra Unión y advertir la medida en que la función notarial se ejerce con estricto respeto de los principios comunes que hemos aprobado y, por tanto, nos hemos obligado a cumplir. Si predicamos nuestras virtudes hacia el exterior pero no mejoramos nuestras realidades, el trabajo de

los dirigentes será inútil, dado que su prédica será desmentida por una realidad que poco tiene que ver con los principios que constituyen la base del sistema.



Si bien la fijación del número de notarios actuantes no es la única causa de las realidades que criticamos, tiene mucho que ver con ellas. Por tanto, insistimos en que el número de notarios debe programarse teniendo como objetivo lograr la prestación del mejor servicio a la comunidad. De ningún modo esto se obtendrá mediante el sistema de libre ejercicio en el que se habilite para ejercer a todo aquél que lo desee o haya obtenido un determinado grado académico. La experiencia en los pocos países en que esto rige es negativa. También lo ha sido en aquellos donde la libertad de ejercicio se aplicó durante algunos períodos. Es indispensable que el ejercicio de la función notarial esté acompañado de un severo control por parte del Estado, quien habitualmente lo delega en los colegios notariales. Éstos adquieren así la calidad de personas públicas no estatales y, en tal carácter, cumplen tareas de control en el acceso a la función, inspeccionan las notarías, aplican sanciones, etc. Esto garantiza al público la correcta prestación del servicio. Los colegios sólo pueden desarrollar estas tareas de contralor sobre un número determinado de notarías. Ejercerlas respecto de un número ilimitado de profesionales sería ilusorio.

Vimos que la declaración del Congreso de 1948 respecto del tema que nos ocupa incluye como fundamento que el número de notarios tiene que asegurar a quienes ejerzan la función notarial una existencia independiente y honorable. Si

bien este enfoque pareciera apuntar al interés personal del notario, el concepto tiene otros alcances. Una de las características esenciales del notario de tipo latino es que ejerce su función en forma imparcial e independiente (así lo expresan literalmente los *Principios del Notariado Latino* en su párrafo 2). Esto garantiza que actuará sin presiones de ninguna de las partes y contribuirá, de tal modo, al equilibrio de las relaciones entre éstas. Por otra parte, no se acepta que pueda desempeñarse en relación de dependencia, ya que esto atentaría contra la necesaria libertad de opinión. Mal puede pensarse en un funcionario imparcial si está inmerso en un mundo laboral extremadamente competitivo que genere importantes presiones económicas.

Omitir una debida programación y no sustentar la fijación del número de notarios con datos vinculados con la actividad económica implica dejar ello librado a la voluntad de la autoridad política. Así, se pueden dar dos fenómenos. Por un lado, puede ocurrir que, sin fundamento alguno, se mantenga un número reducido de notarios como modo de proteger a unos pocos, lo que, con seguridad, originará las distorsiones que hemos señalado. También, puede suceder que los gobernantes aumenten el número para satisfacer intereses políticos. Ninguno de esos extremos es admisible. Por tanto, es un deber de los colegios notariales propender a que las leyes que regulan el ejercicio fijen pautas para determinar la cantidad de registros y, a la vez, implementar los medios para que esa regulación se cumpla estrictamente.

Establecer con sinceridad el número programado de notarios teniendo en mira a los usuarios del servicio es un deber de todos los notariados nacionales que contribuirán, de ese modo, a lograr un mayor reconocimiento de la comunidad. Haremos así realidad una aspiración que Giancarlo Laurini, a quien homenajeamos con este sencillo escrito expresara en una conferencia que pronunció en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, en abril de 2005, al inaugurar una reunión de la Comisión de Asuntos Americanos que me tocó presidir: *“En esta perspectiva, el notariado tiene que hacer el máximo esfuerzo posible para recuperar su imagen real de eficiencia y profesionalidad.*



INDIA

FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE INDIAN NOTARIAL SYSTEM



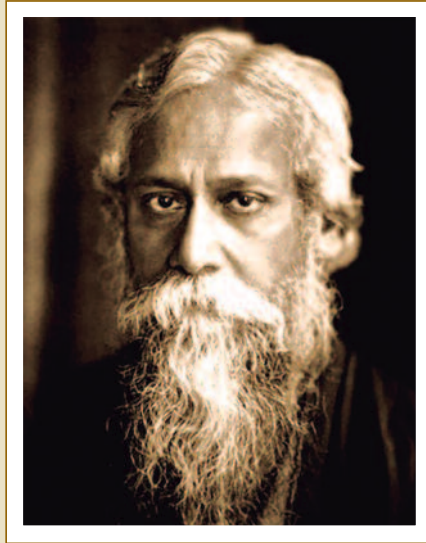
NOTARIES ASSOCIATION MUMBAI, INDIA

12th April, 2016





INDIA



IMMORTAL WORDS BY KABIGURU RABINDRANATH TAGORE

Where the mind is without fear and the head is held high
Where know ledge is free
Where the world has not been brocken up into fragments
By narrow domestic walls
Where words come out from the depth of truth
Where tireless striving stretches its arms towards perfection
Where the clear stream of reason has not lost its way
Into the dreary desert sand of dead habit
Where the mind is led forward by thee into
ever-widening thought and action
Into that heaven of freedom, my Father,
let my country awake

CURRICULUM VITAE



MR. SIDHESWAR DE
(Bengal, India)



MR. SIDHESWAR DE

born on 5th January 1940 at Kolkata (West) Bengal, India.
Present Address 201, Fortune Heritage, Sargam CHS Ltd.,
30th Road, Bandra (W), Mumbai - 400 050 - India.

Mr. De Graduated in Bachelor of Science and Law from the
University of Calcutta in the year 1957 & 1960 respectively.

Thereafter Qualified as a Solicitor and Advocate from Calcutta in the year 1962 and enrolled at the High Court of Kolkata and thereafter at Bombay High Court (India).

He joined Banque Nationale De Paris (Now known as BNP PARIBAS) an International Bank as a Legal advisor in the year 1972 at Mumbai (India).

After retirement from the Bank he joined Bombay Hospital Trust a Super Specialty Hospital as a Medico - Legal Advisor in the year 1991 and presently continuing as the Senior General Manager - Legal.

EVENT MANAGEMENT

Mr. De. is handling multifarious Legal Problems including Medico - Legal Cases of Bombay Hospital In 1st and giving his opinion in complicated Legal Matters.

The Government of Maharashtra (India) appointed him a Notary Public in the Year 1993 and at present he is the President of Mumbai Notaries Association and also an Affiliated Member of International Union of Notaries, (Rome) Italy.

He is a member of American Society of Law, Medicine and Ethics.

Participated in Medico - Legal Conference/Seminars at various places in India and Abroad.

INTERESTS AND HOBBIES

Listening to music, Making New Friends and interacting with different types of people. Visited many countries in India and Abroad.

He is interested in a Responsible Position in an Organization in any European Country as a visiting Lawyer Advisor or Arbitrator and Mediator.





FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE INDIAN NOTARIAL SYSTEM

PRESIDENT

NOTARIES ASSOCIATION MUMBAI, INDIA



The area of the reserved competencies of Notaries is that of authenticity. The authentic act offers undeniable guarantees: certain date, probative force and enforceability. It is a legal instrument adapted to the needs of society: safeguarding individual freedom, preserving economic interests and assuring transparency. It is an instrument of legal certainty as it is a particularly efficient means of evidence. It assures that the identities and capacities of the parties as well as legality of the contents of acts are checked.

PREAMBLE

The set of principles contained herein constitutes the essence of the notarial institution in India and the model which all Notariats should aspire to. In the hope that these principles: will be received, respected and applied by the all Indian Member Notariats. We urge all to make these principles become reality.

PART I

NOTARIES AND THEIR FUNCTION

1. Notaries are professional lawyers and public officials appointed by the State and Union of India to confer authenticity on judicial deeds and contracts contained in documents drafted by them and to advice persons who call upon their services.

2. Although Notaries have official powers they are required to act both impartially and independently, outside any State hierarchy.

3. Notarial services encompass all judicial activities in contentious and non-contentious matters, affording legal certainty to litigants and helping to avert litigation through legal mediation procedures; they are an essential too in the administration of justice.

4. The Notary Public is in institution of very ancient origin. It is an institution of great utility and the Notary Public is an officer recognized by the whole commercial world. A certificate by a Notary Public, Competent to administer an oath to persons making declarations or affidavits, is sufficient evidence of the execution of the instrument to which it refers.

PART II

NOTARIES DOCUMENTS

5. Notarised deeds, which may be concerned with any kind of legal transaction are deed that are certified by a Notary. Their authenticity is based on the signature, date and content of the document. They are kept by the Notary in his archives.

6. When Notarised deeds are drawn up Notaries are obliged to have constant regard for the law in interpreting the wishes of the parties concerned and ensuring that they conform to the law. They have to verify the identities of the parties involved as well as their status and authority to conclude the particular deed or transaction in question. They monitor its legality whilst at the same time ensuring that the intentions of the parties uttered in their presence are freely expressed irrespective of medium used for the notarised deed.

7. Notaries have sole responsibility for their own draftsmanship. They are free to accept or reject any proposal submitted to them and to make any amendments that they deem suitable by agreement with the parties.

8. Parties to a notarised deed are entitled to copies of the original kept by the Notary. Authenticated copies have the same standing as an original. Notaries can issue ordinary copies to persons who, under national law, have a legitimate interest in ascertaining their content.

9. Notarised deeds enjoy the benefit of dual presumption of legality and accuracy of content, they may be contested only through judicial channels. They are enforceable instruments with conclusive force.

10. Notaries' duties also encompass legislation of signatures affixed by individuals to documents signed under hand and certification that copies are true copies of the original, in addition to all manner of other activities authorized under national law.

11. Notarised deeds that meet the aforementioned standards should be recognized in all States and Union of India have the same conclusive force, be enforceable in the same way and create the same rights and obligations as in their country of origin.

PART III NOTARIES ORGANISATION

12. The Indian national law determines each Notary's field of competence and the number of Notaries sufficient to properly discharge their duties. The law also determines the location of all Notaries' offices so as to ensure a fair distribution throughout the whole Nation.

13. Notaries must be members of a collegiate body. A single organization consisting exclusively of Notaries represents the whole body of Notaries in every country.

14. Coming back now to the Notaries Act, 1952, it is necessary to observe that this was the first Act in India to regulate the profession of notaries in India. In declaring the objects and reasons for this Act it was said: "Under Section 138 of the Negotiable Instruments Act, 1881 the Government of India have the power to appoint Notaries Public, but only for the limited purpose of performing functions under that Act. By virtue of an ancient English statute, the Master of Faculties in England used to appoint Notaries Public in India for performing all recognized Notarial functions, but it is no

longer required that persons in this country who wish to function as Notaries should derive their authority from an institution in the United Kingdom.

15. The Law in each State and Union of India determines the conditions governing access to the profession of Notary and the holding of public office as a Notary. It establishes what examinations and qualifications are to be considered necessary and demands that candidates should always have a law degree and the highest legal qualification.

PART IV NOTARIES ETHICS

16. The law of each State determines the disciplinary code that applies to Notaries, who are to be under the constant supervision of their public authorities and collegiate bodies.

17. Notaries have a duty to act in good faith and with integrity towards those who request their services, towards the State and towards their colleagues.

18. In accordance with the public nature of his office, a Notary is obliged to observe professional secrecy.

19. To achieve the balance needed in order to conclude a contract on an equal footing a Notary's impartiality can also take the form of lending adequate assistance to whichever of the parties might be in a position of inferiority.

20. The Notary is now internationally known today in the modern world of commerce, industry and dealings between different nations and countries. Reciprocity between different countries is its essential basis. Without this reciprocity and mutual respect the whole system and rationale of notarial acts will break down, to the great detriment of commercial transaction throughout the world and their due administration by courts of law in different countries and will jeopardise international commerce, law merchant and administration of justice.

21. Choice of Notary is a matter for the parties alone.

22. Notaries are bound by the ethical Rules of their profession at both National and International level.



S DE - Senior Solicitor & Notary Public
PRESIDENT Notaries Association, Mumbai, India
12th April, 2016

HACIA LA EFECTIVA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD



Por Alfonso Cavallé





HACIA LA EFECTIVA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD¹

POR ALFONSO CAVALLÉ



1. Huellas ancestrales de humanidad

Se suelen señalar como pruebas de los inicios de la cultura y civilización, y por tanto de la misma humanidad, manifestaciones como el arte, el lenguaje y otros comportamientos, entre ellos los mantenidos respecto de los demás miembros del grupo como el culto a los antepasados, la consideración a los mayores o el cuidado a los más débiles, que implican un reconocimiento del valor y dignidad de las personas. Estas formas de actuar demuestran una sensibilidad, que intuye el valor superior de la persona que le distingue de los animales y de las cosas. Los primeros enterramientos conocidos fueron obra de los neandertales. Se cree que los neandertales alcanzaron un alto grado de humanidad como lo prueba el cuidado que dispensaban a sus impedidos y ancianos o la forma en la que enterraban a sus difuntos. Entre los ejemplos que así lo atestiguan se encuentran los hallazgos arqueológicos de

los montes Zagros del Kurdistan iraquí. Destaca un enterramiento ritual, concretamente en la cueva Shanidar IV, donde se encontró el esqueleto de un neandertal en posición fetal, con evidencias de que el cadáver fue depositado sobre un lecho tejido con plantas y su cuerpo cubierto de flores.

El estudio de los demás restos fósiles de los montes Zagros y de otros lugares, como el encontrado en la localidad francesa La Chapelle-aux-Saints, conocido como “*Viejo de la Chapelle*”, también prueban que los neandertales asistían a los ancianos y enfermos. Algunos proponen que esto ya era común incluso en el homo erectus, y ponen como ejemplo el fósil de Dmasani, en Georgia, de 1,77 millones de años de antigüedad.

¹ Trabajo publicado en el libro “Estudios sobre derecho y discapacidad In memoriam José Soto García Camacho” 2014.

2. Algunos antecedentes en la elaboración del concepto de dignidad humana

El concepto de dignidad del hombre, como recuerda CASTÁN, es de profunda raigambre cristiana (cfr. José Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre*. Madrid 1976, pág. 65), en cuya asimilación y aceptación también ayudó la influencia del estoicismo. Para el cristianismo la dignidad humana deriva de la filiación divina: todos los hombres son hijos de Dios, con la consecuencia de que todos son iguales al compartir un mismo Padre. La fraternidad implica que la conducta respecto de los demás, incluso con los enemigos, debe estar presidida por la caridad, entendida como el amor al prójimo, y por actitudes como la benevolencia, la clemencia, la misericordia o la compasión. También la doctrina cristiana contribuyó a la formulación del concepto de libertad personal y, su corolario, la responsabilidad por las decisiones libremente asumidas. La idea de dignidad caló en muchas legislaciones del continente europeo influenciadas por el cristianismo; así Alfonso X el Sabio, en la Partida VII, tít. 1, Ley 26 declaraba: “*La persona del ome es la más noble cosa del mundo*”. Pero ni siquiera en los países europeos y sus colonias, en los que la influencia de la doctrina cristiana fue intensa, se llegó a eliminar las desigualdades y tampoco se respetó la libertad de todos los hombres. Muchas fueron las discriminaciones socialmente aceptadas. Lo demuestra la pervivencia de instituciones tan contrarias a la dignidad, libertad e igualdad de las personas, como la esclavitud, que se mantuvo vigente hasta fechas muy recientes. En Cuba, que todavía formaba parte de España, estuvo vigente hasta el reinado de Alfonso XII, aboliéndose el 17 de febrero de 1880. En el plano internacional los Convenios sobre la materia son recientes: la Sociedad de Naciones aprobó el 25 de septiembre de 1926 el *Convenio sobre la esclavitud*; y el 7 de septiembre de 1956 las Naciones Unidas aprobaron la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*.

La construcción moderna del concepto de dignidad humana es debida principalmente a Immanuel Kant. Para Kant la dignidad es un atributo de todo ser perteneciente a la especie humana en tanto que miembro de una comunidad de seres morales. Según Kant: *Si suponemos que hay algo cuya existencia en sí misma posee un valor absoluto, algo que como fin en sí mismo puede ser fundamento de determinadas leyes, entonces en ello y sólo en ello estaría el fundamento de un posible imperativo categórico, es decir, de una ley práctica. Ahora, yo digo que el hombre y, en general, todo ser racional existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad*.

3. Discriminación y discapacidad

La dignidad, cualidad esencial e indisponible de todos los seres humanos, hoy se reconoce en numerosas constituciones y tratados internacionales, destacando la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que con rotundidad proclama en el artículo 1 del Preámbulo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Hemos de tener presente que este reconocimiento, que puede parecer evidente, no deja de ser un ideal y dista de ser una realidad en la mayoría de las naciones. Todavía, en los comienzos del siglo XXI, son muchas las discriminaciones que subsisten por razones de raza, religión, sexo, discapacidad y otras. Del mismo modo que ocurrió con instituciones odiosas como la esclavitud, que se mantuvieron arraigadas y socialmente aceptadas hasta tiempos muy recientes, y de la que todavía existen manifestaciones, también será imprescindible para la erradicación de otras situaciones injustas, como la que padecen los discapacitados, además de un profundo cambio en los ordenamientos jurídicos, un cambio cultural y sociológico a fin de que dejen de tolerarse socialmente discriminaciones arraigadas que perviven como atavismos heredados de un pasado no superado.

Uno de los grupos sociales que desde hace siglos sufren estas persistentes situaciones de discriminación es el de las personas con discapacidad que se calcula son aproximadamente 650 millones de personas, un 10% de la población mundial. Esta situación de flagrante injusticia continúa siendo una lamentable realidad presente, como evidenció la principal organización internacional de la humanidad, las Naciones Unidas, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. El texto de la Convención, sin tapujos y con meridiana claridad, reconoce esta deplorable realidad que se perpetúa desde hace siglos: *las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo*. También pone en evidencia una terrible consecuencia de esa secular discriminación y falta de respeto a los derechos humanos de este colectivo: *que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza*. Esta realidad de discriminación hunde sus raíces en convicciones, prácticas y costumbres inveteradas derivadas de una deficiente concepción ética en la sociedad, que hace que el fenómeno de la discapacidad sea visto de forma negativa. La solución exige un cambio de concepción, actitud y percepción social hacia las personas con discapacidad, que haga apreciar su presencia como algo enriquecedor y normal. La discapacidad es una realidad cotidiana; todos en algún momento de nuestra existencia hemos sido o seremos disca-

pacitados en mayor o menor medida. Hasta la persona que disfruta de la mejor salud física, tiene limitaciones o carece de conocimientos o habilidades que hacen que necesite de los demás y de la sociedad para vivir. Pero la discapacidad a la que ahora nos referimos queda circunscripta a la definida en el artículo 1 de la Convención del 13 de diciembre de 2006: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

4. Dignidad ontológica del ser humano

La dignidad es la piedra angular en la que se apoyan y fundamentan los derechos humanos. La persona es un fin, un absoluto en sí misma, no puede ser condicionada por una realidad igual o inferior ni ser tenida como un medio, que sería tanto como degradarla a la categoría de instrumento para el logro de fines ajenos. Cada persona es merecedora de todo el respeto que exige su propia dignidad, que tiene por sí misma, no en función de otras cosas o de otras personas. La dignidad le corresponde a cada persona por la sola pertenencia al género humano, sin que nadie tenga la facultad de darla ni de negarla. Así, toda persona por el solo hecho de serlo, es digna y merecedora de un respeto incondicional que obliga a todos. La obligación, que incluye la de respetar nuestra propia dignidad y la del otro, además de ser un límite a la propia autonomía, es premisa para la vida en sociedad, que sólo se puede sustentar en el reconocimiento y respeto mutuo, base de una convivencia justa y pacífica. Cuando alguien realiza un acto contrario a la dignidad de un semejante, su igual, deja también de reconocer este atributo a la misma humanidad y a sí mismo.

A la persona no se le puede poner precio. Según KANT en el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Para lo que tiene precio, se puede poner en su lugar algo como equivalente; en cambio, lo que está sobre todo precio, sin tener por tanto, un equivalente, es lo que posee dignidad. Cada persona es única e insustituible, a diferencia de los objetos que son útiles, negociables, sustituibles, manipulables y evaluables. Esta dignidad ontológica de la persona deriva del propio ser. La dignidad ontológica no puede confundirse con la dignidad moral, que no nace del ser sino del obrar, es consecuencia de los actos, del ejercicio autónomo de la voluntad. Mediante el ejercicio de su libertad el hombre puede perfeccionarse o denigrarse, ganar o perder dignidad moral. Con sus obras unos se hacen moralmente dignos, merecedores socialmente de reconocimiento, otros se hacen indignos y merecedores de re-

proche, incluso de la sanción. Pero un delincuente nunca pierde su dignidad ontológica como ser humano, aunque su conducta llegue a ser indigna moralmente.

5. Dignidad, libertad e igualdad

La dignidad del ser humano está unida a su naturaleza de ser libre. Cada persona, por sí y autónomamente, ha de determinar el fin de su propia existencia y elegir los medios para alcanzarlo. La consecuencia directa y natural del ejercicio autónomo de la libertad es la responsabilidad por los propios actos. Dignidad, libertad e igualdad son cualidades innatas de cada persona que el Derecho se limita a reconocer y proteger, y los Estados deben procurar su realización efectiva para todos.

En el ejercicio de la libertad civil sobresalen las relaciones jurídicas. Por medio de ellas las personas crean, regulan o extinguen vínculos con fuerza obligatoria. Esta autonomía personal atañe al libre desarrollo la personalidad, como manifestación práctica de la libertad. Uno de los aspectos más novedosos de la Convención de 2006 es el principio de máximo respeto al ejercicio de la autonomía de la voluntad por las personas con discapacidad, lo que exigirá un cambio profundo del derecho positivo español, hoy basado en la incapacidad, la tutela y curatela, para adaptarse a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención. Este precepto reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los valores dignidad, libertad e igualdad también inspiran la Constitución española. En su artículo 1.1 propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad y la igualdad. El artículo 10 reconoce que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la persona, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Y en el artículo 14 establece que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Las desigualdades por razón de discapacidad pueden encuadrarse dentro de las que el artículo 14 llama: derivadas de otra condición o circunstancia personal o social. En beneficio de las personas con discapacidad, además de las obligaciones que impone el art. 49 de la Constitución de llevar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e inte-

gración, los poderes públicos tienen otras obligaciones de mucho mayor alcance. Les corresponde la realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad sin que puedan mantener actitudes pasivas ante las desigualdades y discriminaciones, muchas todavía existentes en nuestra sociedad. Deben poner los medios para garantizar la igualdad de todos, incluidas las personas con discapacidad, como con carácter general impone el artículo 9.2 de la Constitución: *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. Para que la libertad e igualdad de las personas con discapacidad sea una realidad, además del reflejo y desarrollo normativo, será imprescindible promover condiciones favorables y remover los obstáculos que dificulten un cambio de actitud de la ciudadanía sobre el fenómeno de la discapacidad.

Cuando predomina un profundo convencimiento de la esencial dignidad de todos se tiene una sólida base para alcanzar el auténtico aprecio a la humanidad y el respeto de los derechos humanos. De este convencimiento surgen con naturalidad actitudes como la filantropía –o amor (*philo*) al hombre (*anthropos*)–, la caridad –(*agapê*) que comprende el amor al prójimo– o la benevolencia (*benevolentia*) querer bien a los demás, tener simpatía y buena voluntad hacia las personas. Estas actitudes y virtudes hacia los semejantes facilitan la vida en común, la cooperación entre los hombres, la solidaridad, el interés por el logro del bien común y hacen que no se perciban los demás como enemigos, competidores o instrumentos de los propios fines, sino como iguales. Cuando falta la auténtica convicción de la dignidad esencial de toda persona deja de considerarse a los demás como semejantes, con lo que se abren las puertas a la discriminación, a las desigualdades, a deseos de dominación, abuso y a los correlativos sentimientos de temor, desconfianza y sumisión que son la tierra yerma en la que campan las malas hierbas de la codicia, la violencia, la opresión y otros vicios. En esa sociedad desigual la existencia en común no difiere de la vida entre fieras en un valle de sombras, un territorio cuyo paisaje es la dominación del fuerte y la opresión al débil. Como decía Plauto el hombre es un lobo para cada hombre cuando desconoce quién es el otro –*lupus est homo homini, non homo, quom qualis sit non novit*–. Por el contrario cuando en una sociedad sus miembros conocen y reconocen la dignidad e igualdad de todos los hombres se favorece el imprescindible clima de benevolencia que facilita la vida en común, la colaboración, el respeto y se logra una sociedad en la que será más fácil el logro del bien común, de la paz, la justicia, la libertad y el desarrollo individual.

6. La naturaleza social de la persona

Es esencia del ser humano su singularidad y su unicidad, por lo que debe contemplarse y respetarse como persona individual, pero también por naturaleza es un ser social, necesita la sociedad. De ella forma parte, obtiene medios para subsistir, protección y ayuda para desarrollar sus capacidades naturales. También ha de respetar sus normas y contribuir en la medida de sus posibilidades a la consecución del bien común. Todos tienen el deber y el derecho de desarrollar sus potencialidades y participar en la construcción de la sociedad, sin que nadie pueda quedar al margen. La efectividad de esta contribución implica también la correlativa obligación de la sociedad que ha de poner los medios adecuados, especialmente cuando se trata de personas con discapacidad: accesos, educación, rótulos, imágenes, vehículos, libros, audiovisuales, cuidados especiales, o cualquier otro que sea necesario para conseguir una efectiva integración en la vida de la sociedad. Las diferencias de hecho, consecuencia de las distintas habilidades y capacidades que tenemos todos y cada uno de los seres humanos, deben ser tenidas en consideración por la sociedad para aprovecharlas y en su caso compensarlas. El objetivo es que todos puedan participar en condiciones de justa igualdad en la construcción de la sociedad y tengan posibilidades reales de vivir su propia existencia y decidir con autonomía. Cuando la comunidad presta atención especial a los más necesitados diluye las diferencias fácticas y contribuye a crear una sociedad justa en la que es posible la igualdad y la libertad, presupuestos necesarios para el crecimiento de la sociedad y el desarrollo libre de la personalidad individual. Con la colaboración mutua se logra mejorar la convivencia y, consecuentemente, mejora la comunidad, que se ve enriquecida por el respeto mutuo y concordia, que allana el camino hacia el abatimiento de la pobreza, el desarrollo social, el bien vivir y la paz.

Es compromiso de la comunidad que todos sus miembros, entre los que se encuentran las personas con discapacidad, puedan de forma práctica y efectiva participar en igualdad de condiciones en la vida social. La sociedad nos facilita el aprendizaje, cultura, normas, organización social, infraestructuras y cubre otras necesidades básicas para la existencia. De los otros recibimos experiencias, enseñanzas, compañía, afecto, ayuda, colaboración, que son imprescindibles para llevar una vida con normalidad. Desde el mismo momento del nacimiento y durante toda la existencia humana se necesita a los demás para vivir y desarrollarse. También la sociedad y su organización precisa de la aportación de cada uno de nosotros. Con el desarrollo de nuestras habilidades personales podemos cooperar, ser solidarios y trabajar por el bien



común, el del prójimo, el de la persona y el de la comunidad. Todos nos vemos afectados, en mayor o menor medida, por los actos de los demás. En determinados momentos de nuestra vida, por razones de salud o edad, tendremos más disminuidas nuestras capacidades, por lo que se hace más evidente la necesidad de una especial atención de la sociedad para que podamos desarrollarlas en plenitud. Pero, incluso en esos momentos, siempre todos podremos aportar nuestras capacidades y habilidades en beneficio de los otros, aunque a veces esta aportación se limitará a nuestra mera presencia.

7. El valor esencial de la persona

Cuando se niega la dignidad a ciertas personas o grupos de personas, la conciencia queda oscurecida y deja de apreciar el valor esencial que encierra cada una de ellas. Entre enero de 1940 y agosto de 1941, en la Alemania nacional socialista, se calcula que aproximadamente 70.000 enfermos fueron asesinados en hospitales psiquiátricos por profesionales inicialmente encargados de su cuidado y custodia, sin que se opusieran a su nueva función. Las consignas para su eliminación sistemática fueron argumentos exclusivamente utilitaristas: el gasto económico, los esfuerzos y recursos que suponía el mantenimiento de “*seres sin valor*”. La experiencia de los profesionales que participaron activamente en homicidios de discapacitados, sirvió para envilecer y corromper la escala de valores de estos expertos en eutanasia, lo que facilitó que poco después no tuvieran escrúpulos en colaborar en el genocidio contra judíos, gitanos y otros miembros de la familia humana. Este camino de retorno a la más oscura barbarie vino precedido y allanado por doctrinas *científico jurídicas* que pocos años antes propugnaron como beneficioso

para la comunidad eliminar a seres *desprovistos de valor*, como los discapacitados, nacidos o por nacer, y que tuvieron seguidores en algunos países occidentales en los años previos al auge del nacionalsocialismo. Descolló en Alemania una publicación conjunta del jurista Karl Binding y del psiquiatra Alfred Hoche, con un revelador e inquietante título: “*La autorización para eliminar a los seres humanos desprovistos de valor*”, editada en Leipzig en 1920. La oposición durante el régimen nazi al homicidio de discapacitados fue escasa, con algunas excepciones como el Obispo de Münster, August von Galen, que denunció esta práctica y tuvo el valor de enfrentarse al régimen nazi en sus conocidas homilías de julio y agosto de 1941.

Las desconsideraciones hacia ciertos grupos de personas, como las que acabamos de señalar, en las que se llega a extremos de brutalidad inhumana, son sólo manifestaciones graves de las discriminaciones que históricamente han padecido. Lamentablemente, aunque se ha avanzado en las últimas décadas en la eliminación de algunas discriminaciones por razones de discapacidad, muchas continúan arraigadas y vigentes en bastantes países *civilizados* amparadas por legisladores, medios de comunicación, grupos, costumbres, ideologías y doctrinas científicas. Algunas no dudan en abogar por privar del más elemental de los derechos, la vida, a seres humanos concebidos e, incluso, nacidos que no son considerados *normales* dentro de los parámetros aceptados socialmente. Es el caso del infanticidio y el aborto por razones eugenésicas. Desconocen los partidarios de esta “*solución*” que lo que hace digno al ser humano no son sus mayores o menores habilidades o dificultades para desplazarse, moverse o razonar. Tampoco tienen en consideración que la felicidad del ser humano no está en sus cualidades, destrezas y habilidades fisi-

cas. Incluso olvidan que las limitaciones son las más de las veces retos superables y que una persona con discapacidad puede llegar a ser mucho más hábil que la inmensa mayoría de los que no la tienen. Por ejemplo, en el mundo de los deportes en el año 2013, el velocista brasileño Alan Oliveira, al que le faltan las dos piernas, en Lyon recorrió 200 metros en 20,66 segundos (el récord de España está en 20,51) y, en la prueba de 100 metros, empleó 10,77 (el récord de España está en 10,14). En la música clásica Beethoven, en el jazz Michel Petrucciani, Django Reinhardt o Tete Montoliu, en el rock Tony Iommi, Rick Allen o Ian Dury, en el blues, Blind Lemon Jefferson o Jeff Healey, en la música soul Stevie Wonder o Ray Charles, entre otros muchos, son ejemplos de músicos que, a pesar de sus discapacidades, sobresalieron como intérpretes, compositores o por su virtuosismo en el manejo de sus instrumentos. Otro ejemplo muy conocido, que incluso ha sido llevado al cine, es el de la norteamericana Helen Keller, que antes de cumplir los dos años de edad quedó ciega, sorda y muda, a pesar de lo cual destacó como activista, escritora y conferenciante. La señora Keller pudo superar sus limitaciones funcionales, con la ayuda de su familia y de su amiga y profesora Anne Sullivan, y llegar a ser una de las mujeres más relevantes e influyentes del siglo XX. También pueden ponerse ejemplos en cualquier otra disciplina o actividad. Pero lo que es realmente más importante: una persona con una discapacidad puede ser igual de feliz y puede hacer felices a los que les rodean, del mismo modo que lo puede ser y hacer el más agraciado, apolíneo y hercúleo de los mortales. Ello dependerá principalmente de la propia persona y de su círculo social.

En una entrevista publicada el 9 de mayo de 2011 en el New York Times, la entrevistadora, Claudia Dreifus, le decía al entrevistado: *“a pesar de su enfermedad le ha ido muy bien”*. El entrevistado, Stephen Hawking, contestó: *“me ayudó tener un trabajo y que me cuidaran muy bien”* y *“soy más feliz ahora que antes de desarrollar la enfermedad”*. Y a la pregunta ¿qué aconsejaría a alguien que padeciese su enfermedad? respondió: *“Mi consejo es que se concentren en lo que la discapacidad no les impide realizar bien y que no echen en falta aquello que no tienen. Que no sea discapacitado en espíritu, aunque esté discapacitado físicamente.”*

El logro de la felicidad es una de las aspiraciones más comunes en los seres humanos. ¿Alguien puede anticipar quién va a ser más feliz a lo largo de su existencia: un niño con síndrome de Down u otro sin tal circunstancia cromosómica? Nadie puede anticiparlo. Cualquiera de los dos puede ser feliz o infeliz. El ser humano, independientemente de sus circunstancias, siempre puede dar y recibir, acoger y ser acogido, ayudar y ser ayudado, querer y ser querido, amar y ser amado.

Mi experiencia personal me lo confirma. Disfruto de un sobrino con síndrome de Down, del que puedo afirmar es feliz y es el más querido, apreciado y popular de todos los miembros de mi familia. Gracias a la prudencia de su madre que optó por no seguir los consejos que prescribían un aborto *eugenésico* hoy todos disfrutamos del buen humor, ternura, cariño y compañía de mi sobrino. La lógica preocupación y disgusto inicial tras el parto, que duró unos breves minutos, fue recompensada con creces con alegría y felicidad continuada desde el momento en que lo vimos por primera vez, situación que dura hasta la fecha y ojalá dure otros muchos años más.

Dar cariño y sentirse querido, estimar y ser estimado, es más reconfortante y satisfactorio que sentirse guapo o fuerte. Del peligro del aborto *eugenésico* no están a salvo ni siquiera los que no padecen discapacidades, ya que muchas pruebas prenatales dan resultados basados únicamente en probabilidades. Es sin duda la primera discriminación que padecen las personas con discapacidad, que tiene lugar incluso antes de su nacimiento, lo que demuestra que a las sociedades occidentales todavía les queda mucho para asumir con naturalidad el fenómeno de la discapacidad y lograr eliminar todo tipo de discriminación. La sociedad tiene que dejar de considerar la discapacidad como algo indigno, anómalo, negativo o patológico. Estas manifestaciones de desigualdad por razones de discapacidad, se encuentra presente en el derecho positivo de países *civilizados*, como es el caso de Holanda que abrió las puertas a la eutanasia activa de ancianos y de recién nacidos con deficiencias psíquicas con la Ley de 10 de abril de 2001 y su antecedente en la ley 1993. Pero aún más preocupante es la amplia tolerancia que se aprecia en la opinión pública respecto de estas discriminaciones, que se ven avaladas por defensores en el campo doctrinal como el filósofo utilitarista Peter Singer, que incluso propugna la vuelta al infanticidio en su trabajo *“Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética”*. Estas propuestas son un retroceso a épocas superadas de la antigüedad, como Esparta, donde los niños débiles eran eliminados en el monte Taigeto, o en la antigua Roma, en la que el padre de familia podía deshacerse de sus hijos arrojándolos desde la Roca Tarpeya. La discapacidad continuará siendo causa de discriminación en tanto exista un amplio sector de la sociedad que considere la discapacidad como algo patológico, piensen que la vida del discapaz no es *vida digna* o sea aceptado sociológicamente que algunos seres puedan, por razón de su discapacidad, ser privados de sus derechos humanos fundamentales, como ocurre donde es aceptado, normativa o socialmente, el aborto *eugenésico* o el infanticidio.

En el caso de España esta discriminación también continúa vigente como hizo saber a comienzos del año 2012 el Comité

Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) cuando hizo ver al Gobierno que en la legislación actual se dan soluciones distintas de las generales en consideración exclusiva a la posible discapacidad del feto, lo que es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. También recordaba el CERMI que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, dirigió al Estado español la siguiente observación: “18. El Comité recomienda que el Estado parte derogue la distinción, que se basa únicamente en la discapacidad, que contempla la Ley 2/2010 en relación con el periodo durante el cual se puede interrumpir legalmente el embarazo.” Con anterioridad, en marzo de 2009, en el Documento de posición del CERMI respecto de la regulación legal de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto en los aspectos que guardan relación con la discapacidad, se decía: que al admitir el aborto eugenésico, el que se practica para evitar el nacimiento de un niño o niña con discapacidad, y que implícitamente considera la vida de una persona con discapacidad como menos valiosa que la de otra persona sin discapacidad, es discriminatoria desde una perspectiva exigente de derechos humanos y discapacidad, consagrada como norma jurídicamente vinculante en los planos internacional y nacional por la ya citada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La vida de las personas con discapacidad posee la misma dignidad y valor que cualquier otra vida y debe ser protegida por el ordenamiento jurídico en las mismas condiciones que el resto de vidas, y hasta allí donde llegue la protección legal”.

8. La confusión entre vida digna y vida sana

El profesor Romano Guardini, que fue apartado de su cátedra por los Nazis en 1939, siguiendo a Friedrich Wilhelm Forster, hizo ver el peligro que supone la salud misma, que puede llegar a hacer a la persona insensible, y en un sentido, –dice– profundamente estúpida. Y añadía que los cuidados que dispensa al débil protegen al fuerte mismo, le hacen ver la vulnerabilidad existencial y el trato bondadoso le permite comprender qué es la vida (Cfr. Romano Guardini. *Las etapas de la vida*. Madrid 1997. P. 114). Al igual que hace algunas décadas, durante el auge del nacionalsocialismo, también hoy en el mundo contemporáneo, en el que el pensamiento hedonista está muy extendido, algunos asimilan *vida digna con vida sana*, considerando como *sano* el cuerpo sólo cuando cumple los parámetros estéticos y de funcionalidad socialmente aceptados. Esta tendencia se percibe en una forma de vida, marcada por el culto al cuerpo, cada vez más extendida, que pone el cuidado de lo corporal por encima de otros valores como la amistad, la cultura o la solidaridad. Cuando el cuidado del cuerpo se absolutiza, el fin de la persona queda reducido al

logro de un físico adaptado a los dictados sociales y se corre el riesgo de entrar de lleno por la puerta de la frustración e infelicidad. En estos casos la realización personal se autolimita a la dimensión corporal, que es individual y material, y reduce toda la potencialidad de la persona a una batalla perdida de antemano, pues la belleza y fortaleza física viene predestinada por un marcador inexorable e inapelable: el tiempo, que llevará al cuerpo a la derrota con la decrepitud, que es el futuro de todo cuerpo humano, cuando no se anticipa repentinamente la muerte. Para estas personas, cuando su cuerpo deja de responder a los parámetros sociales de estética y funcionalidad, ven frustrado el objetivo principal de sus esfuerzos, de su existencia, que es meramente corporal y hedonista, y ya sin finalidad: pierden el sentido de vivir. Si la autorrealización queda atada a lo corpóreo, el fin del hombre se empequeñece y se liga al devenir de una herramienta: el cuerpo, con el resultado inevitable de la decadencia y una consecuencia, la insatisfacción.

La persona es más que su cuerpo. Cuando alguien se percibe a sí mismo y a los demás exclusivamente en su aspecto corporal, sólo ve objetos, por lo que no aprecia su dignidad. El cuerpo es un instrumento, como también lo es la inteligencia, con una dignidad absoluta en la medida en que es parte esencial del ser humano, pero aisladamente no deja de ser un útil con el que cada uno ha de cumplir su fin. Su valor o importancia sólo puede comprenderse en la medida en que va ligado al ser humano, pero nunca desligado de éste. Como de cualquier herramienta, se podrá hacer mejor o peor uso: como el pincel en manos del pintor. La visión existencial reducida a lo corporal hace que cada vez sean más frecuentes, en personas jóvenes y llenas de salud, enfermedades o patologías derivadas de esta forma reduccionista de ver a la persona: anorexia, bulimia, vigorexia, trastornos psicológicos y obsesivos. ¿Qué vida es más digna: la del culturista, centrada en el cuerpo, o la del sabio, paralizado casi completamente, con un cuerpo que no cumple con ciertos parámetros del ideal socialmente aceptado? La respuesta es que los dos son siempre dignos ontológicamente. Lo que nunca sabremos de antemano es quien llevara a lo largo de su vida un comportamiento más ético, ni quién de los dos será el más feliz.

9. El ser y el tener

Valor equivale a lo bueno, a lo que importa. La ordenación de la escala de los valores tiene importantes consecuencias prácticas en la vida de las personas y de las sociedades. Actualmente es cada vez más frecuente la tendencia de medir el valor del ser humano por “el tener”. Si a la persona se le

valora no por lo que es, sino por lo que tiene: dinero, salud, belleza, fama, poder, inteligencia, prestigio, sabiduría, etc., se le estará desconociendo su esencia: la humanidad. Con esta forma de valorar a las personas, aplicando parámetros de raíz hedonista, utilitarista e individualista queda oscurecida su innata dignidad, y sin ella se da el primer paso para justificar la pérdida de sus derechos. Cuando el valor se hace pivotar en el *ser*, se percibe con claridad que todos los seres humanos somos igualmente dignos; pero cuando se hace descansar en el *tener*, la consecuencia es que inmediatamente surgen desigualdades, y se justifican conductas insolidarias, cuando no insociales, que hacen que el más fuerte, el que más tiene, pueda imponerse al más débil. La discapacidad se percibe entonces como una carencia, como un *no tener*, que como un velo oculta a la persona, al auténtico *ser*, cuyo valor deja de intuirse. Pero este predominio del *tener* sobre el *ser* no sólo condiciona a fenómenos como la discapacidad, sino que influye en otros muchos aspectos de la vida de los países. Esto cada vez es más palpable en la economía y los negocios, donde cada vez son mayores las diferencias entre ricos y pobres. En la portada de una conocida revista, dedicada principalmente a la economía, podía leerse el siguiente titular de portada: “Hay 7.200 millones de personas en el mundo, pero sólo 72 importan” (Forbes, edición española, diciembre 2013). La afirmación deja entrever, con crudeza y sin pudor, esta concepción ética degradada y extendida en la sociedad moderna, que inspira la política y la economía actual. Valores como la igualdad y la solidaridad, que enriquecen la vida social y facilitan la existencia de todos los seres humanos, se ven pospuestos ante el individualismo descarnado y cruel que da carta de naturaleza a vicios como la avaricia, la codicia y otras formas de egoísmo deshumanizante, que se han puesto de manifiesto en la reciente crisis financiera y en el abismo cada vez mayor entre ricos y pobres. En ese modelo económico inspirado por doctrinas neoliberales individualistas, conductas virtuosas como la *generosidad* pasan a ser percibidas como injustificables; creaciones como el estado social o del bienestar pierden su sentido; y valores como el bien *común* quedan relegados frente a la búsqueda del beneficio egoísta e individual. Como ya indicamos, uno de los anhelos principales y más comunes del ser humano es alcanzar la felicidad, pero olvidan estas concepciones hedonistas y utilitaristas que es más fácil para la persona llegar a encontrarla cuando se da a los demás. Es ahí donde la persona alcanza cotas más altas de perfeccionamiento, de realización y de felicidad.

10. Los retos de saber dar y saber recibir

En las relaciones interpersonales tanta importancia tiene el *saber dar* como el *saber recibir*. El que da corre el peligro de sentirse por encima de los demás, pero en muchas ocasiones será más difícil la postura del que recibe, ya que también puede implicar luchar contra vicios como la vanidad, el orgullo o la soberbia. Ambos tienen que ejercer la virtud de la humildad. Cuando alguien da es más fácilmente perceptible ver que está ayudando al otro; pero las más de las veces será más meritorio y digno recibir, ya que con ello también se ayuda a otro: se hace feliz y mejora al que da, como seguidamente veremos. Y es que hay más felicidad en dar que en recibir. El que da o sirve a los demás con su tiempo, sus conocimientos, sus bienes, otras cualidades o su persona, si lo hace con sencillez y bienintencionadamente, al tiempo que contribuye al bien del otro y al bien común, se hace más generoso y mejora personalmente. Todos tenemos el deber de contribuir al bien común, independientemente de las habilidades o destrezas con las que estemos dotados. Por tal razón nadie puede quedar excluido de su tarea personal de mejorar la sociedad en la que vive, y en unas ocasiones le corresponderá dar y otra recibir o aceptar la colaboración de los demás. Ambas actuaciones, si se hacen con buena voluntad, son necesarias y valiosas para la mejora personal y social de ambas partes. Por el contrario, si no se hacen con buena voluntad o se hacen por motivos viles serán perjudiciales. Por ello todos pueden y deben contribuir al bien común, sin que qupan exclusiones o excusas nacidas de situaciones o de cualidades personales. La contribución depende más del *ser* que del *tener*, por lo que nadie queda excluido. Incluso los que tienen mayores limitaciones o incapacidades también deben ser una bendición para los demás, ya que con su sola presencia, con su persona, contribuyen a la humanización y mejora de la sociedad. Cuando permiten a los demás que les ayuden, aunque nunca puedan devolver el favor, se hacen dignos de ayuda y están contribuyendo a esta mejora, a perfeccionar al que da y a la sociedad. Los bebés no pueden moverse, alimentarse, desplazarse, necesitan de sus padres y ¿cuántos padres y madres están dispuestos a dar la vida por su hijo? El bebé, que nada puede hacer ni dar, hace que sus padres sean mejores cuando le cuidan, enseñan, visten y alimentan. Las conductas en favor de los demás perfeccionan a quienes las practican, benefician a la sociedad y contribuyen a fomentar la necesaria conciencia del compromiso desinteresado y a reparar en la necesidad de trabajar por el bien común y la felicidad de los demás. Las conductas soberbias o las egoístas, al contrario, son fuente de insatisfacción para el que las practica, de contrariedad para los que le rodean y son causa de deterioro social y sufrimiento. Por ello, incluso las personas que padecen un mayor grado de discapacidad, que les difi-

culta o impide realizar casi todas las actividades cotidianas, pueden con su sola existencia contribuir de forma positiva y directa a la mejora social y al bien común. La persona que es atendida, cuando con dignidad acepta la ayuda, puede experimentar el afecto de quienes le rodean, verse querida, respetada y valorada. Por su parte, del mismo modo, los que contribuyen a cuidar y atender a los demás, con su obrar dignifican al que recibe el cuidado y se dignifican ellos mismos. Una sociedad es más satisfactoria cuando sus miembros son mejores personas. Por el contrario cuando lo común son las actuaciones vanidosas, soberbias o egoístas, y cada uno vela sólo por sus intereses, surge la desconfianza, el enfrentamiento y es una sociedad infeliz. Todos los estados han de buscar la felicidad y el buen vivir de sus ciudadanos. Esto se logra más fácilmente en las comunidades en las que la generalidad de sus miembros está dispuesta a esforzarse por el bien común. Las personas con discapacidades también deben darse a los demás, fomentando sus habilidades, incluso en los casos más extremos siempre pueden acompañar y ser acompañados, querer y ser queridos, respetar y ser respetados, amar y ser amados, ser y sentirse agradecidos, ser y sentirse útiles, apreciar y sentirse apreciados. La sociedad tiene el deber de poner los medios para que sea una realidad. Como recuerda José Ramón Ayllón: *si no se quiere perjudicar seriamente la vida social, es preciso estar dispuesto a dar más y a recibir menos de lo debido, pues el exclusivo cálculo de lo justo deshumaniza las relaciones humanas.* (Cfr. José Ramón Ayllón, *Ética Razonada*. Madrid 1998. Pag.116).



11. La determinación del Convenio del 6 de diciembre de 2006

Un paso fundamental de la humanidad, que inicia un luminoso camino, cuya meta es el logro de un mundo donde no existan discriminaciones hacia las personas con discapacidad, fue la aprobación del *Convenio internacional de los derechos de las personas con discapacidad* por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. El Convenio tiene un objetivo principal: *busca promover y proteger los derechos y la dignidad de estas personas. Entre sus principales expectativas está con-*

tribuir a paliar la profunda desventaja social de que son víctimas y promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural.

Según el artículo 1 del Convenio, en su primer párrafo, *el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.*

Y el artículo 3: *Los principios de la presente Convención serán:*

- a) *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;*
- b) *La no discriminación;*
- c) *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;*
- d) *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*
- e) *La igualdad de oportunidades;*
- f) *La accesibilidad;*
- g) *La igualdad entre el hombre y la mujer;*
- h) *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

La Convención no supone por tanto el reconocimiento *ex novo* de derechos, parte del elenco de los ya reconocidos y que se reconozcan el futuro, pero se justifica en la imperiosa necesidad de hacerlos efectivos respecto de un grupo de personas que secularmente se han visto discriminadas y privadas de sus derechos: *las personas con discapacidad.*

Como recuerda su Preámbulo, los principios de la Carta de las Naciones Unidas proclaman que *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y, como no puede ser de otro modo, la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano, y por tanto un atentado a la base misma de la libertad, la justicia y la paz.* También recuerda la Convención, que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, *han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole.* Pero es un hecho histórico y sigue siendo una realidad cotidiana, que en muchas épocas, incluida la actual, y en la generalidad de los países, las personas con discapacidad padecen y sufren injustamente las consecuencias de la discriminación. Esta realidad es reconocida en la Convención cuando afirma que *se siguen vulne-*

rando sus derechos humanos en todas las partes del mundo y que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza.

La Convención supone un hito esperanzador en el propósito de superar las situaciones de discriminación que se perpetúan en el tiempo y llegar a la ansiada universalización de los derechos humanos respecto de todos los miembros de la familia humana. El objetivo es que en los Estados parte las personas con discapacidad puedan disfrutar de los derechos humanos de una manera efectiva, en un plano de igualdad con los demás, para lo que será necesario promover en los distintos países, incluida España, políticas dirigidas al establecimiento de medios y mecanismos que hagan realidad el goce en igualdad de sus derechos. Este menester es evidenciado en el preámbulo cuando, tras reafirmar *la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*, reconoce que como paso imprescindible para su realización será necesario *garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación* y que para lograr el objetivo será necesario promover cambios sociológicos y normativos que permitan eliminar las *barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones*.

La nueva actitud frente al hecho de la discapacidad debe ir más allá del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, ha de comprender también el convencimiento social del valor que tiene la presencia y contribución que hacen y pueden hacer a la sociedad las personas con discapacidad. También ha de percibirse que además de sujetos de derechos, también lo son de obligaciones, en plano de igualdad con los demás ciudadanos, ya que todos hemos de contribuir, según nuestras habilidades y posibilidades, a la mejora y desarrollo de la sociedad en la que vivimos, a construir una sociedad basada en la justicia y la paz. Esta nueva visión del fenómeno de la discapacidad, que no pasa de ser una circunstancia en la vida de las personas y los pueblos, también queda reflejada en la convención cuando reconoce *el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades*. Las personas con discapacidad enriquecen con su existencia y con sus aportaciones a la sociedad en la que viven, por lo que también contribuyen a construir una sociedad más justa, pacífica y próspera. De la discapacidad tradicionalmente se ha tenido una visión parcial y limitada, contemplándola como una carga para la sociedad, por lo que

se hace urgente corregir esta percepción y reconocer la innegable e insustituible aportación de todas las personas con discapacidad a la diversidad y al logro del bien común en la sociedad.

Cuando valores como la justicia, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la fraternidad, la paz, se hacen efectivos en las relaciones interpersonales, se benefician las personas y la propia sociedad en su conjunto. En la reciente historia de la civilizada Europa y de la humanidad tenemos los terribles ejemplos de lo que ocurre cuando se niega la dignidad e igualdad a grupos de personas o se les considera *seres sin valor*. En estos casos la experiencia nos dice que las consecuencias de la discriminación han sido funestas: la violencia del fuerte sobre el débil, la injusticia, la pobreza, el sufrimiento y la desaparición de la paz. Por el contrario, como reconoce la Convención, *la promoción del goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrá como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad, y en la erradicación de la pobreza*.

Para alcanzar una nueva sociedad libre de discriminaciones con las personas con discapacidad, como ya dijimos, no suficiente con la reforma del marco legislativo, también será imprescindible que los poderes públicos promuevan cambios profundos en la percepción y sensibilidad social respecto del fenómeno de la discapacidad. De esta necesidad fueron conscientes los otorgantes de la Convención que, en su artículo 8, bajo la rúbrica *toma de conciencia*, obliga a los estados partes a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para sensibilizar a la sociedad, luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas, y promover la *toma de conciencia* respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

En el mensaje dirigido a los participantes en el Simposio sobre la dignidad y derechos de los discapacitados mentales el 5 de enero de 2004, decía Juan Pablo II: *la discriminación basada en la eficiencia no es menos censurable que la que se realiza basándose en la raza, en el sexo o en la religión. Y añadía: además del reconocimiento de los derechos, es preciso un compromiso sincero de todos para crear condiciones concretas de vida, estructuras de apoyo y defensa jurídicas capaces de responder a las necesidades y a las dinámicas de crecimiento de la persona discapacitada y de los que comparten su situación, comenzando por sus familias*.



A INTERVENÇÃO DO NOTÁRIO NOS NEGÓCIOS PRIVADOS COMO DIRETRIZ DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

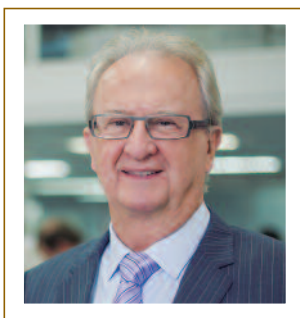


José Flávio Bueno Fischer
1º Tabelião de Novo Hamburgo/RS
Ex-presidente do CNB-CF
Membro do Conselho de Direção da UINL





CURRICULUM RESUMIDO



JOSÉ FLÁVIO BUENO FISCHER
(RS, Brasil)



Notário Titular desde 9.10.1987 e Notário-Substituto de 1976 a 8.10.1987, do Primeiro Tabelionato de Notas e de Protestos de Novo Hamburgo-RS Brasil.

Professor concursado de Registros Públicos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), em São Leopoldo, com Pós Graduação em Direito Civil – Coisas

Idealizador, fundador e primeiro Presidente da Fundação Semear, organização do terceiro setor – OSCIP, não governamental, atuando em benefício da criança e do adolescente, do meio ambiente e da cultura, através de cursos de Gerenciamento de ONGs, cursos de profissionalização de adolescentes.

Ex-Presidente do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil.

Presidente do Colégio Notarial do Brasil, em três mandatos. (1994/1995 – 2005/2007 – 2008/2011), e do Colégio Notarial do Brasil – seção RS, 1993/1994.

Vice-presidente para a América do Sul, períodos 2008/2010, e 2011/2013, da União Internacional do Notariado (UINL).

Membro do Conselho de Direção da UINL - 2014/2016

Membro do Conselho Geral da UINL

Membro do Conselho Consultivo da UINL - 2014/2016

Diretor de Relações Internacionais do Colégio Notarial do Brasil

Apresentou no congresso da UINL, em Buenos Aires, - 1998 - o trabalho Deontologia Notarial.

Foi coordenador Nacional para os temas “A Função Notarial Preventiva de Litígio”, para a 9ª Jornada Ibero-americana de

Direito Notarial, em Lima (Peru), em outubro de 2000, apresentando trabalho sobre o tema; e “A Função Notarial Criadora de Direito”, para o 23º Congresso da UINL, em Atenas (Grécia), em outubro de 2001, também com trabalho apresentado.

Coordenador Nacional do Tema III – “Eficácia Judicial e Extrajudicial do Documento Notarial”, apresentando trabalho a respeito na Jornada Ibero-americana da UINL, realizada em outubro de 2002, em Valência (Espanha).

É coautor do livro sobre “Atas Notariais”, publicado no Brasil.

Palestrante e debatedor de temas relacionados ao notariado e aos registros públicos, em inúmeros eventos e cursos especializados, com vários textos técnicos publicados em revistas especializadas e de Universidades.

Palestrante convidado em diversos eventos, sobre o tema GESTÃO PELA EXCELÊNCIA – TRAJETÓRIA PROFISSIONAL (de office-boy a Tabelião)

Professor e palestrante convidado em cursos da Escola da AJURIS – Associação de Juízes, do Instituto dos Advogados e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e do Pós-Graduação em Direito Notarial e Registral na UNISINOS-RS.

Titular da cadeira número 15 da ACADEMIA NOTARIAL BRASILEIRA.

JOSÉ FLÁVIO BUENO FISCHER

*Rua Júlio de Castilhos, 419 – Novo Hamburgo – RS – 93510-130
55-51-3593-5778 e 3594-1922*

flavio@fischer.not.br

www.fischer.not.br



A INTERVENÇÃO DO NOTÁRIO NOS NEGÓCIOS PRIVADOS COMO DIRETRIZ DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

JOSÉ FLÁVIO BUENO FISCHER

1º Tabelião de Novo Hamburgo/RS

Ex-presidente do CNB-CF

Membro do Conselho de Direção da UINL



Se por um lado a pós-modernidade contratual é a busca da vontade protegida, real, do contratante desprivilegiado na relação (Estado Social), por outro lado, é a volta do liberalismo, da supremacia das regras da economia de mercado (Estado Liberal).

Lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, que “no paradigma de direito e economia, inaugurado por Ronald Case, a menção à justiça contratual como forma de interferência em prol da parte mais fraca, nos casos em que exista desnível do poder de barganha entre os contratantes, se caracteriza como “paternalismo”, pois a interferência estatal no espaço privado do contrato comumente prejudica os interesses coletivos, culminando por desarranjar o espaço público do mercado.” Segundo os autores, “na perspectiva da análise econômica, taxativamente os contratos não são o veículo adequado de promoção social da justiça. Os propósitos distributivos não devem ser colocados em posição que

possa interferir no livre desenvolvimento do interesse das partes, devendo antes ser promovidos por institutos diferentes que não dizem respeito à disciplina contratual, tais como a tributação e a seguridade social.”¹

De acordo com Leonardo Brandelli, “esta nova visão da economia de mercado pretende a volta absoluta do privado na auto-regulamentação das suas vontades, sem intervenção estatal. A privatização do Estado, neste sentido, significa a privatização do contrato. O direito não deve impor limites à contratação; tais limites devem ser apenas da ordem econômica, que é natural, ínsita ao ser humano. Busca-se substituir a legislação estatal pela nova *lex mercatória*, que traduz os usos e costumes da comunidade internacional de comerciantes,

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil nº 4. Contratos. Teoria Geral e Contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.p. 20

consistindo em uma lei sem fronteiras, fruto de um mercado globalizado, “sem Estado”, e sem um direito de autoridade, mas sim um direito que deixa fazer”.²

Mas, qual, então, seria a alternativa a este *paternalismo* - que, de acordo com a análise econômica do direito, coloca o contrato e o mercado em rota de colisão, ao gerar a imposição forçada de solidariedade pelo Estado - que não o retorno total ao liberalismo, que prevê a supremacia das regras de mercado, descuidando-se da pessoa envolvida na relação negocial?

A resposta é a concepção pluralista do contrato, em que os dois pontos de vista - a intervenção estatal para a tutela dos sujeitos deficitários, entendida, aqui, por nós, como a intervenção de um terceiro imparcial, de um notário, e a volta ao liberalismo, com a supremacia das regras de mercado - se enriquecem mutuamente, pois nenhuma teoria pode fornecer sozinha um corpo completo de soluções integradas.

Para tanto, “o contrato será, simultaneamente, instrumento e expressão da autonomia pessoal e regulador dos processos sociais de cooperação e troca. A novidade, portanto, reside na introdução, como fator de ponderação, de objetivos de regulação de mercado, outrora alheios ao direito dos contratos. Quer dizer, o contrato deve ser integrado ao seu ambiente, com o qual estabelece interação permanente. Os contratantes não são apenas sujeitos do ato jurídico, mas também agentes de transação do mercado. As regras do contrato levam em conta a posição do sujeito em mercados específicos.”³

Nas sábias palavras de Luciano Timm, “a sociedade não é representada pela parte mais fraca do litígio, mas sim pelo grupo de pessoas integrantes de um específico mercado. Não se pode pensar em interesses sociais em uma relação contratual e descurar do ambiente em que esta relação é celebrada - o qual é, indubitavelmente, o mercado, que pode ser conceituado como ‘espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio’. Corolário disso é que o mercado não está separado da sociedade; ele é parte integrante dela. Neste sentido, como qualquer fato social, ele pode ser regulado pelas regras institucionais, especialmente pelas jurídicas”.⁴

O que se quer aqui não é a aversão ao individualismo, pelo contrário. A autodeterminação dos sujeitos e a liberdade contratual são facetas fundamentais do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, a justiça contratual, trazida pela intervenção de um terceiro imparcial na relação contratual, de um notário, na qualidade de “longa manus” do Estado, entrará em cena para garantir a efetiva autodeterminação de uma categoria de contratantes, quando for constatada a sujeição ao poder contratual de outra categoria de indivíduos. Ou seja, se quer assegurar o espaço de liberdade do indivíduo, acrescido de uma eficiente tutela do sujeito deficitário, mediante a intervenção de um terceiro que identifique e contenha os riscos a que ele está exposto.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, refletindo que o mercado não é inimigo que deve ser combatido, quanto mais um opositor à sociedade, destacam que “o que se deseja é a correta normatização e regulação do mercado para que ele promova a alocação de riscos, o fluxo de trocas, a redução dos custos de transação e amplie a confiança dos agentes econômicos na segurança daquilo que se pactuou.” De acordo com os autores, “a essência econômica do contrato é a promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de ruptura de promessas”.⁵ E, a redução dos riscos de ruptura de promessas se dá justamente através da intervenção de um terceiro imparcial, de um notário, que garante a tutela do hipossuficiente e a exata coincidência entre a vontade e a declaração expressa no contrato, preservando, assim, a confiança nos vínculos negociais.

Com efeito, na medida em que a vontade que os outorgantes afirmam, especialmente quando se trata da parte mais fraca da relação, é muitas vezes uma vontade deformada, errônea, incompleta, ou até mesmo ilegal, o notário, com as suas informações, conselhos e mediação, ajuda a formar a verdadeira vontade, a única a que pode dar fé. O notário coaduna a vontade das partes ao resultado querido por elas e somente reduz esta vontade por escrito após se assegurar de que as partes compreenderam o alcance e as implicações do negócio jurídico. Agindo assim, o notário protege o destinatário do negócio jurídico, oferecendo, de consequência, maior segurança jurídica e eficácia às relações negociais,

² BRANDELLI, Leonardo. Atuação Notarial em uma economia de mercado - a tutela do hipossuficiente. In: Revista de Direito Imobiliário nº 52. São Paulo: Instituto do Registro Imobiliário do Brasil - IRIB, jan-jun de 2002. p. 188

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil nº 4. Contratos. Teoria Geral e Contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 21

⁴ TIMM, Luciano. Apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil nº 4. Contratos. Teoria Geral e Contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 21

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil nº 4. Contratos. Teoria Geral e Contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22

já que se amplia a confiança naquilo que se efetivamente pactuou.

Pela teoria da declaração, numa relação contratual, “a relevância dada à declaração sobre a vontade interna reconhece que a que deve ter mais peso juridicamente é a vontade que foi tornada socialmente conhecida através de uma manifestação para o exterior, trazendo à tona a necessidade de se tutelar a confiança despertada no destinatário.”⁶

Ora, se o contratante tem razões para acreditar que a declaração corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade. A intervenção do notário, assim, se faz necessária justamente para garantir que a vontade das partes corresponda à exata declaração expressa no contrato, preservando, assim, a confiança das partes nas expectativas legítimas criadas quanto aos efeitos do negócio jurídico.

Desta forma, pode-se concluir que o notário é o ponto de equilíbrio buscado pela pós-modernidade, pois como profissional de direito qualificado e imparcial ele está apto a permitir a liberdade do indivíduo (Estado Liberal), com a tutela eficiente dos mais fracos da relação (Estado Social), garantindo, com sua atuação, a manifestação real da vontade de todas as partes envolvidas no negócio.

Em outras palavras, o notário é um instrumento indispensável para fixar a verdade negocial, ou seja, a coincidência entre a vontade da parte e sua declaração expressa no ato, especialmente quando se tratam de negócios envolvendo partes em situação desigual, a exemplo dos negócios entre grandes empresas e pessoas com menos recursos e menos conhecimento. E, fixando a verdade negocial, o notário tutela a confiança nas legítimas expectativas criadas nas partes contratantes, gerando certeza e segurança jurídica para os negócios. Ora, certeza e segurança jurídica é o que qualquer mercado precisa para ser próspero, pois quanto menor o risco das transações, maior é o grau de investimento e, de consequência, maior a circulação de riqueza no país.

A intervenção do notário latino, portanto, ao contrário de perder vigência, é ainda mais necessária no cenário atual de globalização e relações cada vez mais complexas, sendo uma

ferramenta indispensável para o desenvolvimento econômico, com a eficiente tutela da dignidade da pessoa humana. Quando há paz social e segurança nos negócios, há propensão de investimentos. A certeza e a segurança jurídica geradas pela intervenção do notário do tipo latino nos contratos são diretrizes de desenvolvimento econômico, especialmente levando em conta a tutela da confiança das legítimas expectativas criadas nas partes contratantes.

De fato, a segurança jurídica é o que qualquer mercado precisa para ser próspero, pois quanto menor o risco das transações, maior é o grau de investimento e, de consequência, maior a circulação de riqueza no país. “Por isso, não se compreende a ligeireza de um legislador que, ignorando a história e as lições que encerra, desvaloriza o formalismo negocial que nunca deixou de constituir uma exigência da liberdade.”⁷



⁶ JOBIM, Marcio Felix. Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 146

⁷ JUSTO, A. SANTOS. A segurança jurídica do Comércio e a função do notariado (direito romano). In: Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXIV. Coimbra, 2008. p. 57.

LA MEJORA Y LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS HEREDEROS



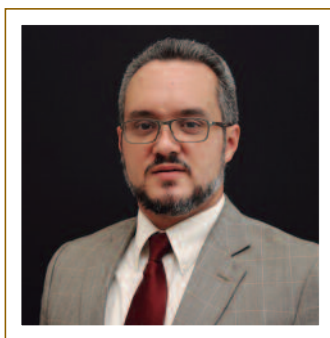
UNA MIRADA A ESPAÑA,
PUERTO RICO Y ARGENTINA

Gerardo Bosques Hernandez





RESEÑA



GERARDO JOSÉ BOSQUES HERNÁNDEZ



Completó su Maestría en Derecho Internacional y Comparado, *con grado sobresaliente*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane en Nueva Orleans, Luisiana. Obtuvo el grado de *Juris Doctor, Magna Cum Laude*, de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico. Actualmente es alumno regular del Programa de Doctorado en su Modalidad Intensiva de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Dentro de su experiencia laboral se destaca el haber ejercido como Asesor Legal de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, desde donde coordinó el Comité de Redacción del Libro de Derecho de Sucesiones y fue designado para la difusión del contenido dicho Libro.

Desde agosto de 2011 es Catedrático Auxiliar a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, donde desde el 2006, se ha desempeñado como profesor y ha dictado cursos y seminarios de Derecho de Sucesiones, Derecho de Familia, Responsabilidad Civil Extracontractual e Introducción al Derecho. Fue Profesor Visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Gerona, España, de enero 2009 a julio 2010 para los cursos de Responsabilidad Civil Extracontractual, Derecho de Obligaciones y Derecho de Contratos. En el 2014 fue Invitado para el 6° Curso Internacional de Derecho Notarial Profundizado en la Universidad Notarial Argentina, en Buenos Aires, Argentina. En el 2016 fue invitado como profesor al Máster en Cultura Jurídica: Seguridad, Justicia y Derecho de la Universidad de Gerona en España.





LA MEJORA Y LA PROTECCIÓN DE DETERMINADOS HEREDEROS: UNA MIRADA A ESPAÑA, PUERTO RICO Y ARGENTINA

GERARDO JOSÉ BOSQUES HERNÁNDEZ



I. Introducción

Al enfrentarme a los cambios adoptados en el nuevo Código civil y comercial de la República Argentina en materia de sucesiones, uno de los que más me llamó la atención fue la disposición sobre la Mejora. De inmediato me pareció pertinente comparar esta nueva figura jurídica en la Argentina con el ordenamiento puertorriqueño y el español. Se trata de una figura que en los tres países se le conoce de la misma manera y que podría llegar a tener unas raíces o propósitos similares. Sin embargo, deben destacarse algunas diferencias conceptuales y sustantivas que matizan la figura en cada país de los estudiados. Lo innegable es que en los tres ordenamientos se observa una tendencia a vincular el uso de la Mejora con la protección de personas con necesidades particulares. Ya bien desde la concepción de la figura o median-

te el uso de la sustitución fideicomisaria o con el fideicomiso propiamente.

En términos estructurales, propongo comenzar con la exposición sobre el Derecho español, por ser la fuente directa del ordenamiento puertorriqueño. Una vez expuesto el Derecho español como antecedente, incluyendo las enmiendas de 2003, abordaré la figura de la mejora en el ordenamiento puertorriqueño. Seguido expondré el recién desarrollo de la mejora en la adopción del nuevo Código civil y comercial de la Argentina. Finalmente, a manera de conclusión, advertiré nuevamente la tendencia a utilizar o configurar la mejora como un medio para la protección de determinados herederos.

II. La Mejora en el ordenamiento español

Para abordar el tema de la mejora en el contexto jurídico español es imprescindible abordar el tema de la legítima y la libertad testamentaria. El art. 806 del Código civil de España (en adelante CcE) define la legítima como la porción de bienes de la que el testador no tiene libertad para disponer, pues la ley la ha destinado a determinados herederos forzosos.¹ El art. 807 del CcE identifica a los herederos forzosos de la siguiente manera:

1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
2. A falta de hijos y descendientes, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece la ley.²

Por su parte, el art. 808 del CcE establece un sistema de tercios como la forma en que ha de dividirse la masa hereditaria: legítima estricta, mejora y tercio de libre disposición. El primer tercio, la legítima estricta, es la parte de la herencia reservada por ley exclusivamente a los hijos e hijas del causante, o a sus descendientes legitimarios en caso de incapacidad para heredar de los primeros llamados. Como regla general, este tercio no admite gravámenes, y ninguna disposición testamentaria o de otra naturaleza que pueda menguar el derecho de un legitimario sobre esta porción.

El segundo tercio, llamado mejora, representa la libertad limitada o cualificada del testador para disponer de sus bienes fuera del tercio de libre disposición.³ La mejora faculta al testador para ampliar la porción de un hijo o descendiente sobre otro. Por tanto, sólo existirá esta posibilidad cuando haya más de un heredero o descendiente con derecho a heredar.

En España, cuando el causante no hace uso de su facultad en ley para mejorar, o cuando sólo hay una persona llamada a heredar en la legítima, la legítima estricta y la mejora forman lo que se conoce como la legítima larga. En ese caso, dos terceras partes del caudal estarían destinados al heredero forzoso o a los herederos forzosos en la línea descendientes más cercanos en partes iguales.

Según Castán Tobeñas, la mejora:

[e]n sentido amplio significa aquella porción de la herencia que recibe un descendiente además de la legítima y como ventaja respecto de los otros herederos forzosos; más restringidamente, aquella porción del segundo tercio con la cual el ascendiente, o bien favorece a alguno de sus descendientes que no sean herederos forzosos, o bien la distribuye desigualmente entre los que efectivamente lo sean, incluso atribuyéndola totalmente a uno sólo de ellos.⁴

De esta forma, el testador tiene la libertad de escoger a quién mejorar, con la limitación de que sólo puede hacerlo a hijos o descendientes. Otra característica de la mejora es que el llamado a ella ha de ser expreso. Sobre este particular, debo mencionar que se ha reconocido dos tipos de mejoras: la mejora expresa y la mejora tácita. En la primera, el testador manifiesta de manera clara su propósito de establecerla. Una mejora expresa no debe acarrear grandes dificultades a la hora de su concreción, pues su condición de expresa coloca su existencia fuera de toda duda. De otra parte, la mejora tácita ha sido objeto de discusión en la comunidad jurídica. El análisis requiere que se deduzca su existencia de “hechos o manifestaciones de voluntad . . . aún cuando el testador no lo ha expresado”.⁵ Es decir, para sostener la existencia de una mejora tácita es necesario que lo dispuesto por el testador deje clara su intención de atribuir cierta disposición al tercio de mejora, aunque no utilice ese vocablo para expresarlo.

Existe un debate sobre un requisito final para la existencia de la mejora. Se trata de la desigualdad entre los llamados a heredar. El debate se centra precisamente en si la desigualdad económica entre herederos, que podría resultar de la disposición del tercio de mejora a favor de alguno de ellos, es un requisito para que exista mejora o sólo un posible efecto del ejercicio de la facultad de mejorar. La doctrina está dividida. Algunos argumentan que debe existir desproporción entre los herederos para que exista la mejora. Otros, basados en la voluntad de testador ven la desigualdad como un efecto y no como un requisito.

En cuanto al último tercio, el testador tiene la facultad de disponer de esta porción a su antojo. Esa parte se denomina: tercio de libre disposición. Nada de lo dispuesto para este último tercio puede afectar o disminuir lo que por legítima

¹ Artículo 806 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, B.O.E. Núm. 206, en adelante Código Civil de España.

² Código Civil de España, art. 807

³ Código Civil de España, art. 808

⁴ José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Común y Foral, *Derecho de Sucesiones*, tomo VI, vol. II, 578 (8va ed., Reus 1979).

⁵ Federico Puig Peña, Tratado de Derecho Civil Español, tomo V vol. 2, 456 (Ed. Rev. Der. Privado, 1963).

corresponda a los herederos forzosos. El tercio de libre disposición admite todo tipo de condiciones y gravámenes dentro del marco de la ley. El ordenamiento español contempla excepciones a la norma general contra los gravámenes a la mejora. Así, el testador podría gravar el tercio de mejora si los gravámenes se constituyen a favor de sus legitimarios o descendientes.⁶ También se admite que el usufructo viudal, cuota que le corresponde al cónyuge supérstite, grave el tercio de mejora cuando la viuda o el viudo coinciden con hijos de un mismo matrimonio del causante.

A pesar de que no trata el tema de la mejora directamente, el art. 808 CcE, según enmendado en el 2013, contiene una excepción interesante a la norma general de prohibición a los gravámenes sobre la legítima estricta. Se trata del caso del descendiente legitimario incapacitado judicialmente. En ese escenario, se faculta al testador para que grave la totalidad del tercio de legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria.⁷ Nótese la extensión del gravamen, no existe duda de que podrá gravar el tercio de Mejora por lo que se extiende a la porción forzosa. Podría decirse que al permitir la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, el legislador ha afectado los derechos de los herederos forzosos sobre la misma. Sin embargo, es importante subrayar que el gravamen se limita a herederos o descendientes legitimarios reconocidos judicialmente como incapacitados. Por lo tanto, no se trata de una libertad testamentaria irrestricta, sino de una medida dirigida a proteger los intereses de personas que no se encuentran a la par en cuanto a su capacidad con el resto de sus co-herederos. En cierto sentido, ofrece al testador flexibilidad para proteger a un legitimario incapacitado dentro de un sistema hereditario diseñado para proteger la legítima de forma rígida.

Se entiende por sustitución fideicomisaria aquel llamamiento por el cual se encarga al heredero así llamado para que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia a su muerte, o al momento en que se cumpla el plazo o condición que se haya establecido para la sustitución.⁸ La figura de la sustitución fideicomisaria en la legítima estricta implica que el legitimario incapacitado ocuparía el lugar del fiduciario, con derecho a usar y disfrutar de los bienes contenidos en el tercio de legítima estricta mientras viva o mientras dure su incapacidad. El resto de los legitimarios serían fideicomisarios, con la expectativa de recibir lo que les corresponda en

legítima una vez que cese la incapacidad o la vida del coheredero discapacitado. Se trata de una medida protectora para el legitimario desventajado por alguna condición incapacitante, que no le permita asegurar su sustento en ausencia de su causante.

Para que se dé la figura de la sustitución fideicomisaria, es imperativo que se cumplan una serie de requisitos. Primero, se requiere un doble o múltiple llamado a la herencia, entendiéndose que se instituya como herederos a dos o más personas sobre la misma cosa. Segundo, el llamado ha de ser expreso. Tercero, el llamado ha de ser sucesivo o de orden cronológico. Esto significa que uno de los llamados a heredar recibirá los bienes primero que el otro. Cuarto, el testador ha de imponer un gravamen al primer llamado, para que conserve y transmita los bienes, según proceda, al que ha de sucederle. Por último, los llamados a heredar de esta forma no pasarán del segundo grado, o deberán estar vivos al momento de la muerte del testador.

A modo de resumen, el ordenamiento jurídico español admite gravámenes en el tercio de mejora, siempre que se constituyan a favor de hijos o descendientes legitimarios. También admite el gravamen de la mejora en cuanto al usufructo viudal en la situación particular de que el viudo o la viuda coincidan con hijos de un mismo matrimonio del causante. Finalmente, provee una excepción a la regla general que prohíbe los gravámenes sobre el tercio de legítima estricta, al permitir que se establezca una sustitución fideicomisaria sobre la totalidad de dicho tercio a favor de un hijo o descendiente legitimario que haya sido declarado incapacitado judicialmente.

III. La mejora en el ordenamiento puertorriqueño

En Puerto Rico, el Código civil (en adelante CcPR) establece un sistema similar al de España. La norma sobre las proporciones en tercios es idéntica: una tercera parte está destinada a lo que conocemos como legítima estricta, otra tercera parte a la mejora y el tercio restante corresponde a la libre disposición. Al igual que en ese país, el ordenamiento puertorriqueño dispone que el testador ejerza su voluntad respetando la legítima de los herederos forzosos.⁹ Los

⁶ Código Civil de España, art. 824.

⁷ Código Civil de España, art. 808, modificado por la Ley 41 de 18 de noviembre de 2003, B.O.E. Núm. 21053.

⁸ Código Civil de España, art. 781.

⁹ Código Civil de Puerto Rico, art. 737, Ley Núm. 171 de 4 de mayo de 1949, 31 L.P.R.A. § 2363.

herederos forzosos en Puerto Rico, según el Art. 736 del CcPR, son:

1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
3. El viudo o viuda en la forma o medida que establece la ley.¹⁰

El Art. 741 del CcPR establece que las disposiciones testamentarias no pueden privar a los herederos forzosos de su porción de legítima, fuera de lo establecido por la ley.¹¹ Además, prohíbe que se impongan gravámenes, condiciones o sustituciones de especie alguna sobre la legítima, con la salvedad del usufructo viudal, participación hereditaria que le corresponde al cónyuge supérstite.¹²

La mejora, dentro del ordenamiento puertorriqueño, opera de forma un tanto similar a la española. En palabras del profesor Efraín González Tejera, “mejorar es el acto por el cual el causante concede una ventaja patrimonial a alguno de sus herederos sobre los demás”.¹³ Explica el tratadista puertorriqueño que el tercio de mejora es legítima voluntaria, aunque forme parte de la legítima global.¹⁴ Al igual que la regla general en España, la legítima estricta no puede estar sujeta a gravámenes. Sin embargo, el tercio de mejora, que en principio es parte de la legítima cuando se trata de herederos forzosos en la línea descendiente, podría estar sujeto a gravámenes, siempre que estos se impongan a favor de los legitimarios o sus descendientes.¹⁵

En Puerto Rico también aplican los mismos requisitos para que se reconozca la mejora. En cuanto al requisito de que sea expresa, el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha establecido que no hace falta que el testador utilice palabras sacramentales para que se configure.¹⁶ Reconoció, además, que las disposiciones hechas por el testador a favor de descendientes sin adjudicarlas expresamente a la mejora, pueden ser impu-

tadas al tercio de mejora como mejora tácita en aquella porción que exceda el tercio de libre disposición.¹⁷

Los Arts. 761 y 762 del CcPR reconocen que el usufructo viudal podría gravar el tercio de mejora cuando el cónyuge supérstite coincide con hijos de un solo matrimonio del causante.¹⁸ También admite la imposición por parte del testador de una sustitución fideicomisaria, según lo dispuesto en el Art. 711.¹⁹ La sustitución fideicomisaria se define en el Art. 710 del CcPR de la misma forma en que se define en el ordenamiento español.²⁰ En *Díaz Lamoutte v. Luciano*, 85 D.P.R. 834, 851 (1962), el Tribunal Supremo de Puerto Rico estableció que “una disposición testamentaria en cuya virtud se encarga a un heredero que conserve y trasmita a un tercero el todo o parte de la herencia se denomina una sustitución fideicomisaria”. Si el testador hace uso de la sustitución fideicomisaria, el gravamen puede recaer sobre la mejora, en tanto se constituya a favor de hijos o descendientes. Es decir, el testador podría establecer una sustitución fideicomisaria sobre la mejora para que su hijo conserve y transmita los bienes correspondientes al tercio de mejora a uno de sus nietos una vez cumpla la mayoría de edad. No podría hacer lo mismo para imponer a su hijo la obligación de conservar y transmitir de estos bienes a un amigo. Lo mismo aplica a la imposición de otros gravámenes, como el uso y la habitación, que solo podrían pesar sobre la mejora si tanto el primer beneficiario como los subsiguientes son legitimarios o descendientes.²¹

En el 2012 se aprobó la Ley de Fideicomisos de Puerto Rico, que derogó los artículos del Código civil de Puerto Rico que establecían la norma sobre fideicomisos en la Isla.²² La Ley 219-2012 es pertinente a la discusión que nos ocupa, pues en su artículo 6 establece lo siguiente:

No obstante lo dispuesto en el Artículo 741 del Código Civil, puede constituirse fideicomiso que grave la legítima completa, entiéndase la estricta y la mejora, de un legitimario menor de edad o incapacitado, siempre que se le designe

¹⁰ Código Civil de Puerto Rico, art. 736, Ley Núm. 447 de 14 de mayo de 1947, 31 L.P.R.A. § 2362.

¹¹ Código Civil de Puerto Rico, art. 741, 31 L.P.R.A. § 2367 (1930).

¹² Id. María de los Ángeles Díez Fulladosa, *La herencia: su régimen jurídico en Puerto Rico*, 159 (Mayra L. Mejías Navarro, ed., 2015). Efraín González Tejera, *Derecho de Sucesiones, La Sucesión Testamentaria* tomo II, 509 (Editorial Universidad de Puerto Rico 2002).

¹³ Id., 493.

¹⁴ Id., pág. 494

¹⁵ Código Civil de Puerto Rico, art. 751, 31 L.P.R.A. § 2391 (1930).

¹⁶ *Pérez v. Pérez Agudo*, 103 D.P.R. 26 (1974); *Dávila v. Agrait*, 116 DPR 549, 574 (1985).

¹⁷ Id., pág. 576.

¹⁸ Código Civil de Puerto Rico, arts. 761 y 762, 31 L.P.R.A. §§ 2411 & 2412 (1930).

¹⁹ “Las substituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”. 31 L.P.R.A. § 2309

²⁰ Código Civil de Puerto Rico, art. 710, 31 L.P.R.A. § 2308 (1930).

²¹ Efraín González Tejera, *Derecho de Sucesiones, La Sucesión Testamentaria* tomo II, 510 (Editorial Universidad de Puerto Rico 2002).

²² Ley de Fideicomisos de Puerto Rico, Ley Núm. 219 de 31 de Agosto de 2012 (en adelante Ley 219-2012).

único beneficiario de la renta y del capital.

El fideicomiso así constituido termina con la emancipación del menor, al cesar la incapacidad, o a la muerte del legítimo, si previamente no ha terminado al cesar su minoridad o su incapacidad.

El testador puede constituir fideicomiso sobre el tercio de la mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, sujeto a lo dispuesto en el Artículo 6 de esta Ley.²³

Esta disposición es parecida a lo establecido en el tercer párrafo del Art. 808 del Código civil español, que permite gravar la legítima estricta mediante sustitución fideicomisaria a favor de legitimarios o descendientes judicialmente incapacitados. Ella se distingue principalmente en tres puntos. Primero, no se trata de una sustitución fideicomisaria, sino de la creación de un fideicomiso propiamente. Segundo, contempla la posibilidad de que el beneficiario sea un hijo o legítimo menor de edad. La sustitución fideicomisaria del artículo español no provee ese espacio. Tercero, no requiere que el beneficiario sea declarado incapaz judicialmente.

El lenguaje del art. 6 de la Ley 219-2012 presenta un problema de interpretación, que aún no ha sido atendido en los foros puertorriqueños. La disposición podría interpretarse de tal forma que limita el gravamen a la porción del beneficiario y no incluye la parte de la legítima correspondiente a sus co-herederos. Esta interpretación marcaría una diferencia entre el Art. 808 del CcE, que permite gravar la legítima estricta completa en sustitución fideicomisaria a favor de un legítimo incapacitado por la vía judicial, y el Art. 6 de la Ley 219-2012. Una segunda forma de interpretarlo, es que se trata de una excepción a la prohibición general que permite imponer el gravamen del fideicomiso sobre la totalidad de la legítima, privando a otros herederos de su derecho mientras exista el fideicomiso. Esta confusión tiene su origen en la primera oración del artículo que hace alusión al Art. 741 del CcPR, que establece que ningún heredero podrá ser privado de su legítima, sino en los casos expresamente dispuestos por ley.²⁴ Hasta el momento, los foros correspondientes no se han expresado. Opino que en su día el tribunal puertorriqueño se decantará por la opción más restrictiva,

es decir por limitar al mínimo la extensión de gravámenes que puedan afectar la legítima.

IV. La mejora en el ordenamiento argentino

El ordenamiento jurídico argentino se encuentra en un momento histórico interesante. El Código civil ha sido revisado y se ha aprobado un nuevo Código civil y comercial de la Nación que entrará en vigor el 1 de agosto de 2015.²⁵ Con el nuevo Código se introducen cambios fundamentales a la normativa hereditaria en Argentina. Puesto que el Código de Vélez aún está vigente, es necesario estudiar sus disposiciones y compararlas con la nueva ley. Veamos.

El Código civil de Vélez, establece en el Art. 3593 que “[l]a porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado. . .”.²⁶ A su vez, el Art. 3605 permite que el testador disponga de la quinta parte restante libremente, e inclusive contempla que la utilice para mejorar a alguno de sus herederos.²⁷ Este tipo de distribución proviene de la norma impuesta durante el siglo XIII en España, que a su vez deriva de la tradición visigoda sobre la sucesión forzosa, originalmente ideada por rey Chidasvinto.²⁸ Por su parte, el Art. 3598 es pertinente a nuestra discusión, ya que expresamente prohíbe cualquier tipo de gravamen o condición sobre las porciones de la herencia destinadas a la legítima de los herederos forzosos.²⁹ La norma establece que cualquier disposición dirigida a este fin se tendrá por no puesta. En este sentido, el ordenamiento argentino es similar al ordenamiento puertorriqueño, que tampoco admite gravámenes sobre las porciones legítimas.

En cuanto a las proporciones, es de notar que no hay una parte específicamente destinada a la mejora, sino que esta se permite solamente en el quinto de libre disposición, junto a las mandas y legados que el testador tenga a bien dejar establecidas. Esto, claro está, sujeto a la protección de las legítimas. Podría decirse que este sistema promueve la igualdad hereditaria de los descendientes legitimarios, en detrimento de la libertad testamentaria. Ciertamente, no es lo mismo

²³ Ley 219-2012, art. 6.

²⁴ Código Civil de Puerto Rico, art. 741, 31 L.P.R.A. § 2367 (1930).

²⁵ Ley No. 26.994 de 8 de octubre de 2014, Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Nuevo Código Civil de Argentina).

²⁶ Ley 340 de 25 de septiembre de 1869, Código Civil de Argentina, art. 3593 (en adelante Código de Vélez Sarsfield).

²⁷ Código de Vélez Sarsfield, art. 3605.

²⁸ José Luis Pérez Lasala, *Tratado de Sucesiones: Código Civil y Comercial de La Nación*, Ley 26.994, tomo II, 215 (Rubinzal-Culzoni 2014).

²⁹ Código de Vélez Sarsfield, art. 3598.

una mejora que consiste, a lo sumo, de una quinta parte del corpus, que una mejora potencial de una tercera parte del mismo. La limitación toma una apariencia que raya en lo extremo de la inflexibilidad testamentaria cuando se toma en consideración lo reducido de la porción destinada a la libre disposición en relación a la legítima de los descendientes que sean herederos forzosos. De la misma quinta parte ha de salir tanto la mejora como aquellas liberalidades que el testador tenga a bien dejar plasmadas.

Resulta evidente que el ordenamiento vigente en Argentina es mucho más restrictivo en cuanto a la disposición de los bienes *mortis causa* a favor de los descendientes legitimarios cuando se le compara con las normas española y puertorriqueña. De hecho, las porciones establecidas en el Código argentino vigente son las más altas entre los países de tradición hispana.³⁰ La razón detrás de la imposición de las proporciones descriptas fue la protección del interés familiar, que respondía a la idiosincrasia decimonónica en Argentina.³¹

Como ya hemos mencionado, en el año 2014 se aprobó la Ley 26.994, producto de un proyecto para la revisión y unificación del Código civil y comercial de la Nación. Este nuevo Código entrará en vigencia en agosto de 2015 y traerá consigo importantes cambios al derecho sucesoral argentino. En lo pertinente a nuestra discusión debemos resaltar la modificación de las proporciones destinadas a la legítima de los descendientes que sean herederos forzosos y la introducción expresa de la mejora.

Para comenzar, el nuevo Art. 2445 establece que la legítima de los descendientes que sean herederos forzosos será de dos terceras partes del caudal hereditario.³² De esta forma se disminuye la proporción destinada a la legítima de los descendientes, y se deja una tercera parte del caudal para que el testador disponga de la misma libremente. Esta modificación equipara en alguna medida el ordenamiento argentino a las normas de España y Puerto Rico, que según hemos discutido, establecen las mismas proporciones para la distribución del caudal hereditario entre los descendientes legitimarios. El Código revisado mantiene la disposición que prohíbe los gravámenes y condiciones sobre las porciones destinadas a la legítima, y la nulidad de las mismas si el testador los incluyera

como parte de su voluntad.³³ Además de estar presente en el Código vigente, se trata de una disposición que el nuevo Código tiene en común con los de España y Puerto Rico.

Lo novedoso es la inclusión del concepto de mejora como una excepción a esta norma general. El nuevo Art. 2448 permite al testador disponer de un tercio de la porción de legítima a favor de un descendiente o ascendiente discapacitado, adicionalmente al tercio de libre disposición.³⁴ También permite que la porción que el testador asigne para estos fines pueda ser gravada con un fideicomiso a favor del descendiente o ascendiente en cuestión. El lenguaje utilizado para expresar la opción del fideicomiso, deja cabida para la posibilidad de que el testador utilice otros medios para asegurar el gravamen sobre la porción que desea destinar a mejora, incluyendo indivisión forzosa, legado a cosa cierta y determinada, derecho de alimentos, derecho de usufructo, uso o habitación.³⁵

El texto del artículo caracteriza esta mejora como estricta, lo que lleva a concluir que el beneficiario de la disposición ha de cumplir con los requisitos de ser un descendiente o un ascendiente, que además ha de adolecer de una condición incapacitante. Es importante hacer énfasis en que no existe mejora en el nuevo Código fuera de este concepto de mejora estricta. Es decir, la mejora argentina no es la mejora española o puertorriqueña, que ofrece al testador alguna flexibilidad para favorecer a alguno de sus descendientes sobre los demás. No se trata de una parte autónoma de la herencia.³⁶ Por el contrario, la medida argentina busca poner al discapacitado en igualdad de condiciones con el resto de lo que deben ser sus pares. De forma similar al ordenamiento español, se trata de una medida de protección y no de una forma para que el testador exprese su preferencia. También debemos subrayar que, contrario a España y Puerto Rico, el nuevo Código argentino permite mejorar ascendientes. Por lo tanto, es importante tomar en consideración que la legítima de los ascendientes en Argentina es de un medio del total del caudal hereditario, igual que en Puerto Rico y en España.³⁷

El lenguaje utilizado para expresar la voluntad legislativa argentina podría estar sujeto a, por lo menos, dos interpretaciones distintas en cuanto al cálculo de la mejora. Para

³⁰ María Alejandra Massano, Eduardo G. Roveda, *La legítima hereditaria y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, DFyP, 127, AR/DOC/3004/2013.

³¹ *Id.*

³² Nuevo Código Civil de Argentina, art. 2445.

³³ *Id.*, art. 2447.

³⁴ *Id.*, art. 2448.

³⁵ Antonio Armando Amarante, *Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, DFyP, 167, AR/DOC/5245/2012.

³⁶ Pérez Lasala, *supra* n. 27.

³⁷ Nuevo Código Civil de Argentina, art. 2445.

determinar esto, hay que tomar en consideración el supuesto del que se ha de partir, es decir: si aplica la norma sobre las legítimas de los descendientes o la de los ascendientes. En este último supuesto, no hay mayores problemas de interpretación, pues la mejora recae sobre una tercera parte de la mitad de la herencia destinada a la legítima de los ascendientes, o sea, una sexta parte del total del *corpus*.³⁸ Sin embargo, en cuanto a los descendientes, una lectura simple podría llevar al lector a entender que, en caso de aplicar la norma relativa a los descendientes, el testador tiene plena libertad de disponer o gravar una tercera parte de la totalidad del caudal hereditario a favor de un descendiente o ascendiente a modo de mejora estricta. Esta interpretación guarda cierta similitud con el ordenamiento español vigente, que permite gravar inclusive el tercio de legítima estricta para propósitos similares. El tercio de legítima estricta en España se calcula del total del haber hereditario. Sin embargo, el nuevo Código de Argentina se distingue en que no marca diferencia entre la legítima estricta y la legítima larga, fuera del supuesto de la mejora estricta a favor de descendientes o ascendientes discapacitados.

La otra forma de interpretarlo es que el testador puede disponer de una tercera parte de los dos tercios destinados a la legítima de los descendientes que sean herederos forzosos. El Art. 2448 establece que la porción destinada a mejora estricta será “un tercio de las porciones legítimas”. Esa frase limita el valor base para el cálculo de la mejora al valor correspondiente a los dos tercios de legítima destinados a los descendientes que sean herederos forzosos. Al hacer el cálculo, vemos que el legislador quiso que el testador pudiera disponer del equivalente a dos novenas partes del total del *corpus*, sin perjuicio de la libertad que tiene para destinar el tercio de libre disposición para el mismo fin.³⁹ A pesar de que limita el alcance de la protección con la que el testador puede favorecer a su descendiente o ascendiente discapacitado, nos parece que esta es la interpretación que mejor refleja la voluntad legislativa.

V. A manera de conclusión

La mejora desde el punto de vista histórico, tanto en España como en Puerto Rico, fue sinónimo de autonomía de la voluntad. Tal como fue configurada proveyó mayor libertad o discreción al testador para favorecer a uno o algunos de sus descendientes. Ciertamente, ello en detrimento de los descendientes no beneficiados. Sin embargo, debe advertirse una tendencia legislativa a vincular el uso de la porción de mejora con la protección de herederos con alguna discapacidad. Es decir, la porción legítima cede ante la necesidad de proteger a determinados herederos, por criterios distintos a los de meros lazos consanguíneos. Ahora lo determinante, o quizás uno de los factores determinantes, será la necesidad particular del declarado incapaz, ya bien estemos ante descendientes o ascendientes. Al final esta tendencia está en consonancia con los reclamos de transformación de la legítima clásica a una legítima asistencial.⁴⁰



³⁸ Massano, *supra* n. 29, p. 4.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Vaquer Aloy, A., "Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima", InDret 3/2007, Revista para el Análisis del Derecho, www.indret.com, Barcelona, julio 2007.

VADEMECUM DE L'EXPATRIATION AU PORTUGAL



STEPHEN OLIVIER

Juin 2015





VADEMECUM DE L'EXPATRIATION AU PORTUGAL

STEPHEN OLIVIER

Juin 2015



"Si tu pars sans raison, ne reviens pas avec une excuse" (W. SHAKESPEARE). Destination touristique familiale traditionnelle, le Portugal s'est doté, au fil du XXI^{ème} siècle, d'une politique fiscale et sociale attractive à l'endroit des contribuables étrangers, spécialement retraités. Les candidats (notamment français) à l'expatriation apprécient en effet la proximité géographique (qui ne saurait cependant se transformer en piège) et culturelle comme les faibles coût de la vie et pression fiscale globale de cette destination moins sensible que les circuits habituels, mais ne doivent pour autant en oublier ni les conséquences, ni les précautions d'usage en pareille matière.

1. Statistiques

L'année 2014 aura été celle de tous les records pour l'économie touristique portugaise. Ce petit pays aux 11 millions d'habitants aura en effet attiré quelques 15 millions de tou-

ristes¹. Parmi ceux-ci, les Français occupent la troisième place en nombre et la première en termes de dépenses. Les investisseurs privés et institutionnels hexagonaux, attirés par la bulle immobilière qui en résulte, y représentent quant à eux un flux annuel d'IDE de 6 milliards d'euros, soit la quatrième place². Enfin, il faut compter environ 16000 Français expatriés au pays de Vasco DE GAMA.

2. Plan

Il est vrai que le Portugal possède bien des attraits (I.), lesquels ne doivent toutefois pas faire oublier aux contribuables français aveuglés par leur sentiment de révolte - et à leurs conseils (Avocats fiscalistes, banquiers privés et ingénieurs patrimoniaux, Notaires, etc.) - ni les conséquences de leur départ (II.), ni les précautions à prendre dans le but de « réussir » leur expatriation (III.).

¹ La Croix, 22/01/2015, Actualités économiques, « Portugal : 2014, l'année de tous les records pour le tourisme ».

² Banco de Portugal, CNUCED, BNP Paribas Trade Solutions et Export Entreprise SA, « Portugal 2014, les investissements », avril 2015.

I. LES CHARMES RENOUVELÉS DE LA FISCALITÉ PORTUGAISE³

3. PROPOS LIMINAIRES: l'absence de grandes différences juridiques⁴. Il ne sera jamais assez rappelé que le « droit » fiscal, discipline de superposition, ne doit jamais occulter dans un schéma le droit civil qui le tient en l'état. En l'occurrence, l'expatrié français ne sera guère dépaycé : le droit patrimonial de la famille, premier pan du droit portugais à s'imposer à lui⁵, est en effet, pour des raisons historiques (napoléoniennes), très proche du droit français. Revers de la médaille, il ne pourra en revanche l'instrumentaliser en vue du contournement de la réserve héréditaire (le droit portugais étant à compter du 17 août prochain applicable à sa succession en vertu de l'art. 21 1. du Règlement UE Successions internationales n°650/2012 du 4 juillet 2012, à défaut de manifestation de volonté contraire).

Quelques spécificités doivent cependant être relevées :

- ♦ le remariage sous un régime communautaire au Portugal en présence d'enfants et/ou après l'âge de 60 ans est proscrit (art. 1699, 1720 et 1722 du *Código civil Portugues*) ;
- ♦ le taux de la réserve du conjoint survivant en concours avec d'autres héritiers est porté aux deux tiers de la succession par l'art. 2159 C. civ. port. ;
- ♦ les époux soumis au régime de la séparation de biens ne peuvent se consentir de donations réciproques (art. 940 C. civ. port.) autrement que par contrat de mariage (art. 1754 C. civ. port.), lesquelles présentent alors l'inconvénient d'être irrévocables ;
- les testaments ne sont valables que s'ils respectent la forme écrite et sont ensuite présentés à et approuvés par un Notaire qui leur confèrera date certaine (art. 2223 C. civ. port.).

4. RÉSIDENT HABITUEL OU NON HABITUEL ?

La fiscalité personnelle portugaise y voit depuis 2009 sa *summa divisio*. Si le premier statut demeure en tout état de cause avantageux pour un expatrié français (B.), le second, s'il peut lui être appliqué, reste quant à lui le plus intéressant (A.).

A. Le régime fiscal « de faveur » : *Residente Não Habitual*

5. CONDITIONS

Dès son arrivée et ce jusqu'au 31 mars inclus de l'année suivant celle de son transfert de domicile fiscal, l'expatrié pourra solliciter, à l'occasion de son inscription en tant que résident en territoire portugais (sur l'*Autoridade Tributária e Aduaneira*) auprès d'un Service des Finances (*Serviços das Finanças*) ou d'un Centre du Citoyen (*Loja do Cidadão*), l'octroi du régime « Résident Non Habituel » s'il satisfait à l'ensemble des conditions requises pour en bénéficier, à savoir :

- ♦ une imposition à l'étranger (en l'occurrence en France) par le passé (un justificatif, tel les avis d'imposition de l'année précédente, devra être fourni) ;
- ♦ l'absence de résidence fiscale sur le territoire portugais durant les cinq dernières années (par hypothèse) ;
- ♦ la caractérisation (Cf. *infra*, n°20) d'une résidence fiscale au Portugal à partir de l'année au cours de laquelle l'expatrié demande que débute l'application de ce régime.

6. EFFETS

Cette qualité confèrera à l'expatrié le droit d'être imposé comme suit pendant dix années consécutives (l'écoulement de ce délai non renouvelable lui permettant par la suite, s'il le désire et sous réserve d'une connaissance suffisante de la langue portugaise et d'un casier judiciaire vierge, d'obtenir la nationalité portugaise par naturalisation et ainsi de renforcer ses liens avec ce pays en vue de parer à tout contentieux fiscal) à partir de celle de l'inscription/du déménagement :

- ♦ une non imposition au Portugal des revenus de source étrangère (en l'occurrence française voire luxembourgeoise, l'expatriation personnelle s'accompagnant très fréquemment de la délocalisation d'avoirs ou de la *holding* professionnelle ou patrimoniale vers ce lieu⁶) ...

- de catégorie H (pensions de retraite, à l'exception de celles des fonctionnaires en vertu de l'article 20 de la convention fiscale franco-portugaise du 14

³ Sources en langue française : « Portugal : Juridique - Fiscal - Social », Dossiers internationaux EFL, 1996 ; H.-A. COUDERC et F. LE MENTEC, cours d'« Expatriation et fiscalité comparée », Diplôme Fédéral de Juriste du Patrimoine (FNDP) ; AT, « IRS - Régime fiscal du Résident Non Habituel », brochure disponible en ligne sur le site du Ministère portugais des Finances (http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/9E8334EA-7FBE-4084-8B48DC422E8FD836/0/IRS_RNH_FR.pdf) - en langue anglaise : EY Worldwide Personal, Estate and Inheritance Tax Guides 2014-2015 ;

PwC Tax Guide 2014 ; KLUWER International Tax Law, 2014.

⁴ Sources en langue française : JCl. Droit comparé Fasc. 20 « Portugal - Droit civil » ; Guide Lamy de Droit comparé Famille et Patrimoine, 2008 - en langue anglaise : G. DE OLIVEIRA, « Family and Succession Law in Portugal », Wolters Kluwer, 2012.

⁵ spécialement s'il vient par la suite à en adopter la nationalité (Cf. *infra*, n°6).

⁶ en veillant évidemment à respecter les précautions d'usage en pareille matière ...

janvier 1971 en matière d'impôts sur le revenu), déjà non imposés en France en vertu de l'article 19 de la convention fiscale franco-portugaise (art. 81 5. du *Código do Imposto sobre o Rendimento das pessoas Singulares*, circulaire n°9/2012 du 3 août 2012) ... ;

- de catégorie E (revenus de capitaux), F (revenus immobiliers) et G (revenus dérivés de plus-values) - à déclarer au sein de l'Annexe L à la déclaration portugaise de revenus, mod. 3 (à effectuer en ligne sur le site internet du Trésor public portugais chaque année en avril-mai) - s'ils sont liés à des activités « à haute valeur ajoutée » au sens des articles 72 6. et 81 4. *CIRS*.

♦ une imposition limitée à 20 % (par voie de retenue à la source libératoire) de certains revenus provenant d'activités exercées, directement ou non, au Portugal et dites « à haute valeur ajoutée » (articles 72 6. et 81 4. *CIRS*), c'est-à-dire incluses dans la liste de l'arrêté n°12/2010 du 7 janvier 2010 :

- architectes, ingénieurs et géologues ;
- artistes plastiques, acteurs et musiciens ;
- auditeurs et conseillers fiscaux ;
- médecins généralistes et spécialistes, chirurgiens et radiologues ;
- professeurs d'Université ;
- psychologues ;
- travailleurs indépendants et techniciens (archéologues, biologistes, informaticiens, ingénieurs et chercheurs en sciences « dures », designers) ;
- membres du *top management* d'entreprises : administrateurs, associés-gérants de sociétés portugaises, responsables de l'établissement stable portugais d'une entreprise ou d'une holding étrangère (la restructuration du groupe sera donc à prévoir lorsque l'expatrié est chef d'entreprise et désire poursuivre une activité).

B. La fiscalité portugaise « de droit commun »

7. IMPOSITION DES REVENUS DES RÉSIDENTS HABITUELS (PERSONNES PHYSIQUES)

Une fois le régime de faveur écoulé ou concernant les revenus ne provenant pas des activités listées au sein de l'arrêté n°12/2010 du 7 janvier 2010, l'expatrié est imposé comme suit :

♦ Imposition des revenus (y compris ceux issus d'un trust en l'absence de ratification par le Portugal de la convention de

La Haye du 20 octobre 1984 et de régime fiscal dédié, excepté en Zone Libre de Madère) déclarés au barème, à un taux marginal de 48 % pour la tranche des revenus annuels excédant 80.000 €, auquel s'ajoutent diverses surtaxes extraordinaires depuis 2014 (3,5 % de l'ensemble des revenus, 2,5 % de la quote-part des revenus comprise entre 80.000 € et 250.000 €, et 5 % de la quote-part des revenus excédant 250.000 €) ;

Ce dispositif n'est pour le coup pas plus attractif que l'impôt français sur le revenu, sauf à résider aux Açores (auquel cas le taux marginal d'imposition sera de 37,2 % sur les revenus excédant 153.000 € ...) et/ou y faire échapper certains revenus via l'option pour les prélèvements forfaitaires libératoires.

♦ Imposition des dividendes (y compris ceux versés par une société française - art. 11 1. de la convention fiscale franco-portugaise - comme luxembourgeoise - art. 10 de la convention porto-luxembourgeoise du 25 mai 1999 en matière d'impôts sur le revenu et la fortune - à un résident portugais, leurs 2. autorisant cependant une retenue à la source par ces Etats de 15 % maximum) par voie de retenue à la source libératoire (sauf option contraire du contribuable qui ne sera en général pas à conseiller, en fonction de son niveau de fortune ...) au taux de 28 % ;

♦ Imposition des intérêts par voie de retenue à la source libératoire au taux de 28 %, étant ici observé que :

- les intérêts de comptes épargne-retraite inférieurs à 10.500 € ne sont pas imposables ;

- la quote-part imposable des sommes rachetées sur un contrat d'assurance-vie souscrit auprès d'une compagnie française ou luxembourgeoise, correspondant aux produits, est qualifiée, pour les besoins de la fiscalité internationale, d'« intérêts de créance » (pour la France : Rép. min. WEBER, JOAN du 6 mai 1991 p. 1812, QE n°38725 ; Rép. min. HAENEL, JOS du 9 juin 1994 p. 1428, QE n°05229). Or ceux-ci sont visés à l'art. 12 3. de la convention fiscale franco-portugaise (« revenus [...] de créances de toute nature ») et à l'art. 11 3. de la convention fiscale porto-luxembourgeoise, lesquelles concluent à l'imposition de ceux-ci dans l'Etat de résidence de leur destinataire (art. 12 1. et 11 1.), en l'occurrence le Portugal (lequel les exonère intégralement).

- Une retenue à la source française sur ceux provenant de débiteurs y domiciliés est autorisée par l'article 12. 2. de la convention fiscale franco-portugaise au taux maximal de 12 % voire 10 % en

matière d'obligations d'Etat (à titre de comparaison, aucune retenue à la source luxembourgeoise n'existe en matière d'assurance-vie ...).

L'expatrié veillera donc à « délocaliser » son assurance-vie au Luxembourg, en vue de la faire échapper à toute fiscalité. En outre, la pratique des fonds dédiés (en l'occurrence à cercle ultra-restreint de fait) autorise la transmission par ce biais de biens immobiliers.

- Dans le cas où l'expatrié souhaiterait se lancer dans des opérations de spéculation immobilière au Portugal (actuellement très à la mode en matière d'immobilier de loisir/touristique) : les plus-values immobilières (liées à l'aliénation d'immeubles ou de parts de sociétés à prépondérance immobilière situés au Portugal, celles afférentes à des biens français demeurant logiquement imposées en France au terme de l'art. 14 1. de la convention fiscale franco-portugaise) y sont imposées, après application d'un abattement de 50%, par voie de retenue à la source libératoire au taux de 25 % (donc *in fine* plus attractif que le taux français), après retraitement du prix d'acquisition au moyen de coefficients d'érosion monétaire au terme de 2 années de détention. La taxe foncière (IMI) sera imposée en avril voire septembre de l'année suivante à un taux allant de 0,3 % (immeubles neufs) à 0,8 % (zones rurales) de leur valeur locative cadastrale, soit un taux *a minima* 11 fois moins élevé qu'en France ...

- Imposition des plus-values de cession de valeurs mobilières (au Portugal, qu'il s'agisse de sociétés françaises - art. 14 3. de la convention fiscale franco-portugaise - ou luxembourgeoises - art. 13 4. de la convention fiscale porto-luxembourgeoise) par voie de retenue à la source libératoire au taux de 28 % au-delà de 500 €, appliqué sur le gain net réalisé en cours d'année. Les titres de micro-entreprises sont quant à eux exonérés à hauteur de 50 % de leur valeur.

8. IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS

Le résultat des entreprises portugaises (même détenues par des non résidents, en vertu de l'article 7 1. de la convention fiscale franco-portugaise) est logiquement imposé au Portugal, à un taux de 23 % (qui sera abaissé à 17-19 % en 2016 ...).

En outre, lorsque l'expatrié est chef d'entreprise, procède dans le même temps à la délocalisation de sa *holding* au Portugal et que :

- celle-ci ne procède pas immédiatement à la cession de ses filiales françaises, les bénéfices qui en sont tirés restent im-

posés en France en vertu de l'article 7 1. et 2. de la convention fiscale franco-portugaise ;

- celle-ci procède depuis le Portugal à la cession de ses filiales, la plus-value constatée en cette occasion sera imposable en France en vertu de l'article 14 2. de la convention fiscale franco-portugaise (le résultat du schéma est donc ici décevant au regard des possibilités qu'offrent la Belgique ou encore Hong Kong). Toutefois, la trésorerie ainsi dégagée engendrant à son tour une plus-value sur les titres de la *holding*, la cession de ceux-ci par l'expatrié dans le cadre d'une restructuration consécutive du groupe sera imposée au Portugal conformément à l'art. 14 3. de la convention fiscale franco-portugaise, tout comme sa rémunération éventuelle en qualité de dirigeant (art. 17 al. 1er de la convention fiscale franco-portugaise).

Les avantages procurés par les prix de transfert intra-groupe seront en revanche réintégrés au sein des bénéfices imposables de chacune des sociétés concernées (art. 9 des conventions fiscales franco-portugaise et porto-luxembourgeoise).

Les éventuelles doubles impositions résultant des développements précédents sont classiquement éliminées par voie de déduction de l'impôt portugais du montant acquitté en France dans la limite de la moins élevée des deux impositions (art. 24 2. de la convention franco-portugaise).

9. IMPOSITION DE LA FORTUNE

Il n'existe actuellement aucun impôt sur la fortune au Portugal.

10. IMPOSITION DES TRANSMISSIONS À TITRE GRATUIT

Les droits de donation et de succession ont été abolis au Portugal en 2003. Aussi, seuls des droits d'enregistrement (*imposto de selo*) à hauteur de 10 % subsistent en la matière, mais les transmissions en faveur des descendants en sont également exonérées (Cf. les réserves exprimées infra, n° 19 et 22).

II. LES CONSÉQUENCES DU DÉPART DE/EN FRANCE : "PARS VITE ET REVIENS TARD"

11. ENTRAVES DIVERSES

Quitter la France n'est évidemment pas neutre, y compris au plan fiscal ; c'est pourquoi cette décision sans appel doit être

murement réfléchi et relever davantage d'un projet de vie. Les conséquences en sont connues : déclenchement du dispositif d'exit tax posé à l'article 167 bis du Code Général des Impôts (A.), qui vise précisément à lutter contre l'expatriation précession des chefs d'entreprise ; application en toute hypothèse à partir de ce moment du régime spécifique aux non résidents fiscaux français (B.).

A. Exit tax

12. CHAMP D'APPLICATION

Le chef d'entreprise (futur) expatrié sera en effet visé par le dispositif en vigueur (art. 167 bis I-1. CGI), en sa qualité de contribuable :

♦ fiscalement domicilié en France, au sens de l'article 4 B du CGI, c'est-à-dire satisfaisant par hypothèse à l'un des critères alternatifs suivants :

- foyer en France en tant que lieu de résidence habituelle de celui-ci, de son conjoint et de ses enfants (centre des intérêts familiaux) ;
- lieu de séjour principal (majorité du temps passée en France) ;
- siège de l'activité économique principale exercée (ès qualité de dirigeant) ;
- centre de ses intérêts économiques (s'il tire de ses biens personnels et/ou de son entreprise établie en France, au sein de laquelle il a bien souvent beaucoup investi, la majeure partie de ses revenus).

♦ ... pendant au moins six années continues ou non au cours des dix dernières ;

♦ qui procède au transfert de son domicile fiscal (au sens de l'article 4 B) hors de France (en l'occurrence, au Portugal) ;

♦ et détenteur de droits sociaux :

- enregistrant des plus-values latentes (constatables suite à une cession) ;
- constituant une participation directe ou indirecte (*via* une *holding*, au *prorata*) d'au moins 50% dans les bénéfices sociaux d'une entreprise ; et/ou directe une ou plusieurs sociétés dont la valeur globale (cumulée) excède 800.000 € lors du transfert du domicile fiscal.

13. EFFETS

Le futur expatrié est en principe redevable, la veille de son départ, de cette taxation des plus-values latentes au barème progressif de l'Impôt sur le Revenu.

14. SURSIS DE PAIEMENT

Toutefois, procédant à un transfert de domicile fiscal vers un Etat membre de l'Union européenne comme de l'Espace Economique Européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative et d'assistance mutuelle en matière de recouvrement le 14 janvier 1971, celui-ci bénéficie de droit d'un sursis de paiement (art. 167 bis IV. CGI).

Les plus-values qui en font l'objet devront toutefois être déclarées l'année qui suit le départ sur un formulaire n°2074 ET D annexé à la déclaration de revenus d'ensemble, puis ensuite chaque année (art. 167 bis IX. CGI).

L'expatrié devra veiller, à partir de son transfert de domicile fiscal, à ne pas provoquer la survenance de l'un des événements suivants, susceptibles de mettre fin au sursis de paiement (art. 167 bis VII-1. CGI) :

- la cession des titres sociaux ;
- l'annulation ou le rachat par sa société de ses propres titres (ce cas de déchéance peut toutefois être ultérieurement contourné en appréhendant une partie du prix de cession de la filiale remonté au niveau de la *holding* via une réduction du capital de cette dernière par abaissement de la valeur nominale des parts) ;
- le non-respect des obligations déclaratives en l'absence de régularisation dans les trente jours suivant mise en demeure.

15. DÉGRÈVEMENTS POTENTIELS D'EXIT TAX

L'expatrié pourra en revanche toujours procéder librement à la donation (avant cession⁷) de ses titres à ses enfants en vue d'en purger la plus-value sans courir le risque de déchéance du sursis de paiement, s'agissant d'un transfert de domicile fiscal vers une Etat membre de l'Union européenne (CE, 8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, 12 juillet 2013, n°359994, « AUBE-MARTIN »).

En outre, si celui-ci venait à céder ses titres sociaux et à constater en cette occasion une réelle plus-value et si cette cession

⁷ en respectant les précautions d'usage en pareille matière ...

est imposable en France soit en application de l'article 244 bis B al. 1^{er} du CGI (une fois la personne du chef d'entreprise et/ou sa holding expatriées), soit en application de l'article 14 2. de la convention fiscale franco-portugaise (cession d'une filiale française par la *holding* transférée avec son dirigeant au Portugal), l'impôt sur les plus-values latentes sera dégrèvé, tant relativement à sa fraction excédentaire qu'au titre de l'élimination des doubles impositions d'exigibilité de l'*exit tax*, mais les prélèvements sociaux demeureront dans ce dernier cas dus.

En revanche, un dégrèvement total d'impôt sur le revenu et des prélèvements sociaux afférents à ces plus-values latentes pourra être obtenu en cas de conservation des parts de l'entreprise ou de sa *holding* pendant un délai de 15 ans à compter du transfert de domicile fiscal, de retour du domicile fiscal de l'expatrié en France ou de son décès (art. 167 bis VIII. et VIII. bis CGI).

B. Traitement fiscal des non résidents

16. NOUVEAU STATUT

Suite à son transfert de résidence fiscale, l'expatrié sera classiquement imposé en fonction du régime des non résidents sur tout bien ou source de revenus laissés en France (art. 4 A CGI).

17. IMPÔT SUR LE REVENU

L'imposition portera uniquement sur les revenus de source française (au sens de l'art. 164 B CGI, c'est-à-dire provenant de biens, droits ou activités localisés en France ; c'est ainsi que les revenus d'activité indépendante exercée par un résident portugais mais depuis une base fixe en France y seront imposés en vertu de l'art. 15 1. de la convention fiscale franco-portugaise, tout comme sa rémunération de dirigeant social, conformément à l'art. 17 de la convention fiscale franco-portugaise, qui supporteront une double imposition - cette circonstance encouragera l'expatrié-dirigeant à cesser toute activité professionnelle en France et à délocaliser ou céder en tout état de cause les entreprises qui s'y situeront) et s'effectuera :

- ♦ soit par voie déclarative, en ce qui concerne :
 - les revenus fonciers et BIC (en ce qui concerne les prélèvements sociaux : Cf. *infra*, n°21) si l'expatrié a conservé des biens donnés à bail en France, conformément à l'article 7 al. 1^{er} de la convention fiscale franco-portugaise (il encourt de ce fait

l'évaluation forfaitaire de l'article 164 C CGI) ;
 - les fractions des salaires, pensions et rentes viagères relevant de la retenue à la source au taux de 20 % (art. 197 B CGI) ;

- ♦ soit sous forme d'une retenue à la source, en ce qui concerne :

- les dividendes, tant que son entreprise ou sa *holding* n'auront pas été délocalisées et/ou ses filiales françaises cédées (art. 7 1. et 2. et 10 de la convention fiscale franco-portugaise) - dans la limite de 15 % de leur montant brut en vertu de l'article 11 1. à 4. de la convention fiscale franco-portugaise ;

- les plus-values immobilières à un taux de 19 % (art. 244 bis A CGI ; sans compter les prélèvements sociaux dont la légitimité est actuellement discutée par la Commission européenne : procédure EU Pilot 2013/4168 - Cf. *infra*, n°21), conformément à l'art. 14 1. de la convention fiscale franco-portugaise. L'expatrié perdra évidemment le bénéfice de l'exonération en cas de vente de sa résidence principale en France dans les 5 ans du départ contre celui d'un abattement égal à une quote-part de la plus-value limitée à 150.000 €, applicable avant l'abattement pour durée de détention (art. 150 U-II 2° CGI) ;

- les salaires, pensions et rentes viagères qui n'excèdent pas la limite supérieure de calcul de la retenue à la source au taux de 12 % (art. 197 B CGI) conformément aux articles 16 et 17 - en cas de gérance salariée et à charge d'élimination de l'éventuelle double imposition par voie de crédit d'impôt au Portugal en vertu de l'article 24 - de la convention fiscale franco-portugaise tant que l'entreprise ou la *holding* n'auront pas été délocalisées ou cédées).

Les retenues à la source seront ensuite déduites (art. 197 B CGI) de la base imposable déclarée sur laquelle sera appliqué, après prise en compte de la situation de famille (quotient familial - au cas où les éventuels enfants de l'expatrié seraient encore à sa charge, l'auraient suivi au Portugal ou/avant de s'expatrier à leur tour - Cf. *infra*, n°22 et s.), le barème progressif à un taux minimal de 20 % (art. 197 A CGI).

En outre, la déclaration 2042 NR devra être adressée par Lettre Recommandée avec Accusé de Réception en N+1, en

respectant les délais impartis aux résidents, au Service des Impôts des Particuliers non-résidents, situé à Noisy-le-Grand (93).

18. IMPÔT DE SOLIDARITÉ SUR LA FORTUNE

Si l'expatrié était encore domicilié en France au 1^{er} janvier de l'année de référence, il sera cette année encore (art. 885 A CGI), malgré son expatriation, redevable de l'Impôt de Solidarité sur la Fortune.

S'il est domicilié au Portugal le 1^{er} janvier de N+1 et les années suivantes, il ne sera en revanche plus imposable qu'au titre de ses biens demeurés en France (définis au terme de l'article 750 *ter* 2. CGI ; s'il y conserve des immeubles détenus directement ou par société interposée, seule la dette bancaire grevant le bien sera déductible), sachant que ses placements financiers (comptes de dépôts, éventuel compte courant d'associé détenu dans une société française, PEA et comptes-titres - à l'exception de ceux d'entreprises françaises qui représentent des participations supérieures à 10 % de leur capital social mais qui pourront en revanche être pris en compte pour l'application du régime mère-fille ; contrats d'assurance-vie et de capitalisation souscrits auprès de compagnies d'assurance établies en France) y seront exonérés (art. 885 L CGI, BOI-PAT-ISF-30-40-50-20130610).

L'éventuelle détention indirecte de biens immobiliers donnera en outre lieu à application d'une surtaxe annuelle de 3%, à moins qu'il ne déclare chaque année l'identité de ses associés (le couple et ses enfants par exemple) non-résidents (art. 990 D à F CGI).

Dernières particularités, le non-résident ne bénéficie logiquement pas de l'abattement applicable à la résidence principale ni du plafonnement de l'ISF⁸ (BOI-PAT-ISF-40-60-20140108).

19. DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

Une fois l'expatriation effectuée, la taxation au titre des droits de succession et donation dépendra, en l'absence de convention fiscale conclue en ce domaine entre le Portugal et la France, du lieu de résidence des héritiers/donataires lors de la survenance du fait générateur :

- ♦ Si les éventuels héritiers se sont à leur tour expatriés, seuls

les biens français (et ce quel que soit leur mode de détention pour l'immobilier - Cf. *supra*, n°9) concernés seront imposables à ce titre (art. 750 *ter* 2° CGI) ;

- ♦ Si l'un d'eux demeure en France, tous les biens à lui transmis, situés en France comme hors de France, seront imposables de ce chef, que leur transfert ait été constaté par un acte passé en France ou à l'étranger/Portugal (BOI-ENR-DMTG-10-10-30-20120912 § 350 et 360), à moins de prouver par écrit l'absence de domiciliation en France de celui-ci pendant au moins 6 ans au cours des 10 années précédant celle du fait générateur ... (art. 750 *ter* 3° CGI).

- ♦ Dans tous les cas, les biens français (et ce quel que soit leur mode de détention pour l'immobilier - Cf. *supra*, n°18) laissés et/ou transmis seront imposables en France à ce titre (art. 750 *ter* 2° CGI) ; y compris l'assurance-vie dont le prélèvement prévu par l'article 990 I CGI sera applicable dès lors que celle-ci aura été souscrite en France et pendant la période de résidence française du souscripteur/assuré, et que ce prélèvement *sui generis* n'est visé par aucune convention fiscale internationale.

Selon les cas, une déclaration de succession devra être dressée dans l'année du décès (art. 641 CGI) au Service des Impôts des Particuliers non-résidents, situé à Noisy-le-Grand (93), si le patrimoine successoral taxable excède 50.000 €.

III. LES CLÉS D'UNE EXPATRIATION « RÉUSSIE »

A. Précautions de base

20. ATTENTION AU DOMICILE FISCAL !

Afin de bénéficier des avantages fiscaux susmentionnés, encore faut-il que le futur ex-contribuable français prenne soin, tant dans l'organisation de son expatriation que par la suite :

- ♦ d'échapper à la définition du résident fiscal français posée à l'article 4 B du CGI (Cf. *supra*, n°12), ce qui conduit en général, pour davantage de sécurité, à la vente ou au congé de la résidence principale en France ;
- ♦ de satisfaire non seulement aux critères de résidence fiscale portugais (disposer de la propriété ou de la jouissance d'un logement ou résider au moins 183 jours par an au Portugal : art. 16 §1 et 2 CIRS), vérifiées le dernier jour de l'année civile ...

⁸ Sauf à se prévaloir de la qualité de non-résident Schumacker, ce qui serait selon les circonstances plus ou moins (retraité ...) malvenu eu égard aux incidences éventuelles sur la (re)qualification de sa résidence fiscale.

♦ mais aussi à ceux, plus exigeants, de l'article 4 2. de la convention fiscale franco-portugaise du 14 janvier 1971 en matière d'impôts sur le revenu (qui seront appliqués en cas de contentieux et/ou conflit de résidences) :

- foyer d'habitation permanent, c'est-à-dire un logement de toute forme tant qu'habitable ;
- constituant, en cas d'absence ou de conflit de foyers, le centre des intérêts vitaux de la personne (« liens personnels et économiques les plus étroits »), c'est-à-dire le siège d'administration de ses biens privés et professionnels (d'où la nécessité de délocaliser l'entreprise ou la *holding* ...), de sa vie courante (lieu des dépenses de première nécessité, d'immatriculation du véhicule automobile, de distribution du courrier, des abonnements, de redevance audiovisuelle, des comptes bancaires et de débit de carte bancaire, de télépéage ...) et sociale (famille nucléaire - d'où l'importance de procéder rapidement à l'expatriation des enfants, clubs sportifs, activités culturelles, inscription sur les listes électorales et consulaires ...) ;
- à défaut ou en cas de conflit, le lieu de séjour habituel (déterminé par comparaison de la durée annuelle globale de séjour dans chacun des deux Etats) ;
- encore à défaut, la nationalité du contribuable litigieux ;
- en cas de binationalité, sa résidence fiscale sera déterminée au terme d'une négociation entre les deux Etats en concurrence (le rapport de force poussera éventuellement le contribuable à abandonner ultérieurement la nationalité française au profit de la nationalité portugaise).

21. FORMALITÉS ADMINISTRATIVES DIVERSES

Dès avant son départ, le futur ex-contribuable devra veiller à obtenir une Carte Européenne d'Assurance Maladie (valable un an ; ne couvrant que la prise en charge des frais afférents aux prestations médicales dispensées au sein d'établissements publics, et ce dans la limite des standards portugais ...) en attendant son affiliation aux organismes de sécurité sociale portugais (ce qui lui permettrait d'échapper aux prélèvements sociaux dus en France à raison de ses éventuels revenus fonciers, plus-values immobilières, etc. à compter de son affiliation, à moins qu'il ne continue de percevoir des presta-

tions sociales de source française : tout dépendra des suites données par le législateur à CJUE, 1^{ère} ch., 26 février 2015, aff. C-623/13, « DE RUYTER ») et/ou la souscription d'une assurance santé internationale ...

Par ailleurs, il devra transférer et/ou clore au plus tard le jour du départ tous ses produits financiers réglementés en France, à l'exception de ses éventuels Livrets ordinaires, A, B, PEL et PEA (dont les titres sont exclus du champ d'application de *l'exit tax* et les retraits exonérés d'impôt sur le revenu et de prélèvements sociaux : BOI-RPPM-PVBMI-40-30-30-20-20130208 §75) et contrats d'assurance-vie (Cf. *supra*, n°7 et 19).

Enfin, ès qualité de non résident fiscal français, l'expatrié devra anticiper l'impact de son départ sur les dispositifs de défiscalisation immobilière auxquels il aura pu avoir souscrit et devra, selon les cas, reporter son projet d'expatriation jusqu'à leur terme ou en préparer sans attendre la sortie (en risquant au passage une remise en cause de l'avantage fiscal y afférent, même en cas de vente ou d'abaissement du loyer), sachant que :

- ♦ les non résidents sont éligibles aux dispositifs BESSON, BORLOO, DE ROBIEN et PERISSOL (BOI-RFPI-SPEC-20-10-10-20120912) ;
- ♦ les dispositifs CENSI-BOUVARD, DUFLLOT-PINEL, GIRARDIN (art. 199 *undecies* A CGI) et SCELLIER peuvent être conservés, mais leurs avantages fiscaux seront perdus ;
- ♦ les non résidents sont en principe inéligibles aux dispositifs MALRAUX (sauf recours aux SCPI pour Expatriés ...) et Monuments Historiques (BOI-IR-RICI-190-20120912), sous réserve des suites données à CAA Marseille, 7^{ème} ch., 21 avril 2015, n°13MA004737.

Pour se loger (à faible coût - son pouvoir d'achat sera en effet démultiplié au Portugal) ou s'il désire investir dans de l'immobilier de rapport (c'est-à-dire de loisir/touristique, actuellement très en vogue) au Portugal, il pourra dès avant son départ se tourner vers le principal intermédiaire portugais implanté en France, à savoir la succursale parisienne de la *Banco Comercial Português* (Groupe BPCE), en vue de l'obtention d'un financement dénué de toute garantie réelle en France, donc de lien de rattachement supplémentaire avec ce pays.

Dès qu'il sera installé au Portugal, l'expatrié devra en informer, par Lettre Recommandée avec Accusé de Réception, son Centre des Impôts, les organismes sociaux (CPAM notam-

ment), sa banque et sa compagnie d'assurance, leur communiquer sa nouvelle adresse et requérir l'envoi de toute correspondance à celle-ci (caractérisation d'un nouveau lieu d'administration des biens), en joignant à toutes fins utiles le certificat du déménageur.

B. Et les enfants dans tout cela ?

22. LA FAILLE

La présence éventuelle d'enfants constitue bien souvent un frein ou une cause potentielle d'échec du montage envisagé. Un frein en présence d'enfants mineurs qui devront, à peine de créer un conflit de résidence, suivre leurs deux parents à l'étranger et poursuivre leur scolarité au sein de collèges, lycées et universités français engorgés ...

Une cause potentielle d'échec partiel du montage (en matière de fiscalité de la transmission à titre gratuit) également en présence d'enfants majeurs durablement établis en France (Cf. *supra*, n°19). L'expatriation des jeunes adultes et/ou étudiants est en revanche envisageable voire souhaitable en vue, dans bien des cas, d'aboutir à une non imposition (sous réserve de ne transmettre ou ne laisser aucun bien dans l'Etat de résidence du bénéficiaire : pour la France, Cf. *supra*, n°19 *in fine*). La mode des destinations (spécialement universitaires) nord-américaines en fourni la parfaite illustration (1. et 2.).

1) Absence de taxation du côté portugais ...

23. ABSENCE DE CONVENTION FISCALE INTERNATIONALE

L'expatrié, potentiel donateur ou défunt, constitue désormais un résident fiscal portugais (sous réserve du respect des critères de résidence fiscale au sens de la législation portugaise et d'échapper à la définition du résident fiscal français : Cf. *supra*, n°12 et 20).

Le Portugal n'a à ce jour conclu aucune convention fiscale internationale en matière de droits de mutation à titre gratuit (seul un accord franco-portugais du 3 juin 1994 alignant les avantages fiscaux procurés par les dons et legs aux organismes publics peut être relevé). Chacun des ordres fiscaux en présence reconnaîtra donc - ou non - sa propre compétence et appliquera son dispositif national indépendamment des conséquences liées aux autres Etats concernés. Une double imposition en matière de droits de succession et donation pourrait ainsi être encourue, sans qu'aucun mécanisme ne puisse venir éviter sinon réduire ses effets ...

24. FISCALITÉ PERSONNELLE DU POTENTIEL DONATEUR/DE CUJUS

Toutefois, celle-ci n'aura pas lieu. En effet, les droits de donation et succession ont été abolis au Portugal en 2003. Seuls subsistent des droits d'enregistrement (*imposto de selo*), dont les transmissions en faveur des descendants sont exonérées (Cf. *supra*, n°10).

Les biens donnés/successoraux (y compris les contrats d'assurance-vie) situés au Portugal comme à l'étranger seront donc exonérés de droits de mutation à titre gratuit au Portugal.

2) ... comme du côté étatsunien ?

25. FISCALITÉ APPLICABLE AUX DONATAIRES/HÉRITIERS

Toutefois, cet ordre des choses n'est pas totalement satisfaisant, comme nous avons pu le voir à l'égard de la France (Cf. *supra* n°19). Il convient donc d'examiner ensuite la situation de chaque bénéficiaire de la transmission, réglée en fonction de son domicile fiscal (ce qui, pour le cas de la France, encourage également les enfants des expatriés à en faire de même lorsqu'ils le peuvent).

26. DOMICILIATION EFFECTIVE AUX USA

En l'absence de convention fiscale américano-portugaise en la matière et afin de se voir appliquer la fiscalité américaine des successions et libéralités, encore faut-il que l'héritier présumé prenne soin, tant dans l'organisation de son expatriation que par la suite :

- d'échapper à la définition du résident fiscal français posée à l'article 4 B du CGI (Cf. *supra*, n°12), ce qui conduit en général, pour davantage de sécurité, à la vente ou au congé de la résidence principale en France ;
- de satisfaire non seulement aux critères du domicile fiscal américain, c'est-à-dire l'établissement, même bref, aux Etats-Unis d'Amérique sans intention d'en repartir (déterminée à l'aide d'un faisceau d'indices : demande de visa, durée prégnante du séjour aux USA, lieu de situation et taille des logements, liens professionnels, familiaux, sociaux et religieux, testament rédigé aux USA ...) ...

⁹ Sources en langue française : Lamy Mobilité internationale - en langue anglaise : EY Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide 2014-2015 ; PwC Tax Guide 2014 ; KLUWER International Tax Law, 2014 ; www.irs.gov.

♦ mais aussi à ceux, plus exigeants, de l'article 4 2. de la convention fiscale franco-américaine du 24 novembre 1978 en matière de successions et donations (qui seront appliqués en cas de contentieux et/ou conflit de résidences) :

- foyer d'habitation permanent, c'est-à-dire un logement de toute forme tant qu'habitable ;

- constituant, en cas d'absence ou de conflit de foyers, le centre des intérêts vitaux de la personne (« liens personnels et économiques les plus étroits »), c'est-à-dire le siège d'administration de ses biens privés et professionnels, de sa vie courante (lieu des dépenses de première nécessité, d'immatriculation du véhicule automobile, de distribution du courrier, des abonnements, de redevance audiovisuelle, des comptes bancaires et de débit de carte bancaire, de télépéage ...) et sociale (famille nucléaire, clubs sportifs, activités culturelles, inscription sur les listes électorales et consulaires ...) ;

- à défaut ou en cas de conflit, le lieu de séjour habituel (déterminé par comparaison de la durée annuelle globale de séjour dans chacun des deux Etats) ;

- encore à défaut, la citoyenneté du contribuable litigieux ;

- en cas de bicitoyenneté, sa résidence fiscale sera déterminée au terme d'une négociation entre les deux Etats en concurrence (le rapport de force basculant en général au profit des Etats-Unis ...).

27. HORS CHAMP D'APPLICATION DES DROITS DE MUTATION À TITRE GRATUIT

Le potentiel donateur/*de cujus*, ès qualités de résident fiscal portugais et de national français (pour le moment), constitue un étranger non-résident des Etats-Unis (*non-resident alien of the U.S.*).

Or, et si aucun des biens donnés/successoraux ne se situe sur le sol américain, le redevable des droits de mutation à titre gratuit fédéraux comme locaux est le donateur/défunt (alors représenté par l'exécuteur testamentaire/administrateur successoral, l'impôt dû étant acquitté sur ce patrimoine) citoyen ou résident américain¹⁰.

La transmission ne sera donc pas non plus imposable dans ce cadre mais son bénéficiaire devra tout de même la déclarer (Form. 3520, « *Annual Return To Report Transactions With Foreign Trusts and Receipt of Certain Foreign Gifts* » ou Form 706-NA, « *U.S. Nonresident Alien Estate Tax Return* ») à l'Administration fiscale américaine (plus précisément à un service spécialisé de l'IRS basé à Cincinnati, Ohio¹¹).

Stephen OLIVIER



¹⁰ 2014 Instructions for Form. 709 United States Gift (and Generation-Skipping Transfer) Tax Return ; Publication 559 Cat. No. 15107U Survivors, Executors, and Administrators.

¹¹ Department of the Treasury, Internal Revenue Service Center, Cincinnati, OH 45999.

UINL PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES



Almudena Castro-Girona Martínez
Vicepresidente de la Comisión de Deontología Notarial (CDN)
Directora de la fundación Aequitas







UINL PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES



INTERVENCIÓN REALIZADA EN QUITO, EN EL CONSEJO GENERAL DE LA UINL

ALMUDENA CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ



Es clara la preocupación de los diferentes Estados y de los Organismos internacionales por la defensa y el respeto de los Derechos las personas en situación de vulnerabilidad, como son los menores, las personas mayores y las personas con discapacidad, así basta pensar:

En el Convenio sobre la protección internacional de los Adultos mayores del 2000 o la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999 sobre “Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados” donde se afirma que:

1º Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquéllas definir la selección de los medios elegidos.

2º La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

3º Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes.

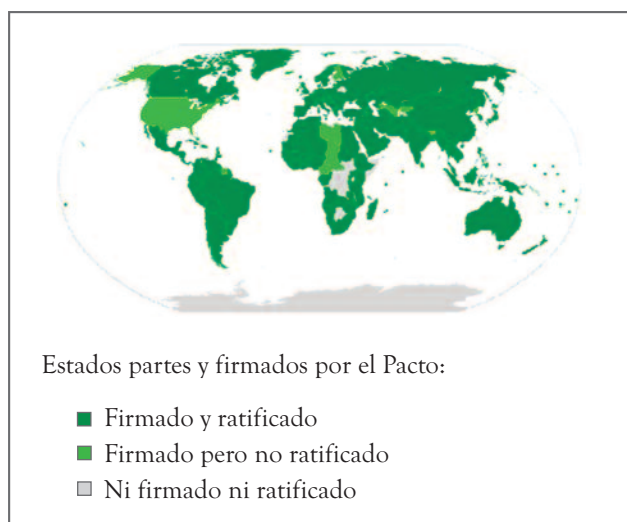
4º Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta y así como medidas que prevean la designación de más de un representante.

En la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012), la reciente firmada convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, de 2015 en vías de ratificación, o las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, a nivel mundial en la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 en vigor

desde el 3 de mayo de 2008 y ratificada por más de 160 países, de los cuales casi 90 han ratificado su protocolo facultativo.

La Convención está supervisada por el Comité de Expertos de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que puede sancionar a los Estados por incumplimiento de las obligaciones que emanan del tratado.

Fue Ratificada por la UE por lo que la Convención pasa a formar parte del Cuerpo legislativo de la Unión en enero de 2011.



No podemos hacer aquí un análisis exhaustivo de la convención, si bien hemos de señalar que su artículo uno señala que el propósito de la convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente.”

Sus principios fundamentales revisten vital importancia y vienen a ser proclamados por el artículo 3, de entre los que en el análisis de este tema cabe mencionar el respeto de la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

El artículo ocho se refiere a lo que ella misma denomina “Toma de conciencia “sobre la discapacidad, traduciéndolo en obligaciones para los Estados Partes, ya que estos se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes.

Especial mención merece el tema de la capacidad jurídica y la tradicionalmente llamada capacidad de obrar y en concreto el artículo 12, cuestión que fue objeto de arduos debates en

el proceso de elaboración del texto de la Convención que finalmente se aprobó. Destacan los apartados tercero y cuarto, que imponen a los estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo en el EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA bajo los principios del párrafo cuarto y el control de una autoridad u órgano judicial:

“Artículo 12. ...

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”

La preocupación por la mejora del marco normativo de las personas en situación de vulnerabilidad es mundial.

Por todo lo expuesto y Considerando:

1. Que los sistemas de guarda y protección de nuestras legislaciones no brindan una solución jurídica adecuada a la sociedad del siglo XXI.

2. Que se impone a los Estados la obligación reformar sus legislaciones pues los tradicionales sistemas basados en la “sustitución” de la persona, debe dar paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas que recoge la Convención y que aboga por un sistema de “apoyo” en el ejercicio de la capacidad jurídica y el respeto a la autonomía.

2. Que la respuesta jurídica de nuestras legislaciones ha de ser diferente según el colectivo al que van dirigidas dada la diversidad dentro de las personas en situación de vulnerabilidad.

3. Que la tónica general del Derecho Privado, hasta el siglo XX, ha sido la de buscar la protección del discapaz. Con carácter general y dejando a un lado algunas reformas recientes, el derecho civil centra su normativa en este campo en la guarda y custodia de la persona y bienes del “incapacitado” a través del organismo tutelar o de la patria potestad prorrogada. Y esta protección sólo se dispensa al incapacitado, es decir no a la persona con discapacidad sino al declarado judicialmente como tal.

4. Que la preocupación del legislador privado se centra en la protección pero no en la integración ni el desarrollo personal de la persona con discapacidad en la sociedad.

5. Que se actúa como si, en general, las personas con discapacidad formaran un colectivo homogéneo, como si todas las personas que padecen alguna limitación, especialmente intelectual, precisaran del mismo trato. Se utiliza la expresión plena capacidad, que se tiene o no se tiene, cuando en realidad debería atenderse a la idea de la “capacidad suficiente” para cada caso. El concepto social de la discapacidad, entendida como limitación, debe transformarse en concepto jurídico, en el sentido de forma especial de ejercer la capacidad.

6. Que es obligación de los Estados promover los instrumentos jurídicos necesarios que doten de medios a la persona vulnerable para que ella misma pueda actuar desde su libertad y autonomía de la voluntad y en este ámbito la institución notarial es una pieza esencial.

7. Que las estructuras familiares hoy en día son diversas nos sólo por las situaciones de crisis familiares sino también por la necesidad de buscar mejores oportunidades en lugares lejanos lo que provoca conflictos de leyes a nivel nacional y que el conocimiento del derecho extranjero se haya convertido en primordial en nuestra función diaria.

8. Que la sociedad actual sufre un cambio demográfico claro que tiende al envejecimiento de toda la población.

9. Que dentro de ese concepto de autoridad del artículo 12 tenemos a la institución del notariado latino germánico, autoridad pública que ejerce su función por delegación del Estado controlando la legalidad de los actos y contratos que autoriza gozando los mismos de fuerza ejecutiva y probatoria y dotando de seguridad jurídica a las relaciones personales, económicas, patrimoniales y sociales en las que interviene.

10. Que en el juicio notarial de capacidad influirán no sólo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también el princi-

pio general del derecho de mayor interés de la persona con discapacidad y cuya apreciación deberá efectuar el notario conforme al principio de control de legalidad que preside la actuación notarial cumpliendo con los principios consagrados en el artículo 12.4.

11. Que para ello el notario como autoridad goza de una posición privilegiada por varios motivos: el conocimiento de la realidad social y económica de la persona de que se trate, de su situación familiar, la proximidad al caso concreto a valorar, su relación de confianza con las personas que reclaman su actuación y, lo que es más, su decisión queda limitada al caso concreto que en cada momento se plantea, rodeada de unos parámetros que le son conocidos y, por tanto, más fáciles de evaluar.

Por todo ello el notariado como colectivo, a nivel Nacional, Supranacional e Internacional debe dar respuesta a esta demanda social por lo que

PROPONEMOS:

Que se analice el impacto de la Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad en la actividad notarial por lo que sería conveniente:

1. Contactar con el Comité de Seguimiento de la Convención de Naciones Unidas a fin de dar a conocer al notariado como "autoridad" del artículo 12 que garantiza el ejercicio de la capacidad jurídica y el papel crucial que entiendo el Notariado, en cuanto garante al mismo tiempo de la legalidad, de la seguridad y de la autonomía de la voluntad en el ámbito de su actuación está obligado a desempeñar.

2. Promover estudios de derecho comparado que permitan el intercambio de experiencias entre los diferentes notariados para poner en común los supuestos de flexibilización progresiva del sistema de las instituciones de guarda y protección que existen en cada legislación. Uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la Convención es que no existe ninguna legislación adaptada en su totalidad, solo existen ejemplos puntuales en los diferentes países. Estos estudios deberían generar propuestas concretas por parte del notariado para la adaptación de las legislaciones nacionales así como publicaciones, jornadas, simposios etc.

3. Promover la creación de una página Web que informe a los ciudadanos sobre los instrumentos nacionales de protección contribuyendo así a la toma de conciencia que impone el artículo 8.

4. Promover la unificación de las reglas de conflicto de leyes a nivel internacional en relación con el derecho de familia, el estado civil, la capacidad, la representación, las instituciones guarda y protección.

5. Promover como sugieren las Reglas de Brasilia respecto a las personas con discapacidad la utilización de los sistemas de Arbitraje y Mediación como fórmula de resolución de los conflictos jurídicos en los que tengan que intervenir las personas con discapacidad.

6. Promocionar la relación con los diferentes operadores jurídicos relacionados con la vulnerabilidad como magistrados, ministerio público o ministerio fiscal o abogados.

7. Promover la elaboración de proyectos de ley orientados a adaptar la legislación interna a los instrumentos internacionales. Esto implica una tarea compleja y delicada de reforma legislativa que exige ir paso a paso. El proceso que puede darse desde el ámbito internacional al nacional debería ser el siguiente:

- ♦ Acuerdo sobre los objetivos a lograr, partiendo de que todas las personas son iguales, con los mismos derechos, pero que para la efectividad de su reconocimiento y ejercicio hace falta la adopción de medidas desiguales.
- ♦ Examen de las legislaciones actuales.
- ♦ Detectar las lagunas y las insuficiencias de las legislaciones vigentes.
- ♦ Elaborar propuestas de reforma.

8. Promover estudios que analicen las reformas necesarias en lo relativo a: la capacidad jurídica y de obrar; las instituciones de guarda y protección; el ejercicio de derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad; los mecanismos jurídico-privados de protección patrimonial de las personas con discapacidad; una mayor flexibilidad del Derecho sucesorio, en concreto en las legítimas etc.

9. Promover la regulación de instrumentos notariales que den respuesta jurídica a los distintos colectivos como menores de edad, mayores con discapacidad congénita, mayores con discapacidad sobrevenida, configurando al notario como la autoridad que ejerce la salvaguardia de la que habla el artículo 12.

10. Promover en relación con los menores de edad:

a) La regulación notarial de mecanismos voluntarios de delegación de la facultad de guarda o de representación del menor en el ejercicio de determinados actos o contratos cuando se produce una situación de separación de sus padres por razones de necesidad o fuerza mayor (laborales, familia-

res,...) o los convenios notariales acordados por mutuo acuerdo por los padres en caso de crisis familiar.

b) El reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los padres en el diseño de las instituciones de guarda y protección para sus hijos en caso de fallecimiento de ambos progenitores, como ocurre en la legislación española.

c) El reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los padres en el diseño de los administradores patrimoniales de bienes en las atribuciones a título gratuito excluidos de la representación paterna y materna y la posibilidad de introducir mecanismos alternativos no judiciales de control como consentimientos de familiares como ocurre en algunas legislaciones.

d) La flexibilización tanto de los supuestos en que los padres requieren autorización judicial para actuar en nombre del menor, introduciendo autorizaciones o cautelas alternativas, por ejemplo consentimientos de familiares, como del procedimiento y requisitos exigibles para obtener tal autorización cuando sea precisa.

11. Promover respecto de los menores en los que por concurrir en ellos una causa de discapacidad, es previsible que necesiten un sistema de apoyos más perdurable en el tiempo que permita además el desarrollo de su autonomía en la medida de sus capacidades:

a) La regulación de distintos instrumentos judiciales y notariales de provisión de apoyos:

1. para evaluar la capacidad de decidir de la persona respecto de actos concretos.

2. para una evaluación general para la determinación de apoyos en el ejercicio de la capacidad para los casos más severos o complejos.

3. la creación de instrumentos notariales de determinación de apoyos similar a los mandatos de protección futura en relación con los hijos del derecho Francés

b) Una flexibilización del derecho de sucesiones, en concreto de las legítimas.

12. Promover para las personas mayores de edad que, en previsión de una incapacidad futura, quieren organizar los mecanismos de protección:

a) el respeto de las decisiones adoptadas y en el no cuestionamiento de los sistemas de autoprotección diseñados por

el individuo así como en el establecimiento de mecanismos de control voluntarios que impidan los posibles abusos como mandatos de protección futura, poderes preventivos, autotutela.

b) establecer mecanismos puntuales que permitan la intervención jurídica requerida sin necesidad de incapacitación pero con la debida seguridad jurídica cuando el mayor se encuentra en un entorno "seguro" como la guarda de hecho con reconocimiento jurídico o la intervención puntual como medidas cautelares de un defensor judicial o el consentimiento previsto para la disposición de bienes gananciales cuando uno de los cónyuges se encontrara impedido para prestar el consentimiento, mecanismos que mediante un proceso de jurisdicción voluntaria evitan poner en marcha mecanismos más agresivos que en nada mejoran la vida de nuestros mayores.

13. Promover estudios que demuestren que la intervención notarial en el modelo de apoyos implica un menor coste social, económico y de litigiosidad.



Almudena Castro-Girona Martínez



LIMA, PERÚ. 10 A12 DE OCTUBRE DE 2013

PREMIO DUCRET



XXVII
CONGRESO
INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO



TEMA I

*Reflexiones del Notariado sobre el
derecho de Familia y sucesiones
frente a las nuevas relaciones sociales*



TEMA II

*Seguridad del mercado inmobiliario: la
necesidad de instrumentos de regulación*



PONENCIA GANADORA

DELEGACIÓN ARGENTINA

Nos complacemos en informar que la ponencia argentina “La seguridad jurídica del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación”, coordinada por el notario Eduardo Gabriel Clusellas y entre cuyos autores se encuentran las colegas de nuestra demarcación, escribanas Ana Lía Díaz Prandi, Águeda Crespo y Susana Bonanno, obtuvo el Premio Internacional André Ducret, del Consejo Permanente de la UINL, a la mejor contribución científica en cada uno de los congresos internacionales.





PONENCIA GANADORA: DELEGACIÓN ARGENTINA

TEMA II: LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL MERCADO INMOBILIARIO. LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN

COORDINADOR INTERNACIONAL

Fernando Trueba Buenfil

COORDINADOR ARGENTINO

Eduardo Gabriel Clusellas



AUTORES Y COLABORADORES

Susana M. Bonanno

Jorge R. Causse

Eduardo Gabriel Clusellas

Fátima L. Cosso

Águeda L. Crespo

Graciela Curuchelar

Juan Carlos Dallaglio

Ana Lía Díaz Prandi

Zulma A. Dodda

Carmen Silvia Magri

María Laura Rey

Carlos Agustín Sáenz

Gastón Augusto Zavala

INTRODUCCIÓN

El dinamismo del mercado inmobiliario y el escenario de reciente crisis internacional vuelven a presentar a la seguridad jurídica, como un tema de gran actualidad.

La problemática no es nueva y ha sido abordada desde distintos enfoques en anteriores congresos Internacionales e Iberoamericanos, y las conclusiones han sido similares, destacando *“la seguridad jurídica como un valor esencial para las comunidades en general y para el tráfico inmobiliario en especial, rescatando el valor económico que la seguridad jurídica genera en la economía”*¹. En similar sentido, se concluyó que *“la apetecida seguridad, sólo se logra en el mayor grado, mediante la prestación de la función notarial de tipo latino que cubre todo el negocio jurídico causal de transmisión de inmuebles, desde el previo asesoramiento a las partes acerca del medio jurídico más adecuado para los fines que se persiguen, la imparcial mediación para resolver las*

¹ Conclusiones de las XV Jornadas Notariales Iberoamericanas, Tema II, “Calificación y principio de legalidad”, Madrid 2012.

*discrepancias de detalle, la interpretación en incluso el alumbramiento de su voluntad empírica y su traducción jurídica, la calificación del negocio y su ajustamiento a derecho*².

Se enmarca en nuestro contexto local dentro de un escenario de reforma integral de la legislación civil y comercial, debido al proyecto recientemente enviado por el Poder Ejecutivo nacional al congreso para su análisis.

Este trabajo, pretende rescatar el lugar activo que el notariado debe ocupar en pos de alcanzar la seguridad jurídica, pero teniendo en cuenta la especial relación de ésta en función del mercado inmobiliario, que como todo mercado tiene sus reglas y requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios.

El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible adecuar la profesión a los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias exigen. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia, y la seguridad jurídica, aportan un valor no sólo apreciable jurídicamente, sino que representa además un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliario.

El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas, y la seguridad jurídica, resultan elementos sustanciales para la prosecución de la paz social.

En este sentido, resulta fundamental la intervención notarial para proteger e impulsar los planes de escrituración de viviendas sociales, la titulación de quienes solo poseen posesiones prolongadas, y facilitar e intervenir activamente en el mercado inmobiliario, acompañando el desarrollo de nuevas alternativas negociales, eliminando incertidumbres e iniquidades contractuales, y desempeñando un rol activo en el desarrollo del mercado inmobiliario.

Este trabajo lo hemos desarrollado, acompañando el programa de abordaje planteado por la coordinación internacional y teniendo en cuenta los distintos pilares sobre los que se apoya la seguridad jurídica inmobiliaria.

En el **Capítulo I** haremos especial referencia al análisis de los distintos factores que resultan necesarios para fundar a la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo, basada fundamentalmente en el principio de legalidad, rescatando la importancia de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo,

en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común, en la búsqueda de su lógica consecuencia que es la de dotar de certeza a los contratantes, una baja en el nivel de conflictividad, agilidad y economía en las transacciones. Este sendero resulta para el derecho, para el mercado y para los consumidores mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

La circulación de los bienes en un mercado inmobiliario resultará más seguro y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial. Esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa del notario aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad a la instrumentación del documento idóneo y certero, actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia (intención de compra o inversión) hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento con vocación registral que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real. Eslabones que en su conjunto conforman un férreo perímetro de seguridad jurídica.

En el **Capítulo II** abordaremos el rol del notario como pilar, garante y en gran parte responsable de la seguridad jurídica en el mercado inmobiliario, enmarcada en el contexto internacional y en el local, con especial referencia a su participación en la crisis global.

Resaltaremos las importantes funciones notariales complementarias a la seguridad jurídica considerada en su sentido lato, y su constante interrelación con los organismos públicos, desarrollando una multifacética función como agente de información de los organismos impositivos y retención de los diversos tributos y de colaborador en la lucha contra el lavado de dinero. También la ampliación de incumbencias como colaborador en tareas de control ambiental y de cumplimiento de normas urbanísticas.

En el **Capítulo III** resaltaremos la importancia y trascendencia del documento notarial en las transacciones inmobiliarias, su fuerza probatoria, y la presunción de veracidad, y su consecuente incidencia en el mercado inmobiliario y en la circulación internacional de documentos.

En el **Capítulo IV** describiremos las características del derecho de propiedad desde la visión constitucional, y las consecuencias que una adecuada normativa produce en la obtención de la seguridad jurídica, con la especial referencia al análisis de un proyecto de reforma integral de los códigos civil y comercial que el poder ejecutivo nacional envió recientemente al Congreso de la Nación para su tratamiento. Este proyecto, de convertirse en ley, será la primera reforma inte-

² Conclusiones del XIV Congreso Internac. del Notariado, Guatemala 1977.

CAPÍTULO I

LA SEGURIDAD JURÍDICA

I.1. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO VALOR FUNDAMENTAL

Las relaciones jurídico-patrimoniales presentan una vasta problemática en la dinámica comercial y jurídica de cada país y de cada región, producto de la incidencia de múltiples factores, en especial cuando se refiere a la contratación de bienes raíces (la categorización de los derechos reales y personales, el acceso al crédito, la influencia de la forma en los negocios jurídicos, la necesidad de la inscripción registral de los títulos para conferirles publicidad, etc.).

La seguridad del derecho es un principio romano, basado en la idea de que toda modificación desfavorable del contenido de un derecho subjetivo no puede llevarse a cabo sin el consentimiento de su titular (*nemo dat cuam non habet*). Este principio se correlaciona con la actividad judicial que dirige mediante su intervención todo derecho controvertido y protege los derechos particulares de los miembros de la sociedad.

La sociedad argentina de manera constante y cada vez con mayor autoridad, formula reclamos amparada en los principios de libertad y seguridad, de ahí que el derecho sea más que nunca un sistema de seguridad que garantiza la libertad del hombre. Como lo sostiene José María Chico y Ortiz³, seguridad y libertad son los dos ejes vitales del derecho; ambos conceptos compatibles entre sí, ya que quien demanda libertad, pide seguridad que la garantice.

El derecho tiene por cometido que las relaciones humanas se desarrollen en paz y armonía, con justicia y tendiendo al bien común. Vallet de Goytisolo destaca que el *fin* del derecho es la justicia, su *objeto*, la conducta social y la *pauta* que ayuda para lograrlo la constituyen las normas jurídicas⁴. Esa conducta social, reglada por el derecho, puede desarrollarse en la normalidad, con o sin contienda, en situación de controversia e incluso en una clara transgresión jurídica.

³ Chico y Ortiz, José María. "El principio de seguridad jurídica". Disertación pronunciada el 25 de noviembre de 1981 en el panel sobre "Integridad de la fe pública registral y los terceros adquirentes de buena fe", sesión del Ateneo Hispano - Rioplatense de Derecho Registral, realizado en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Revista Notarial 860, año 1982, pág. 75. La Plata (Bs. As.).

⁴ Vallet de Goytisolo, Juan B. "La función notarial de tipo latino", Conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Brasilia el 8 de abril de 1978 durante el V Encuentro Notarial Brasileño. Publicado en Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1978; y en la obra "Deontología Notarial", pág. 451, publicada por el Consejo General del Notariado Español, bajo la dirección de Juan Francisco Delgado de Miguel. Madrid.

gral, luego de más de cien años de reformas parciales y de la sanción de leyes especiales, adecuando las normas al avance de conceptos jurídicos modernos. En este sentido el proyecto recoge las nuevas modalidades de la propiedad de los conjuntos inmobiliarios, legislando sobre la instrumentación de clubes de campo, barrios cerrados, countries, cementerios privados, tiempo compartido, centros comerciales y parques industriales, incorporándolos en la legislación de fondo.

En el **Capítulo V** trataremos el sistema registral argentino con las particularidades que le son propias y lo distinguen de los restantes sistemas registrales que utilizan los países miembros del notariado latino. Este sistema ha aportado una trazabilidad procedimental, certeza y seguridad, que dan como resultado una muy baja tasa de conflictividad jurisdiccional dotando al sistema de un régimen donde los tiempos negociales que requiere el mercado inmobiliario transcurren con absoluta seguridad, debido al régimen de prioridades establecido por las normas que fundamentan el sistema.

Describiremos aquí la problemática planteada por la extensión de la apertura registral a la posibilidad de inscribir instrumentos privados que contengan boletos de compra-venta, con la posibilidad de traba de medidas cautelares, y los eventuales conflictos que esto produciría en los registros de la propiedad locales que hasta ahora no lo receptaban. Destacaremos los avances tecnológicos e informáticos incorporados al proceso inscriptorio y a los trámites pre y post escriturarios.

En el **Capítulo VI** haremos una breve descripción de la situación del mercado inmobiliario en la Argentina y de las oscilaciones y problemáticas a las que se sometió en los últimos tiempos. Destacaremos el rol del notario local, y la importancia de contribuir activamente en el mercado, como impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia, y la seguridad jurídica; remarcando el rol del notario en procesos de titulación masiva, de escrituración de planes sociales, y mediación; todo lo que lo posiciona como un profesional destacado para contribuir a la paz social. Resaltaremos la necesidad de contar normas claras en el mercado inmobiliario que regulen las conductas de los habitantes del país para que puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos.



Dada la amplitud del ordenamiento, la complejidad de sus normas, la interacción y la importancia de los intereses en juego, la necesidad de mantener la paz social y de conferir seguridad jurídica a los actos, el derecho organiza instituciones para que, considerando esas circunstancias y atendiendo esos fines, intervengan en la formalización de tales actos y efectúen el control de su legalidad.

Rodríguez Adrados clasifica la seguridad jurídica en tres órdenes: a) la seguridad jurídica como certeza del derecho objetivo (principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas y de irretroactividad de las disposiciones indicadas); b) la seguridad jurídica en la aplicación de las normas (y consiguiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos); y c) la seguridad jurídica, en el sentido de responsabilidad subsidiaria (seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica). El citado autor encaja la función notarial latina en el segundo de estos grupos, donde ésta tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda⁵.

Se puede enumerar una serie de órganos e instituciones con funciones que brindan seguridad jurídica como los órganos del poder judicial (jueces, fiscales, secretarios, etc.), el notariado, los registros públicos (de las personas, de la propiedad inmueble, automotor, de buques y aeronaves, entre otros), y aquellos funcionarios de la administración del Estado que previenen o repelen diversas circunstancias que pueden afectar a derechos o personas.

En el ámbito jurídico, la salud social, no sólo se mantiene con medidas contenciosas o represivas, o tratando de solucionar los conflictos planteados, para lo cual existen los tribunales de justicia. Se debe procurar que éstos no se produzcan y que las relaciones sociales se desenvuelvan normalmente dentro de un orden jurídico justo. Para ello es preciso promover y favorecer ese ordenado desenvolvimiento mediante una adecuada profilaxis jurídica.

Entre la vida negocial y la seguridad jurídica existe una fluida interacción. Sin vida negocial sana no existe seguridad jurídica y sin seguridad jurídica no puede desarrollarse saludablemente una vida negocial próspera. La vida negocial sana requiere ajustarse a derecho y la seguridad de que se cumplirá en forma correcta lo dispuesto o convenido⁶.

I.2. NECESIDAD DE LA CERTEZA Y SEGURIDAD JURÍDICA

Los objetivos principales que han tratado y tratan de cubrirse en esta materia son el encuadre normativo de las disposiciones de voluntad y de los contratos; y la certeza de que lo dispuesto o convenido logre una permanencia que alcance fielmente más allá de la memoria humana.

A fin de cumplir estos objetivos se ha previsto la intervención de un tercero imparcial que vele por ellos y la utilización de la escritura para perpetuar la fiel representación de lo dispuesto o concertado. Lo que concluye ineludiblemente en el documento y su autor.

El *iter* negocial y documental hacia el grado máximo de certeza y donde la seguridad jurídica se encuentra protegida en su expresión superior es disímil y con efectos notablemente diferenciados, según cuál sea el soporte en el que se formalice y la cualidad que caracterice al autor.

a) En la base del esquema piramidal negocial, se encuentran los documentos redactados por un particular -no profesional- sin testigos o con testigos no cualificados que no aseguren ni su redacción ni regularidad, ni doten de autenticidad a las firmas de los sujetos del negocio instrumentado aunque testimonien su otorgamiento; los documentos privados.

b) En un grado más elevado, desde el punto de vista testimonial, ubicamos a los documentos del punto precedente, con la particularidad de que las firmas estén certificadas por un testigo en ejercicio de una función pública. Mientras que en cuanto a su grafía dinámica -en este segundo rango- podemos diferenciarlos según hayan sido redactados por un profesional reconocido para ejercer la configuración negocial pero sin ejercer la función pública autenticadora.⁷

c) Si a ese documento redactado por un profesional reconocido para la función redactora se le agrega la certificación de la firma de los sujetos del negocio por parte de otro profesional en ejercicio de la función pública autenticadora, ese documento será poseedor de una mayor certeza tanto en su grafía como en su autoría.

d) Mientras que en el rango máximo que se puede lograr para

⁵ Rodríguez Adrados, Antonio: "La función notarial y los principios y valores constitucionales". Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del "Simposio Notarial 83", en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona 15 de octubre de 1983. Publ. "Escritos Jurídicos", T. II, pág. 165. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

⁶ Vallet de Goytisolo, Juan B. Ob. cit., "La función...", pág. 452.

⁷ Aquí no hay un tercero imparcial -como es el notario de tipo latino- que asegure la legalidad sustantiva del negocio y su adecuación al derecho positivo. Quien certifica las firmas (aún cuando sea un notario) no asume esa responsabilidad, ni la de la autoría del instrumento.

reflejar o representar la intención de los sujetos negociales y la concreción, se encuentran los documentos configurados por un notario que controlará el otorgamiento de los requisitos, la inserción de sus firmas y autorizará el acto.

Los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) se refieren a instrumentos privados, mientras que el caso que se presenta en el último inciso, alude a los instrumentos públicos, específicamente a la escritura pública, que es la obra de arte por excelencia que puede producir un notario del originariamente denominado *tipo latino*.

I.3. LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL NOTARIADO LATINO

Como principio básico, la seguridad sólo puede nacer del Estado, como realizador del derecho para sus ciudadanos, pues es él quien delega en determinados funcionarios u oficiales públicos la dación de fe pública, colocando su firma y sello y brindando la autenticidad y verdad oficiales.

La doctrina notarialista ha demostrado que la actividad notarial es desprendimiento de lo que antes fue actividad jurisdiccional y argumenta que el mismo continúa y ha de continuar hasta que todo lo que hoy se estima como actividad de la denominada *jurisdicción voluntaria* se incorpore al quehacer notarial; tal como se evidencia en el estudio comparativo de las legislaciones de los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado⁸.

El escribano debe abstenerse de intervenir cuando las circunstancias denoten una situación contenciosa en la relación entre los interesados y su conciliación o reconciliación una utopía negocial. O bien, cuando pese a haberse iniciado la actuación notarial en un marco de uniformidad de voluntades, con posterioridad surgiera algún conflicto o cuestiones controvertidas que alteraren sustancialmente el marco fáctico originario, debiendo entonces desistir de la prosecución de su actuación para dar inicio a la intervención del órgano judicial.

La competencia del notario en los actos o procesos no contenciosos no sustituye ni desplaza al magistrado, sino que lo libera de quehaceres, que por no ser cuestiones jurisdiccionales deben pasar a otro órgano comprobador, calificador y legitimador como lo es el escribano de registro.

Oportuno es el paralelismo expuesto por Jorge Alterini en la mesa redonda de apertura de la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, desarrollada el 14 y 15 de septiembre de 2006 -jurista que ejerció la judicatura en el fuero civil durante casi cuatro décadas-, quien concluyó su disertación con una contundente frase que sintetiza el sentido de sus argumentos y apreciaciones, “*si hay escribano, el juez está en vano*”⁹.

Expone Highton, magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son propios de la fe pública notarial los actos que producen relaciones jurídicas entre los particulares en la órbita de la normalidad. La fijación de los derechos de los particulares, su fuerza probatoria y autenticidad, la seguridad que de ellos emerge, su invulnerabilidad, su ministerio de paz, de limpieza jurídica, constituyen sin duda el mejor fundamento de la fe notarial. Mas el notario no sólo es depositario de la fe pública. También es receptor de disposiciones, trasladándolas al papel que las encierra, poniendo a los intervinientes al corriente de las obligaciones que contraen, en un asesoramiento jurídico preventivo, como consultor y consejero jurídico debe prever contingencias y prevenir conflictos que se puedan presentar¹⁰.

El documento notarial goza de mayor jerarquía, diferenciándose, no sólo de los documentos privados, sino también de otros documentos públicos, por el rigor y la formalización que se exige para su configuración¹¹. En lo sustancial, esto se basa en el análisis e interpretación de la voluntad del otorgante, la deliberación del acto o negocio más conveniente, el empleo de expresiones adecuadas, técnica y gramaticalmente correctas con contenido y terminología asequible para el otorgante y comprensible para el común denominador de la sociedad, controlando e impidiendo que se documenten exteriorizaciones de voluntades ilícitas, apresuradas o defectuosas. En lo formal, la mayor jerarquía pregonada se la otorga la determinación del formato del instrumento, su soporte en papel sellado, su inclusión foliada en el protocolo, su matricidad, así como las demás formalidades y operaciones de ejercicio que acompañan al otorgamiento y su autorización, lectura, testigos -en su caso-, firma o modo de suplir la imposibilidad de estamparla -por no saber o no poder.

El notario de tipo latino ejerce un rol protagónico e indelegable durante las audiencias preliminares a la celebración del negocio y a la configuración del documento, las que confi-

⁸ Conf. Pondé, Eduardo Bautista. “Labor coordinativa sobre el notariado y la jurisdicción voluntaria”. Ponencia al Tercer Punto del Temario del Congreso Internacional del Notariado. México, 1965.

⁹ Recuérdese el adagio español atribuido a Joaquín Costa Martínez: “a notaría abierta, juzgado cerrado”.

¹⁰ Highton, Elena I. “El escribano como tercero neutral”, Revista del Notariado 850. Bs. As. 1997, pág. 95.

¹¹ El documento privado es, en principio, la nada documental; un documento privado produce desde luego los efectos negociales correspondientes, pero documentalmente no producirá efectos probatorios, ni entre los que lo hubieran suscripto y sus causahabientes, hasta que no haya sido reconocido legalmente. Conf. Rodríguez Adrados, Antonio: “El documento notarial y la seguridad jurídica”, pág. 111. “Escritos Jurídicos”. Vol. III. Edit. Colegios Notariales de España. 1996.

guran las bases del acto. Allí el notario indaga e interpreta la voluntad de las partes, calificándola dentro del marco legal adecuado, analiza la capacidad necesaria o suficiente para el otorgamiento del negocio pretendido¹², adecuándolo a las formas jurídicas apropiadas; brinda un asesoramiento integral acerca de las conveniencias e inconveniencias que podrían devengarse frente a la contratación anhelada.

Todo a partir de la verificación de que el consentimiento *-co sentir-* del otorgante, sea libremente exteriorizado en su presencia.

El notario desarrolla su actuación en la esfera de la normalidad del derecho, en forma simultánea o posterior al acuerdo de voluntades de los requirentes del servicio fedatario, ante la solicitud que pretende una instrumentación adecuada.

García Goyena, al referirse a la función notarial y considerarla verdadera justicia reguladora, llegó a manifestar que a pesar de ser el ordenador por excelencia de las relaciones privadas, por su trascendencia e importancia social “*es casi más bien derecho público*”.

El notario es un profesional o licenciado del derecho, independiente e imparcial, con conocimientos teóricos y prácticos probados a cargo de una función pública y con una específica responsabilidad administrativa, civil y penal a partir de su labor. En la República Argentina cada notario se encuentra nucleado por un ente o corporación, denominado Colegio Notarial o de Escribanos, instituciones mayoritariamente creadas por ley, quienes inspeccionan la tarea de sus miembros además de brindarles las herramientas adecuadas para su capacitación y actualización periódica; además del contralor que ejerce el Estado provincial (poder público), titular de los Registros Notariales en los que se desarrolla la función pública fedante.

Los colegios de notarios o escribanos junto con el poder judicial, cuidan la disciplina y el correcto, fiel y honesto ejercicio de la delicadísima función que brinda un servicio público ejercido en forma privada. Ese adecuado funcionamiento requiere de ciertas condiciones que se deben promover y estimular:

- Lograr una adecuada selección de los notarios, considerando su moralidad y su capacitación técnico profesional.

- Una precisa determinación del número de notarios en cada

localidad o demarcación para la eficaz prestación del servicio, teniendo en cuenta el tráfico jurídico y el crecimiento poblacional.

- Que el ejercicio esté adecuadamente delimitado por una legislación y reglamentación apropiada, que fije responsabilidades y estructure los órganos competentes para velar por la disciplina y calificación profesional, y un Tribunal colegiado integrado por pares que evalúe las faltas de ética.

La actuación del notario es sustantiva, crea una realidad, el documento y colabora a la creación de su contenido, el acto o el negocio; tiene pues, una tarea constructora, directiva de la vida jurídica; y si su labor produce seguridad es como consecuencia de los rigurosos presupuestos de su actuación *-seguridad documental-* y de la obra bien hecha, que no es otra cosa que la seguridad sustancial¹³. La escritura pública, que es su género más destacado, empieza por un acta, por una narración efectuada por el notario de los hechos que él mismo realiza o que tienen lugar en su presencia y percibe por sus sentidos: la autoría del documento y su fecha, la autoría y el texto de las declaraciones, el otorgamiento y la autorización del documento, etc. Es ese esqueleto de “*autenticidad*” donde se insertan las declaraciones de ciencia o de voluntad, los actos y los contratos, arropados por una serie de calificaciones y de juicios del notario que producen una presunción *iuris tantum* de validez y de legalidad.

Rodríguez Adrados agrega que no puede olvidarse la contribución del notariado a los valores superiores del ordenamiento jurídico, y en especial, a la libertad y a la justicia. El notariado se desarrolla en un clima de libertad y la fomenta. La libre elección del notario es presupuesto del libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos civiles, que el instrumento potencia e incluso prolonga en el espacio y en el tiempo. También colabora a la implantación de la justicia, porque con los medios no coactivos de que dispone, el notario procura que quede perfilado en el documento que autoriza un negocio equitativo, en la medida de lo posible; y no sólo por razones de seguridad *-derivada-* sino de justicia¹⁴.

Los efectos del documento notarial, base de la seguridad jurídica que proporciona, no son una concesión graciosa del legislador, sino una mera consecuencia del constante cumplimiento de las exigencias de su actuación: intermediación del

¹² En múltiples ocasiones el negocio que en definitiva se celebra es distinto del que originariamente pensaban realizar los requirentes, por adecuarse a la esencia de sus intenciones o finalidades.

¹³ Rodríguez Adrados, Antonio. “El documento notarial y la seguridad jurídica”, conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 29 de marzo de 1984. Publicada en “Escritos Jurídicos”, T. III, pág. 132. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

¹⁴ Rodríguez Adrados, Antonio. “La función notarial y los principios y valores constitucionales”. Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del “Simposio Notarial 83”, en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona, 15 de octubre de 1983. Publicado en “Escritos Jurídicos”, T. II, pág. 163. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

notario a los hechos que narra en el documento, asesoramiento imparcial, control de legalidad, de legitimación, etc. La Ley no hace otra cosa que reconocer una eficacia que la sociedad le ha concedido.

I.4. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO ELEMENTO INDISPENSABLE PARA EL DESARROLLO DEL MERCADO INMOBILIARIO Y LA COMPETITIVIDAD DE UN PAÍS

El derecho patrimonial comprende la atribución de bienes económicos a una persona; es decir, la atribución jurídica de la propiedad y demás derechos sobre las cosas; las transacciones que para ello tienen que realizarse, se vincula con la idea del tráfico jurídico (intercambio de bienes y de servicios).

De esta manera el derecho se fracciona; de un lado se agrupan las normas y principios que sistematizan todo lo relacionado con las obligaciones y los contratos (derecho de las obligaciones); y por separado se regulan los derechos reales o de las cosas: en primer lugar la propiedad, luego los derechos reales limitativos o sobre cosa ajena.

A esto se agrega la necesidad de que estos derechos reales sean conocidos por la generalidad, para lo cual se organiza un sistema de publicidad que da origen al derecho inmobiliario registral.

Pero si bien es cierto que esta división normativa responde a importantes concepciones doctrinales y tiene señalado valor didáctico, no es menos cierto que en la realidad jurídica los derechos reales se adquieren o se constituyen como consecuencia natural de procesos que tienen su origen en relaciones obligacionales por lo general de naturaleza contractual. Esa secuencia temporal sucesiva que va de la relación obligacional a la configuración del derecho real se cumple, en la gran mayoría de los casos, sin que los sujetos negociales lleguen a advertir las diferencias conceptuales antes anotadas, lo que pone de manifiesto la indisoluble unidad que tienen las relaciones jurídicas patrimoniales.¹⁵

El mercado inmobiliario de la República Argentina, de manera similar a lo que acontece en el mercado de bienes raíces de cualquier país que cuente con una economía dinámica y liberal -acepción amplia del concepto-, es pasible de una serie de vicisitudes y factores que exceden al análisis y predicciones

exhaustivas de una determinada disciplina o ciencia.

Observamos por ejemplo cómo usualmente el acceso al dominio de un bien inmueble se encuentra limitado a un sector de la población poseedor de un determinado poder adquisitivo; existiendo una franja importante y mayoritaria de la sociedad, que para acceder no sólo al dominio de una finca sino básicamente a la compra de su vivienda, debe necesariamente acudir al crédito, a la financiación, y eso consecuentemente agrega factores de riesgo al mercado inmobiliario desde sus distintas aristas.¹⁶

La circulación de los bienes, el derecho de propiedad en su expresión de la adquisición dominial y demás derechos reales, la protección de la seguridad del tráfico inmobiliario y de la persona en su integridad patrimonial, cuentan en nuestro país con la intervención notarial, en cada una de las etapas que se producen en una operatoria de bienes raíces. (Conf. art. 1184 inc. 1 del Código Civil, art. 27 inc. 3 Ley G 4193 de la Provincia de Río Negro).

El legislador ha acentuado la prevalencia de la tutela de los derechos subjetivos, del patrimonio de cada individuo integrante de la sociedad en su conjunto, como la seguridad del tráfico, al imponer la intervención necesaria de uno de sus delegados, de un profesional del derecho -de carácter privado- pero a cargo de una función pública, como lo es el notario, asignándole diversas atribuciones que se plasman y concretan en distintos estadios que van desde la interpretación de la voluntad del interesado, hasta su configuración y adecuación a una figura contractual, la certeza del acto representada por la concreta instrumentación del negocio en la forma legal determinada, para concluir con el reflejo registral, en todas sus variantes, desde su publicidad noticia o meramente informativa hasta la eficacia ofensiva de los asientos y los medios publicitarios previstos.

La máxima expresión de la intervención notarial, está dada por su reflejo documental, esto es la escritura pública¹⁷, por la seguridad que da al documento el oficial público autorizante, su conformación, por la cultura jurídica de su autor, su investidura y responsabilidad, la autenticación y autenticidad de lo que ha sucedido en el acto y ante él o que ha cumplido personalmente, la declaración de conocer a las partes, la justificación mediante documento de identidad, su juicio de capacidad, etc., lo convierten en un partícipe no sólo ne-

¹⁵ Falbo, Miguel Norberto. "La seguridad jurídica en la constitución de los derechos reales". Revista del Notariado 777, pág. 767.

¹⁶ Recuérdese que al derecho registral, originariamente se lo denominó derecho hipotecario -y así continua llamándose en distintos países porque tenía por objeto el registro de las hipotecas, cuyo clandestinismo afectaba el crédito proveniente de terceros. Conf. Fontbona, Francisco, I.J. - García Coni, Raúl R. "La seguridad del Mercado de hipotecas frente a los sistemas registrales de América Latina. ¿Dinero contra inscripción o dinero contra negocio?". Revista del Notariado 718, 01/01/1971, pág. 1425.

¹⁷ El documento privado, por regla general es extraño al control profesional. El manto protector -o salvador- que pretendió asignársele a través del seguro de títulos, no representó el remedio anhelado, el cual no intentó en ningún momento proteger el acto o asignar seguridad al negocio, sino meramente su anhelo se reducía a un resarcimiento económico. Cómo decía Alterini, "si alguien se muere, lo indemnizamos. No tratamos de que no se muera; preparamos todo para darle un entierro de lujo..., con los pésames más formales". El seguro de títulos, sólo intentó reemplazar la seguridad jurídica por una seguridad de tipo económico.

cesario, sino principalmente conveniente.

Tal es la importancia de esta función fedante, que la redacción originaria dada al actual art. 1184 del Código Civil, estableció que *“Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1º. Los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;... 7º. Los poderes... para administrar bienes y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8º. Las transacciones sobre bienes inmuebles...”*. Este precepto fue atemperado por el legislador de 1968, al eliminar la dura sanción de la invalidez sacramental del acto, ante la omisión de la formal instrumental.¹⁸

Así el notario recoge las declaraciones negociales de los otorgantes, conformándolas a derecho y dándoles autenticidad. Es el momento de conexión del asesoramiento previo con la redacción del documento. Califica la legalidad del negocio documentado, dándole presunción de legitimidad y validez. Verifica la identidad de los sujetos. La realidad física de la presencia de personas, cosas y valores que se le exhiben.

El notario de tipo latino, examina los títulos que invoca el sujeto que realiza el negocio dispositivo. Verifica su capacidad jurídica y natural, así como si se encuentra legitimado para intervenir en el acto y ejercer el poder de disposición. Dili-genciará las certificaciones registrales respectivas y concluirá en la lectura del texto escrito en el protocolo, grafía que será consentida por los requirentes del servicio notarial con el otorgamiento y firma del documento en su presencia, audiencia pública que concluirá formalmente con la autorización del acto.

Corresponde complementar esta actuación protocolar y dispositiva, con el tenor dado por la Ley 17.711 al art. 2505 del Código Civil y a los arts. 2 y 3 de la Ley 17.801 -ambas del año 1968-, en los que se recepta la inscripción en el registro inmobiliario de los respectivos títulos con efectos declarativos, aclarándose que las adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas¹⁹.

Especifica el art. 2º de la Ley 17.801 que se inscribirán o ano-

tarán, los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales; siempre que estén constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente correspon-da. Igualmente prevé que para casos de excepción establecidos por ley, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

A partir de este tamiz documental, las leyes orgánicas sancio-nadas por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, complementan este resultado documental, asignándole al notario una serie de conductas o actividades a las que debe su-jetarse para desarrollar una función diligente.

Esta prieta síntesis evidencia un elemento fundamental para el usuario del servicio que habitualmente desconoce el derecho, que encuentra nucleado en un profesional imparcial, un asesoramiento y una actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia (intención de compra o inversión) hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real²⁰.

Aquellos países que asignan al notariado un rol protagónico en la intermediación inmobiliaria tienen garantizada una serie de beneficios no sólo para su población sino también para el erario público, ya que facilita el acceso a la información y al asesoramiento, evita el la producción de perjuicios no sólo entre las partes sino hacia terceros, contribuye a la recaudación de impuestos para distintos estamentos del Estado (local, provincial y nacional), contribuye a la circulación de los bienes, aporta datos relevantes para las estadísticas del mercado y economía de una región y del país, a la publicidad y la circulación de los bienes; todo bajo el manto de su reserva profesional, la celeridad en su actuación y la seguridad del negocio.

Alterini recuerda otra lúcida expresión de Carnelutti, quien

¹⁸ En nuestro derecho positivo, la escritura tiene que escribirse en los libros de protocolo como requisito de validez (arts. 979 inc. 1º, 998 y 1005). El protocolo no se forma con las escrituras matrices que a él se incorporan, sino que hay protocolo (hojas de papel especial de actuación notarial, numeradas y foliadas) antes de que haya escrituras. Esta sola circunstancia ofrece una seguridad jurídica inicial que no puede tener ningún instrumento privado en orden a su adulteración, destrucción, pérdida y posibilidades de reproducción.

¹⁹ En nuestro país, mientras no hubo necesidad de inscribir los títulos de dominio en el Registro de la Propiedad, porque no lo requería la legislación vigente, ni el Código Civil en su texto original, la adquisición de la propiedad inmueble y los derechos reales limitativos que podían constituirse (ex-

cepto la hipoteca) eran oponibles a terceros, desde que se exteriorizaban mediante el ejercicio de la posesión (recibida por el acto jurídico de la tradición) y la exhibición del título adquisitivo (generalmente escritura pública), como consecuencia de la fe pública (o plena fe) del instrumento auténtico (y sus notas de exactitud e integridad) que, precisamente, lo hacen oponible a terceros (doctrina de los arts. 993 a 996 y 1194 Código Civil). Conf. Falbo, Miguel Norberto, ob. cit.

²⁰ Corresponde también tener presente que en el acto transmissivo de la legislación argentina, existen dos etapas complementarias entre las cuales media un intervalo azaroso para el derecho real que se pretende constituir, ni el título notarial ni la inscripción por sí solos, tienen fuerza constitutiva bastante para determinar su perfección.

decía que la mejor versión del escribano es la de intérprete, la de traductor de los hechos al derecho. El “*transducere*” sería perfectamente aplicable al notario: ligar el hecho con el derecho y, de esa manera, el notario se constituye en custodio del derecho. Según Carnelutti, el notario es el guardián, y si es guardián del derecho, es máximo guardián de la seguridad jurídica, en lo que coadyuva, colabora, el registrador.²¹

En este sentido, el sistema registral inmobiliario argentino y la técnica de registración adoptada, aporta otro elemento fundamental a la esfera perimetral de la seguridad jurídica. La publicidad formal, dada por la certificación registral, producirá los efectos de anotación preventiva en favor de quien requiera, en plazo legal, la inscripción registral del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado (art. 25, segunda parte de la Ley 17.801). Aquí la certificación no es sólo un medio de publicidad formal. A ello se añade una suerte de publicidad material o sustantiva desde que, aún antes de que se otorgue el negocio dispositivo, se lo documente en forma auténtica y se presente el título para su inscripción en el Registro, el adquirente del derecho cuenta con una reserva de prioridad indirecta basada en la certificación, que da seguridad jurídica al tráfico inmobiliario en el momento dinámico de la formalización del negocio por el que se transmite, constituye, modifica un derecho real, pues le acuerda oponibilidad frente a terceros, con efecto retroactivo, siempre que el proceso inscriptorio se realice dentro de los plazos legales que se cuentan a partir del momento de presentación de la escritura (arts. 5°, 17 y 24 de la Ley).

Por último, si bien la inscripción del título en el Registro no subsana los defectos que pudiere tener, ni lo convalida en caso de nulidad (art. 4° Ley 17.801), le confiere, en cambio, publicidad y oponibilidad frente a terceros (art. 2505 Código Civil y art. 2° ley 17.801), con lo que quedan aseguradas en gran medida -suficiente para la preservación de los derechos del titular- la pacífica realización del derecho y la paz social, como lo demuestran los datos que recogen la experiencia y la confianza que los particulares conceden a la actuación del notario y a la protección registral.²²

Como lo destacan Fontbona y García Coni, “la seguridad jurídica es única. No existe seguridad cara o barata. Entre papel documento privado e instrumento público, existe una distancia abismal. Los principios de exactitud, integridad y sobre todo de legitimación, entre otros, no juegan en manera alguna en el simple papel o el documento privado. La diferencia es a todas luces evidente”.²³

Como corolario, corresponde sintetizar que la circulación de los bienes en el mercado inmobiliario será más segura y efi-

caz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial y esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa de un notario aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad negocial a la instrumentación del documento idóneo y certero que garantice la adquisición dominial, la documentación de las obligaciones y el crédito y el reflejo registral en aras de la protección de la sociedad en su conjunto.

Vemos así, un doble aporte de la función notarial al mercado inmobiliario, uno subjetivo y otro objetivo. El primero brindado por el profesional del derecho, cumpliendo un rol protagónico en cumplimiento de los deberes estipulados en las leyes orgánicas de cada Estado local, mientras que el aporte restante, está dado por el documento notarial, fuente en la actualidad de fe pública.

CAPÍTULO II

EL NOTARIO

II.1. SU FUNCIÓN COMO PROFESIONAL DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La función notarial tiene por objeto brindar a la sociedad, seguridad jurídica.

“El fenómeno notarial encuentra su razón de ser en la naturaleza social del hombre y nace como respuesta a la ancestral necesidad de certeza, previsión y estabilidad, es decir de seguridad jurídica que la comunidad requiere”.²⁴

El notario es sinónimo de confianza, de prevención de conflictos, de confidencialidad, de objetividad, es la figura de equilibrio en las negociaciones por su imparcialidad. Denominado por los economistas como “gate keeper” de las relaciones jurídicas, es un vasto conocedor del derecho positivo aplicable, obtenido mediante una exigente y continua formación desde que es aspirante a notario.

Su actuación otorga un valor agregado a la instrumentación negocial, porque el notario no sólo redacta un instrumento que refleja la voluntad de las partes enmarcada dentro del orden jurídico, sino que ese documento pasa a ser eficaz, cubierto de autenticidad fedante, con valor probatorio “erga omnes”, y que se guardará y conservará para siempre.

El iter que el notario efectúa para ejercer su función desde el momento en que es requerido su servicio hasta instrumentar la voluntad de cada otorgante puede sintetizarse de la siguiente forma:

²¹ Alterini, Jorge Horacio. “La seguridad jurídica. Notariado y registros”. Temas doctrinarios 2, 2007, 01/01/2007, 53. L.L.O.

²² Falbo, Miguel N. Opus. cit.

²³ Fontbona, Francisco I. J. – García Coni, Raúl R. Opus. cit.

²⁴ Ponencia Argentina, XXVI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Marrakech, Marruecos, en octubre de 2010.

1. Legalidad: el notario, tiene la obligación de instrumentar todos los actos y contratos dentro del marco de la Constitución y el ordenamiento jurídico del país. Les confiere validez a todos los instrumentos públicos que de él emanen en ejercicio de su función.

2. Rogación: el notario no actúa de oficio, debe ser requerido por las partes, en forma inequívoca, sin formalismos pero de manera tal que si se pusiera esa rogación en tela de juicio debería ser posible su prueba.

3- Calificación: para poder ser el intérprete de las voluntades de las partes, el notario debe conocer cuál es el fin teleológico que persiguen, qué es lo que quieren, cómo y cuándo, y debe traducirlo, volcándolo en la esfera de lo jurídico y asegurando su eficacia.

4. Legitimación: a fin de brindarle eficacia a su documento público, el notario debe tener en cuenta elementos subjetivos (capacidad de los intervinientes, representación) y objetivos (títulos, estudio de antecedentes, certificaciones registrales, informes administrativos y reportes tributarios).

5. Instrumentación: para documentar los actos jurídicos, el notario los encuadra dentro del marco legal y decide qué tipo de instrumento redactará, configurando su “opus”, esencia de su función, que por génesis es auténtico “erga omnes”.

6- Autenticación: el notario es el autor cierto y calificado del que emanan documentos públicos imbuidos de presunción de legalidad y exactitud de contenido, que sólo pueden ser redargüidos de falsedad en sede judicial en cuanto a los hechos percibidos directamente por él de “visu et de auditu suis sensibus” (hacen a la inmediatez de las percepciones) y a aquellos que no presencia pero le constan de ciencia propia o por declaraciones de otorgantes u otras pruebas.

7- Autorización: una vez redactado, leído el documento y suscripto por otorgantes y testigos, si los hubiere, el notario firma y nace en ese momento el documento público notarial, que conlleva fuerza probatoria y ejecutiva.

8- Conservación: es deber del escribano conservar y custodiar en perfecto estado la documentación que compone el protocolo, mientras se encuentre en su poder. Esta obligación es consecuencia del principio de matricidad, los instrumentos originales deben ser guardados hasta que pasen a manos de los archivos respectivos.

II.2. SU APOORTE AL MERCADO INMOBILIARIO

El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica. Para ello, tiene que dictar normas claras que regulen las conductas de los habitantes del país. Pero si las leyes se multiplican, son taxativas y no establecen pautas generales, es probable que no exista seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica tampoco habrá inversiones ni un mercado con libre oferta y demanda.

En nuestro país, con algunos marcos confusos, con panoramas futuros poco prometedores, y aún con la economía frenada, sigue siendo el notariado argentino una de las instituciones más confiables para la población.

“El Estado debe ofrecer medios aptos para que las personas puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos, ya que de lo contrario, no se tratará de un Estado moderno y democrático. Y la exigencia de la seguridad en las transacciones manda que en la sociedad de hoy sea imprescindible la existencia de un notariado debidamente integrado”.

“El notario tiene el cometido de la autenticación, base de la confianza. El derecho exige certeza en cuanto a comportamientos de trascendencia jurídica y el sistema recurre a la fe pública, que es la fe impuesta por el legislador en la veracidad del comportamiento que se pretende tutelar.

La ley reviste al documento notarial de la eficacia probatoria del instrumento público, y esta circunstancia incide sobre el ánimo colectivo para que la aseveración del escribano sea calificada.

Culmina con una función de conservación. El documento público notarial constituye la corporización de una asistencia jurídica, adaptada al objetivo de materializar la justicia, incontestabilidad y pacificación en las relaciones entre las personas, en **una real expresión de la administración de justicia preventiva**”.²⁵

En Argentina, según encuestas realizadas, la población comprendió que donde interviene el notario se reduce la posibilidad de conflicto, y acude en forma creciente a las notarías buscando asesoramiento. Es importante el rol notarial en el marco de un mercado de cambios complejo, que dificulta acordar la moneda de pago, para la búsqueda de alternativas que faciliten la contratación inmobiliaria.

Como las crisis económicas son cíclicas, tenemos que ser proactivos y profundizar nuestro conocimiento a fin de asesorar a la población y aguzar nuestro sentido para ampliar nuestro marco de incumbencias, sin minimizar la contribución que el notariado efectúa en la prevención de litigios cuando interviene en la confección de documentos.

²⁵ Highton, Elena I. “El Escribano como tercero neutral”. En Revista del Notariado 896, año CXII. Abril /junio 2009. Pág. 89).

Sabemos que la seguridad jurídica va de la mano del sistema del notariado latino, cuyo documento tiene un valor agregado dada su autenticidad, certeza y permanencia.

Además “El sistema del notariado latino desde un punto de vista estrictamente económico ofrece las siguientes ventajas:

a) La reunión de diferentes actividades en una sola y misma figura (lo que algunos economistas han llamado el ‘multiproducto notarial’) supone necesariamente una reducción de costes. Pero además sus beneficios trascienden a las partes del negocio para favorecer a los terceros en general, son las llamadas ‘externalidades positivas’.

b) El asesoramiento por parte de juristas calificados, y sobre todo, independientes e imparciales reduce la litigiosidad, y además los efectos atribuidos al documento facilitan la prueba en juicio lo cual es indudablemente un factor de reducción de costes.

c) La estructura en la que se apoya la función notarial es especialmente eficiente, aún siendo pública se ejerce encuadrada dentro del marco de una profesión liberal. La función notarial requiere el ejercicio de actividades anteriores a la de la propia autenticación, entre las cuales se destacan la adecuación de voluntades y la mediación entre las partes, la redacción del documento, todas actividades privadas, no solamente por su propia naturaleza, sino también por el carácter privado de los intereses a los que sirven. Esta estructura reduce costos del Estado cuando organiza el servicio de seguridad jurídica preventiva puesto que todo el peso del costo de organización de estos servicios recae sobre la propia estructura notarial y no sobre el Estado directamente, sobre quien sí recae exclusivamente el control, la selección y la determinación del régimen general del notariado.

d) Conectado a un sistema de registro de publicidad, el sistema de seguridad jurídica preventiva basado en la existencia de un documento público notarial, proporciona una seguridad aún mayor puesto que la autenticidad del documento que accede al registro permite que sea auténtica y cierta la información que el registro publica”.²⁶

Derecho comparado: algunos países como *Francia*, han logrado dimensionar la importancia del notariado en el mercado inmobiliario y se le reconoce una participación activa en la negociación. Es un accesorio de su actividad principal. La participación notarial está estrechamente ligada a la instrumentación de manifestaciones de la voluntad, esta instrumentación está destinada a producir efectos contractuales.

La negociación inmobiliaria, por su parte está indisolublemente asociada al dominio consensual del mundo de los contratos, competencia directa de los notarios. No nos referimos al ejercicio del comercio, actividad prohibida para los notarios. En el caso francés se reglamentó el ejercicio de la actividad notarial inmobiliaria, reconociéndole las siguientes características:

- ♦ Es una actividad tradicionalmente notarial.
- ♦ Es una actividad accesorial a la principal
- ♦ Se debe priorizar el respeto a la ética y a la deontología inherente a la calidad de oficial público.
- ♦ Es necesario utilizar un mandato escrito (o autorización de venta) de los vendedores con duración razonable.
- ♦ Se prohíbe hacer publicidad en general y dedicarse personalmente a la comercialización.
- ♦ El ejercicio de esta actividad debe ser dentro de la notaría.
- ♦ Todos los notarios que ejercen la actividad inmobiliaria - dentro de las condiciones descritas- pueden ser agrupados y supervisados por los Colegios de Escribanos.

La razón esencial planteada en Francia fue el interés social, y se diferenció del ejercicio de la actividad inmobiliaria ejercida por sectores interesados sólo en el aspecto económico de la misma.

En *Italia*, se consideró la obligatoriedad de la recepción de la voluntad de los contratantes en la actividad inmobiliaria, ante notario, en exclusiva defensa de las partes intervinientes en el acto.



El notariado francés creó la VNI (Venta Notarial Interactiva), que funciona eficazmente y permite encontrar en internet publicaciones sobre venta de inmuebles, realizada por los mismos interesados. Esto permite al vendedor evaluar las distintas ofertas que recaen sobre su propiedad.

Ofrece un medio fiable, moderno, simple, que sólo permite la recepción de ofertas de manera transparente. Una vez aceptada la oferta, las partes se contactan con el notario designado al efecto para instrumentar el negocio. En estos casos existe una participación activa de los Colegios Notariales en la actividad inmobiliaria. Este valor agregado a la actividad inmobiliaria redundará en beneficios para la comunidad.

²⁶ “El Notariado Latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones”. Esc. Rosana A. Gimeno. Revista del Notariado 896, abril/junio 2009. Pág. 207 y siguientes.

II.3. LA FUNCIÓN NOTARIAL GENERADORA DE CONFIANZA SOCIAL, SU CONTRIBUCIÓN AL DESARROLLO JURÍDICO Y AL DESARROLLO ECONÓMICO SUSTENTABLE

La función notarial, generadora de confianza social es protagonista del desarrollo jurídico de la comunidad. La intervención notarial reduce la litigiosidad y en pos de un desarrollo jurídico sustentable, como modo de mejorar la calidad de vida y de preservar el medio ambiente, mediante el documento notarial y su publicidad cartular brinda datos relativos a determinadas condiciones de los inmuebles.

El notario contempla no sólo los aspectos económicos y jurídicos, sino también sociales y ambientales. En el marco de la seguridad jurídica que emana de la intervención notarial, es innegable la importancia de la información que éste brinda en base a datos relativos a determinadas restricciones, beneficios o limitaciones y que perdurarán en el documento notarial, tales como la pertenencia del inmueble a zonas de Patrimonio Histórico, a ejecuciones urbanísticas, a restricciones en la propiedad horizontal.

Los nuevos desafíos como el futuro de la provisión de agua potable y el de los glaciares, el destino de las reservas de agua, la explotación minera indiscriminada, son temas que requieren profundización.

La participación notarial en cuestiones de derecho ambiental y de urbanismo, como en la intervención en contratos de explotación agrícola o mineros es indispensable. El asesoramiento cabal y la información a las partes firmantes de los contratos en cuestión, sobre las consecuencias inmediatas y mediatas de los mismos, deben contener datos sobre el desarrollo sustentable de las mismas. Es un compromiso social asumido por la institución notarial que ha comenzado en los países más desarrollados y se está extendiendo al resto del mundo. Es el desafío de este siglo.

“El notario, en el ejercicio de una función pública, y por su relación con organismos públicos y privados, tiene la posibilidad de relacionarse con cada uno de los recursos que integran el medio ambiente. Conoce de las restricciones y límites al dominio; tiene posibilidad de realizar constataciones; complementa su trabajo con peritos para verificar la degradación, agotamiento y erosión del suelo, la contaminación del aire y el agua. Se encuentra capacitado para intervenir complementariamente en los procesos de zonificación, urbanización, en la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para la apertura, clausura o cierre de una planta de tratamiento de residuos o la radicación o funcionamiento de una industria”.²⁷

La Ley 25.675 de noviembre de 2002, declara al ambiente un bien jurídicamente protegido y establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Establece los objetivos a seguir a fin de preservar, conservar, mejorar y recuperar los recursos ambientales para tener una mejor calidad de vida, para nosotros y para las generaciones futuras.

La Ley General del Ambiente (Ley 25.675) en su artículo 8 se refiere al ordenamiento ambiental del territorio, que tiene como fin organizar el uso del territorio de acuerdo con el interés general y el destino del suelo. Los llamados “clubes de campo” o “countries” y “barrios cerrados”, son un ejemplo de urbanización y han tenido un amplio desarrollo, especialmente en la Provincia de Buenos Aires, y a falta de legislación específica en el derecho de fondo, fueron regulados por la Ley 8912, de ordenamiento territorial y uso del suelo, dictada en el año 1977; la que permite autorizar los planos de división de la tierra por el régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, o la utilización de la servidumbre predial respecto de las áreas comunes con dominio revocable o condominio indiviso. Por su parte, el decreto reglamentario 9404 de 1987, y la resolución 74 del 26 de marzo de 1997, de la Secretaría de Tierras y Urbanismo, rige lo relacionado a barrios cerrados.

La Ley nacional 25.509 crea el derecho real de superficie forestal, el que se constituye a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley 25.080, de inversiones para bosques cultivados, y a lo establecido en la referida ley. De esta manera, se crea un derecho real autónomo sobre cosa propia con carácter temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno, con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarlo con derecho real de garantía. Es novedoso dentro del derecho civil argentino, ya que introduce una variación que no sólo limita derechos del propietario, sino que permite que la propiedad del suelo quede escindida de la propiedad de las plantaciones. El notario interviene en la instrumentación del contrato en el que se constituye el derecho real de superficie forestal, que se hace por escritura pública y debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, a los efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados. En la Provincia de Buenos Aires, y con carácter previo, a efectos de la expedición del certificado de catastro correspondiente, debe realizarse por intermedio del profesional habilitado al efecto (agrimensor) la constitución del estado parcelario, cuya registración se hace vía web. Una vez registrada la cédula catastral, el es-

²⁷ Ponencia Argentina. XV Jornada Notarial Americana. Tema I.

cribano solicita el certificado catastral por la misma vía.

Con el objetivo de preservar el recurso y controlar su uso, se sanciona en nuestro país, en el año 2002, la Ley nacional 25.688, sobre Gestión Ambiental de Aguas, que establece los presupuestos mínimos ambientales.

La Provincia de Buenos Aires cuenta desde el año 1998 con un **Código de aguas**, Ley 12.257, por el cual tiende a establecer un régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la provincia. Crea la Autoridad del Agua como ente autárquico de derecho público, y el registro de derechos. El artículo 12 dice: *“La Autoridad del Agua inscribirá de oficio o a pedido de parte, en un registro real y público, los derechos al aprovechamiento de las obras y recursos públicos”*. En su artículo 15 impone la obligación a los escribanos de solicitar la certificación de que no se adeuda suma alguna en concepto del uso del agua. En igual sentido lo establece el artículo 26 del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba, Ley 5589. Asimismo establece que el Registro de la Propiedad comunicará a la Autoridad del Agua *todo acto que modifique el dominio de los inmuebles* afectados por un derecho de uso del agua pública dentro del término improrrogable de diez días hábiles en que el acto haya sido registrado; prevé como una forma de extinción de las concesiones, la renuncia, estableciendo *“salvo disposición en contrario del acto de concesión u oposición del acreedor hipotecario, usufructuario o arrendatario...”*; en cuyo caso, para que los sujetos mencionados se informen de la renuncia que se va a realizar, debe realizarse por acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Y establece la forma en que deberá presentarse la renuncia: *“conformidad expresa de quienes tengan derechos reales sobre el bien para cuyo beneficio fue otorgada y de los arrendatarios y aparceros del inmueble, cuyos contratos se inscriban en el registro que crea el artículo 12° del Título II del presente Código”*.

El decreto 3511/07 reglamentó el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, y específicamente estableció el Registro de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, creado en el ámbito de la Autoridad del Agua, en el cual deberán registrarse. Y en su artículo 15 establece las obligaciones de los escribanos, *en las escrituras públicas de transferencia de derechos reales sobre inmuebles, de asentar, conforme a la información que les suministre el Registro de la Propiedad Inmueble, la existencia y plazo de vigencia de derechos de aprovechamiento de agua registrados y las perforaciones registradas en el fundo*.

El rol del notario es fundamental en la protección del medio ambiente, brindando seguridad jurídica a través de su intervención en la constitución y modificación de derechos reales que recaigan sobre recursos naturales y su inscripción en los registros que correspondiere en cada caso.

La Ley General de Ambiente de la República Argentina (Ley 25.675, del año 2002), en sus artículos 1 y 2 establece los presupuestos mínimos que aseguren una gestión sustentable y

fija los objetivos a alcanzar por la política ambiental en el marco del desarrollo sustentable. El XX Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado (UINL) instó a que el notariado se integre en los procesos de decisiones en temas de medio ambiente, y que los notarios a través de su intervención en contratos notariales, puedan contribuir en la protección del medio ambiente.

En la reforma constitucional de 1994, la República Argentina consagra expresamente la protección del medio ambiente, en los artículos 41 y 43. Además se suscribieron diversos tratados internacionales en materia ambiental, pero en ellos no se hace referencia en forma directa a la intervención notarial.



En la Ciudad de Buenos Aires, para la habilitación de locales comerciales, se requiere la intervención de profesionales y una vez aprobada la primera etapa, con la verificación edilicia y conforme a la zonificación en cada caso, debe ser presentada la documentación pertinente ante un notario, a efectos de formalizar la respectiva escritura pública. Para ello, el notario verifica previamente datos y cumplimiento de requisitos de la reglamentación de habilitación (decreto 93/06); convirtiéndose en esta instancia, en un colaborador directo de la administración pública. Con la primera (o ulterior) copia que expida el escribano y el resto de la documentación técnica, el interesado se encuentra en condiciones de formalizar la presentación del trámite ante el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En la Ciudad de Buenos Aires existe también un régimen de protección para evitar la demolición de edificios con valor patrimonial. Para ello, los edificios deben ser incluidos en un catálogo del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad, que establece limitaciones para ser modificados. Si se encuentran incluidos dentro de la denominada “Área de Protección Histórica” (APH), La catalogación impone “límites y restricciones al dominio”, que el particular debe soportar en razón del interés público y como el ejercicio normal de su derecho. Estas limitaciones se ven compensadas de alguna manera con ciertos beneficios impositivos y créditos a tasa preferencial para intervenciones que mejoren el inmueble. El escribano, previo al otorgamiento de la escritura traslativa

de dominio de un inmueble, debe solicitar al organismo correspondiente un certificado catastral, dado que ésa es la vía a través de la cual el Estado comunica y previene de estas circunstancias especiales, que pueden restringir y limitar el destino que el titular de dominio quiera darle al inmueble de su propiedad, si éste se encuentra en un lugar de interés histórico o posee en sí mismo interés histórico o cultural.

II.4. LA INFLUENCIA DE LA GLOBALIZACIÓN Y LA NUEVA ECONOMÍA GLOBAL

A partir de la década del 90, “La Globalización” ha sido uno de los fenómenos más importantes de la época. Se trata de un proceso dinámico, heterogéneo, multidisciplinario, complejo, controvertido, producto de la civilización occidental -donde impera el capitalismo liberal-, y que en las últimas décadas se ha expandido alrededor del mundo. Si bien podemos decir que es un fenómeno eminentemente económico -aumento de la actividad comercial y financiera a nivel planetario- no se limita únicamente a esto último; ya que también presenta aristas políticas, tecnológicas, sociales, culturales y jurídicas. La globalización es un proceso que refiere a la multiplicidad de vínculos e interconexiones entre los países del orbe y tiene como objetivo primordial la construcción de un mercado global, donde la circulación de activos financieros, la importación y exportación de bienes materiales y el flujo de las comunicaciones se desterritorialicen, y en consecuencia, las fronteras nacionales progresivamente se neutralicen.

El fenómeno de la globalización, ha tenido un significativo impacto en el derecho, transformando muchas de sus instituciones y dando lugar a nuevas formas de juricidad. Sin embargo, debemos tener presente que éste no sólo ha padecido sus efectos, sino que también ha desempeñado un rol causal en el proceso, ya que todos los negocios jurídicos e intercambios que se realizan a nivel supranacional y definen el nuevo orden económico mundial, no serían posibles si no se hubiese contado con instrumentos jurídicos para ello. Sin derecho no tendríamos globalización; en consecuencia los ordenamientos jurídicos nacionales -que siempre suelen ir detrás de los vertiginosos cambios sociales y económicos- no pueden permanecer al margen de este fenómeno mundial y se ven en la necesidad de crear nuevas herramientas jurídicas -útiles en este nuevo contexto-, como así también, de unificar y simplificar procedimientos y normas legales a fin de construir un sistema jurídico mundial que optimice la competitividad y la seguridad jurídica en las transacciones internacionales.

Las nuevas formas de contratación, introducidas en el país luego de la denominada influencia de “globalización de las formas de contratación”, provocaron cierto desorden contractual.

A fines del siglo XX y comienzos del XXI, el gobierno argentino adoptó la teoría del “Economic Analysis of the Law” como algo revelador, y se siguieron sus argumentos sin detenerse a analizar sus efectos. Esta teoría intenta unificar las formas de contratación, sin tener en cuenta las instituciones jurídicas, las modalidades y tradiciones de cada país.

Ante este panorama se observa cómo los “inversores globales”, que cuentan con gran participación de inversores provenientes de países con sistemas jurídicos del *common law*, procuran instaurar sus modalidades negociales, financieras y hasta inmobiliarias en los países de destino. Ante este panorama el Notariado afrontó intenciones de cambios permanentes. De hecho, en nuestro país se desreguló por decreto la función notarial, se trató de imponer sistemas de securitización y las empresas de seguros internacionales cuestionaron nuestro sistema inmobiliario registral, sin dejar de “recomendarnos sus ventajas”.

La difusión de la función del Notariado de tipo latino, a través de la UINL, comienza a tener reconocimiento expreso en el seno de los formadores de juristas y economistas que se rigen por las leyes del *common law*.

¿Cuál es entonces el papel del notario que un sistema globalizado requiere? Somos depositarios de la fe pública, garantizamos la seguridad jurídica. Los ciudadanos esperan que nosotros seamos protectores de la dignidad y del valor que tiene cada persona humana. Hay entonces varios aspectos a considerar. Pero si además estamos convencidos de que nuestro sistema de notariado latino garantiza la justa aplicación de las leyes, entonces, en nuestro trabajo cotidiano debemos resaltar la importancia del *asesoramiento* a ambas partes, con equidad y en forma imparcial; prestar especial atención ante los contratos *predispuestos* y los de *adhesión*.

Estemos atentos, hay avance e intromisión en las nuevas técnicas de contratación que vulneran derechos, se intenta modificar institutos jurídicos, y los sistemas de registración inmobiliaria para adecuarlos a las costumbres negociales de empresas o corporaciones y adaptarlos a las legislaciones de sus países de origen.

Seguridad en el tráfico significa certeza en la interrelación e integración de los derechos y los deberes de todas las partes. La función notarial no es incompatible con la economía de mercado, como opinan los que provienen o enaltecen el sistema anglosajón, todo lo contrario. En la economía de mercado, el notario es necesario como garante de la seguridad jurídica y como regulador de los distintos intereses en juego. Esta misión es reconocida en los distintos países europeos, que constantemente le transfieren funciones nuevas al notario, como en Alemania, donde lo consideran “motor del desarrollo económico”.

“Nuestra profesión, que se consagra por entero a la solución armoniosa directa y humana de intercambios y relaciones a

la prevención de litigios ulteriores por prueba inatacable de convenciones, y a la protección de las partes a quienes se les brinda información jurídica, imparcial y adecuada, previene conflictos”.

Ante este nuevo escenario que presenta el mercado inmobiliario en crisis en numerosos países del mundo, aquellos Estados que tienen un Sistema Notarial de Tipo Latino cuentan con un profesional del derecho, que tiene a su cargo una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad. En virtud de la certeza jurídica que brinda la intervención del notario en las transacciones inmobiliarias, es que la mayoría de los países del mundo han adoptado el Sistema Notarial de Tipo Latino²⁸; estableciéndose en consecuencia el documento notarial, como elemento de forma de los contratos.

Así, y a través de esta forma instrumental, las partes obtienen:

- a) orientación y asesoramiento imparcial sobre el encuadre jurídico mas viable para el negocio jurídico que desean celebrar,
- b) mayor claridad en cuanto al contenido o cláusulas del contrato, evitando nulidades, pues son redactados por verdaderos juristas,
- c) vigilancia por parte del notario del cumplimiento de la ley y observancia de todas aquellas implicancias de índole administrativa y/o fiscal que conlleva el contrato,
- d) garantía de la existencia de lo acontecido ante el notario - en virtud de la fe pública de la que es depositario por delegación del Estado-, lográndose en consecuencia, una prueba de pleno valor y fuerza ejecutiva y
- e) publicidad, cuando el documento es registrable.

II.5. EL NOTARIO EJERCE EL CONTROL DE LA LEGALIDAD, PROPICIA LA SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICAS

El notario es un profesional de derecho en ejercicio de una función pública y debe cumplir las obligaciones derivadas del orden jurídico de su país.

En Argentina, el notario tiene que ser rogado por los otorgantes y luego de la audiencia a fin de expresar sus voluntades, confeccionará planillas de datos personales, recibirá la documentación necesaria para el acto, solicitará las certificaciones pertinentes y calificará el acto a fin de instrumentarlo. Tiene que conocer a los otorgantes o identificarlos a través

de su documento de identidad o por testigos de conocimiento, de su actuación por derecho propio o representación (legitimación subjetiva), del contenido del acto extendido en legal forma y conforme a la voluntad de las partes. Si alguno de los elementos indispensables para el acto faltase (ej.: no se acreditare la representación legal de una persona jurídica), fuese insuficiente (no se le entregue toda la documentación solicitada) o contrario a la ley, deberá negar su intervención. El notario, que conoce los requisitos de fondo y forma de cada acto que autoriza, es el garante de la seguridad jurídica a través del control de legalidad. Están a su cargo ciertas actividades previas o posteriores, tales como solicitar certificaciones registrales o administrativas y confeccionar minutas para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, que en ocasión de su intervención aseguran la eficacia del negocio jurídico.

Es, además, el protector de las personas con capacidades diferentes, porque si uno de los otorgantes estuviere en esas condiciones, solicitará los elementos necesarios a fin de que esté debidamente acompañado o asistido. ¿Quién mejor que el notario que es en muchos casos el confidente de las familias?

El control de legalidad confiere certeza jurídica, da seguridad al negocio y evita conflictos.

El desarrollador conoce el mercado, las reglas de juego, el perfil de la demanda, conoce los costos y la rentabilidad, pero necesita el documento adecuado para captar inversores u ofrecer en venta el producto resultante.

En esta primera instancia, el notario se convierte en un asesor clave para el armado legal del negocio y en una instancia ulterior, en el profesional idóneo para redactar el contrato con cláusulas adecuadas y a la medida del negocio subyacente, garantizando no sólo su viabilidad jurídica, sino también la observancia de las normas impositivas que correspondan.

Este asesoramiento previo deberá contemplar a ambas partes de la negociación, tanto al desarrollador que asume riesgos para llevar adelante un determinado emprendimiento inmobiliario o al vendedor de un inmueble en particular, como al futuro comprador que a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240 y sus modificatorias, será el consumidor o usuario, es decir; *“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”*. (Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361).

En este sentido una de las conclusiones de la declaración de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, en Santiago de Chile, el 15 de noviembre del año 2003, señala *“Que la actual legislación de las relaciones de consumo in-*

²⁸ Actualmente el sistema notarial de tipo latino se halla instituido en 86 países del mundo, lo que representa alrededor de 2/3 de la población mundial. El Notario Latino es un profesional del derecho con colegiación obligatoria, que cuenta con ciertos impedimentos que aseguran su imparcialidad y redacta -con ciertas solemnidades impuesta por la ley- el documento; lo que lo hace cierto, auténtico y veraz.

tenta asegurar la justicia y el equilibrio entre las partes, exigiendo además una adecuada y veraz información y asesoramiento, garantizadas por la intervención imparcial activa y sustancial del notario”.

Esta actuación del notario, coadyuva a la comercialización en el mercado inmobiliario, e incluso a su reactivación, por cuanto en algunas ocasiones la figura jurídica elegida optimiza la concreción de un negocio, permitiendo superar ciertos escollos basados en la desconfianza de alguna de las partes. Ejemplo de ello, en nuestro país, fue el fideicomiso, por cuanto, antes de la sanción de la Ley 24.441, encontró en el notario un fiel intérprete de la figura y un experto en su redacción, logrando aunar distintos intereses.

El mercado inmobiliario se maneja con reglas netamente económicas, y el notario aporta la regulación jurídica. Más allá de la instrumentación de los Derechos Reales que consecuentemente deban otorgarse, se impone el conocimiento de los contratos asociados al mercado inmobiliario, considerando los distintos tipos de transacción.

El notario deberá conciliar en el documento los intereses de las partes, según la etapa de negociación en la que se encuentran. La redacción de las cláusulas deberán ser claras, “*completas, fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente*”, de conformidad a lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo décimo²⁹. Así se generará la confianza de los actores, y se garantizará que el contrato que estos celebren, sea autosuficiente para resolver los conflictos que surjan durante la ejecución del negocio elegido.

Deberán receptar las normas de defensa del consumidor, como se ha dicho, las que exigen los pagos bancarizados (Ley 25.345), y las que prohíben ajustar precios, aportes, etc., como así también otras normas necesarias para estructurar especialmente, **contratos con estructura de adhesión** (Dres. Celia Weingarten-Carlos A. Ghersi) y de ejecución diferida o de larga duración, respetando el orden público imperante en nuestro orden jurídico.

“No puede desconocer que la concepción clásica de la auto-

nomía, fundada en la igualdad y la libertad de contratación se ve decididamente afectada por los principios emergentes del derecho del consumidor, que parten de una concepción realista del mercado.”³⁰

Otro aspecto a considerar son los distintos tipos de contratos, por ejemplo los de larga duración, en los que el tiempo es esencial para el cumplimiento y a los que no puede aplicárseles “condiciones generales de contratación”³¹... “Ni definir de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes”³². Estos requieren un mayor análisis por parte de los operadores del derecho, por cuanto y según comenta el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, citando a Augusto Morello, “el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua”.

El notario con su visión integradora de los derechos reales, personales y registrales tiene el desafío de prever las normas particulares para este tipo de contratos, que se verán sometidos a permanentes mutaciones.

Otro desafío para el notario lo constituye la intervención, en la redacción de acuerdos preliminares, así la oferta de compra, la reserva, el boleto de compraventa, que en algunos supuestos deben ajustarse a situaciones particulares, como por ejemplo que el precio sea en moneda extranjera, a la luz de la actual política de cambio impuesta en nuestro país, o bien en algún supuesto en que el precio o el aporte del inversor, no pueda ser definitivo porque dependerá del costo final de la construcción.

II.6. EL NOTARIADO PROMOTOR DE NUEVAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

El notario dentro de las múltiples actividades que realiza, como aconsejar y asistir en la formación y exteriorización de la voluntad negocial, tiene además un papel preponderante en el desarrollo de las distintas facetas de la vida social. Con el apoyo innegable de las nuevas tecnologías, se ha incrementado su rol de agente de información en todo lo relevante para el interés general representado por el Estado. Es parte

²⁹ Ley 24.240 y sus modificatorias: Artículo 10 - Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación del bien. b) Nombre y domicilio del vendedor. c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere. d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley. e) Plazos y condiciones de entrega. f) El precio y condiciones de pago. g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscriptas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejem-

plares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley. (Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

³⁰ Conclusión de la Comisión N° 14, del tema “Principios del Derecho Privado en el Siglo XXI”, XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

³¹ Tratado de los Contratos. Parte General. Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

³² Tratado de los Contratos. Parte General. Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

significativa y creador de nuevas instituciones jurídicas, necesarias según los nuevos requerimientos sociales imperantes. Recientemente en nuestro país se plasmó la necesidad social de intervenir en las disposiciones para la propia incapacidad, o testamento vital, en sede notarial. Antes de la recepción legislativa, en algunas provincias, una vez más el notariado, reaccionó frente al vacío legal imperante.

El notariado es, además quien debería intervenir en el ámbito de la competencia alitigiosa, es decir en todos aquellos casos en que los otorgantes fueren capaces y estuvieren de acuerdo, por ejemplo en las sucesiones intestadas, descomprimiendo así la sede judicial y confiriendo seguridad a la población, o participando en las declaraciones de matrimonio, con las ventajas ya consabidas, aliviando las tareas del Registro Civil.

II.7. COLABORACIÓN DEL NOTARIADO EN TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

El notariado siempre ha colaborado con el Estado a fin de satisfacer los deberes y cargas impuestos. Es evidente la vinculación entre la función notarial y el servicio permanente que brinda al Estado. Dada su investidura y responsabilidad, ¿quién mejor que el notario cumplirá el rol de agente de información, retención y contralor?

Dado el óptimo servicio realizado por el notariado con eficacia y sin remuneración o compensación económica, las cargas administrativas, tributarias e informativas son cada vez mayores. Cada día hay más planillas a completar, informes que solicitar, que obligan al notario que brinda un servicio público personal, a trabajar integrado con terceros, empleados y profesionales, tal como contadores, para poder llevar a cabo el ejercicio de su función en forma responsable.

El notario debe solicitar certificados administrativos, y si surgiera deuda líquida, tendrá que pagar y liberar en el tiempo determinado en cada caso. Si no pagara en tiempo y forma será pasible de sanción penal y administrativa.

En la mayoría de las jurisdicciones provinciales y en la Ciudad de Buenos Aires se solicitan los siguientes certificados:

- 1) Certificado de impuesto inmobiliario.
- 2) Certificado de aguas.
- 3) Certificado de catastro (previa verificación de haberse relevado el estado parcelario, que alertará ante la existencia de construcciones no declaradas, cambios en el estado constructivo, y advertencias acerca de la previsión de la apertura de calles por ejemplo).
- 4) Certificado de VIR (valor del inmueble de referencia). Ex-

hibe la valuación actualizada que el inmueble tiene asignada para la administración pública.

- 5) Constancias de claves de identificación tributaria de las partes.

- 6) Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles (COTI) que publicita el valor en el que el bien fue ofertado en el mercado.

- 7) Residentes en el exterior. Deben tramitar el certificado de retención por ante la Administración Federal de Ingresos Públicos.

- 8) Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas. Retendrá su importe o verificará que el vendedor haga uso de la opción del reemplazo de su vivienda.

- 9) Impuesto a las Ganancias. Corresponde su retención en el caso de tratarse de una actividad habitual o de personas jurídicas.

- 10) Impuesto de Sellos. Deberá verificar su procedencia, retener e ingresar el importe correspondiente en su caso.

- 11) Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes. Deberá, en las jurisdicciones en que corresponda, verificar si es menester su aplicación en el acto a otorgar o si se dio cumplimiento en su antecedente.

- 12) CITI. Cruzamiento informático de operaciones importantes. El notario debe informar a la agencia impositiva toda operación de compraventa, hipoteca, dación en pago, donación, permuta, adjudicación onerosa por disolución de sociedades y la constitución, cesión y cancelación de derechos reales sobre inmuebles y cualquiera que refleje flujo de riqueza o transacción monetaria.

- 13) Sistema de Control de Retenciones (SICORE).

- 14) Unidad de Información Financiera (UIF): los notarios deben brindar información al indicado organismo, encargado del control del lavado de dinero, del origen del dinero utilizado, y si los intervinientes resultan personas políticamente expuestas.

- 15) Terceros intervinientes: deben ser informadas todas las escrituras, celebradas entre residentes del país y representantes de sujetos del exterior, siempre que éstos no exhibieren la clave fiscal al tiempo de la escrituración. Podemos ver la

gran cantidad de información generada por el notariado para el Estado. Sería conveniente centralizar toda esa información en un aplicativo que maneje cada Colegio de Escribanos o el Consejo Federal para proporcionarla a cada repartición pública, y de esa manera aliviar a los colegiados.

16) Además deben solicitarse los siguientes certificados al Registro de la Propiedad: a) Dominio: del que surge la legitimación registral, la ausencia de gravámenes, restricciones al dominio, medidas cautelares y b) Anotaciones personales o Inhibiciones: el notario deberá calificar la libertad dispositiva del transmitente o constituyente del gravamen.

17) Una vez otorgado el acto que constituye, adquiere, modifica o extingue derechos reales sobre inmuebles, deberá ingresar una primera copia dentro de los 45 días contados a partir de la fecha de la escritura, conjuntamente con una *Minuta de inscripción*: autorizada la escritura su primera copia ingresará dentro de los 45 días posteriores a la fecha de escritura, juntamente con una minuta de la que surjan todos los datos que contiene el instrumento que acompaña en forma sintética al Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción que corresponda a la ubicación del inmueble, a efectos de su inscripción.

El notariado brinda un servicio de utilidad pública y es accesible a todos los ciudadanos, todas las tareas notariales y no notariales -como las recién mencionadas- son un aporte concreto por una sociedad más igualitaria e inclusiva.

II.8. LA MEDIACIÓN COMO PROCESO PARTICIPATIVO DE LA RESOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS EN EL MERCADO INMOBILIARIO

El mercado inmobiliario es un importante sector que forma parte de la economía de una Nación donde se proyectan, desarrollan, construyen y comercializan bienes raíces y servicios, que tiene trascendencia para el país porque condiciona el bienestar de la sociedad y colabora con el desarrollo general, siendo la base del patrimonio familiar.

La promoción de inversiones contribuye con el Producto Bruto Interno, aportando bienes de capital, producción y consumo; es generador de mano de obra, contribuye con impuestos, y amplía los programas de renovación urbanística. Tiene la característica de ser un mercado cíclico muy sensible a los cambios económicos y políticos, monetarios y se afecta con las variables comunes que son mayor o menor desarrollo de la actividad, lo que trae aparejado un aumento en el nivel de conflictos. En el marco de ese ámbito el notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con su

debido asesoramiento imparcial a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del notario, que debe estar presente en toda su actuación, desde el asesoramiento en la audiencia previa, en la estructura del acto y en la redacción del documento que se va a otorgar, en el acto de autorizar o autenticar, así como en los actos post escriturarios con consecuencias jurídicas para los terceros.

Requiere de una sólida formación jurídica, con una mirada integradora con las otras disciplinas, ya que el notario forma parte de un engranaje que mueve el mundo moderno.

En otro lugar, y cuando se ha producido el conflicto, las peculiares características de la actividad notarial colocan al notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de los mismos.

Mediación: es un *proceso pacífico e informal de resolución de conflictos* a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con el objeto de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus propias necesidades.

La mediación alienta la comunicación directa de los involucrados y desarrolla las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas y promueve la autonomía de la voluntad y la autogestión, es una negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial, facilitador de la comunicación.

El mediador notario ejerce naturalmente su función mediadora y puede intervenir como tercero imparcial en conflictos derivados de la actividad inmobiliaria como los derivados por incumplimiento de boletos, contratos, depósitos, señas y reservas rendición de cuentas de administradores y apoderados; mediación en conflictos por préstamos de dinero con garantía hipotecaria mediación en conflictos con empresas de servicios domiciliarios de luz, gas, teléfono, derivados de la propiedad horizontal, disputas en consorcios, incumplimiento en el pago de expensas comunes, conflictos para fijar el valor locativo, conflictos de locaciones urbanas y rurales, conflictos por alquileres impagos, por responsabilidad de garantes y fiadores de contratos, mediación en conflictos derivados de divisiones de condominio forzoso y de partición hereditaria.

Para ser mediador hay que capacitarse específicamente, aunque los notarios ya son mediadores natos, dado que “En el ejercicio del derecho estamos acostumbrados a orientar la mirada a un futuro libre de conflictos, y que satisfaga a todos los intervinientes del asunto. Incluso, más de una vez nuestra intervención alivia problemas emocionales, preocupaciones y deseos que cubren otros aspectos del individuo, y no el encuadre puramente jurídico. Estamos acostumbrados a recibir,

escuchar e interpretar la voluntad de las partes, en las que indagamos sanamente, con la intermediación de la audiencia notarial”.³³ “... la mentalidad notarial se adecua más fácilmente que la del abogado a la mediación, porque salvo en sus estudios universitarios en que también le enseñaron que el único proskenio es el litigio, eligió un oficio que sólo opera en el acuerdo y busca integrar los intereses....”.³⁴

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad.

Todos somos responsables en tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos. Quienes elegimos este proceso como variable de construcción de paz social, promovemos que se potencien las fortalezas de las partes, para que puedan resolver sus diferencias por sí mismas, inspirados en los valores democráticos de la participación y sustentados en los principios de elegir con libertad el acuerdo posible para cada uno.

Los mediadores somos activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacífica de conflictos. Aún cuando entendamos que el conflicto sea una oportunidad, cuando nos atraviesa, nos desestabiliza, debemos generar con nuestra actividad un espacio de respeto y escucha.

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época, construyendo resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

Tanto la gestión pacífica de conflictos como las técnicas de comunicación potencian el protagonismo en la búsqueda de consensos, aliviando la tensión propia que trae aparejada el conflicto.

Tomado el conflicto como una oportunidad de cambio, la posibilidad de mediar se convierte en un camino pacífico y vital.

- La finalidad perseguida es establecer la mediación como proceso de cambio, canalizar los conflictos por un sistema o método de prevención de la controversia judicial y así frenar el acceso precipitado a la justicia, que desde hace mucho tiempo se encuentra desbordada, que la torna ineficaz por

su lentitud, hecho que compromete los valores y fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

La visión compartida del notario y mediador nace del profundo respeto por los valores que implican el compromiso con la justicia, la equidad y el mantenimiento de la paz.

CAPÍTULO III

EL DOCUMENTO NOTARIAL

III.1. SU NATURALEZA, FORMA, ALCANCES Y EFECTOS

El documento notarial es una de las especies de documento público realizado por el agente de la función, el notario, dentro de los límites de sus competencias, cumpliendo los requisitos que la ley impone para estos instrumentos.

La ley dota a estos documentos de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad.

Dentro de los documentos notariales la escritura pública es el principal y más importante exponente de la labor del notario, siendo en ella donde desarrolla todo su potencial fedante y profesional. La escritura pública es continente de diversos hechos y actos jurídicos, principalmente pero no en forma excluyente- de contratos.

La fe pública con la que la ley ampara a los hechos ocurridos en presencia del notario o realizados por él, es uno de los beneficios de la escritura pública, si bien ésta es compartida con otros documentos públicos, como el judicial y el administrativo.

Sin embargo, en la escritura pública el desarrollo de la labor del notario para llegar a la dación de fe es más compleja que en los demás instrumentos públicos. El notario no es un mero observador de la realidad, tampoco un testigo privilegiado. El notario recepta la voluntad de los requirentes, califica el acto jurídico que quieren realizar, lo encuadra dentro del marco de la normativa vigente, evalúa las distintas opciones y consecuencias del mismo y luego de todo este proceso funcional-profesional, confecciona el proyecto de escritura pública, siendo éste otorgado y firmado por los comparecientes en la audiencia notarial -o por firmantes a ruego en su caso- para que por fin, con la autorización del notario, la escritura pública reciba todas las virtudes que la ley prevé para este tipo de instrumentos.

Rubén Augusto Lamber considera que el instrumento público notarial “(...) tiene una impronta personal, que es la del autorizante del documento, cuya misión no se limita a la ‘fedación’, sino que llega a ella por medio de actividades de indagación e interpretación de la voluntad de los otorgantes o requirentes, que le permiten la configuración del documento,

³³ Ormaechea, Carolina. “La intervención del notario en los conflictos”; Revista Notarial 945, Buenos Aires, 2003, citada en La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela, “Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar”.

³⁴ Gattari, Carlos N. *Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1998, citado en La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela, “Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar”.

luego de verificar la legitimación de la forma que al efecto elige para el acto (...).".

El documento notarial, cualquiera que sea su clase, no puede separarse en secciones autónomas porque constituye un todo homogéneo y orgánico, y nunca una mera suma de partes sin conexión alguna entre sí. Por tal motivo, el documento notarial es indivisible en su composición; no obstante las partes que lo conforman son susceptibles de ser analizadas de forma individual.

En principio es posible clasificar a los documentos notariales en dos grandes géneros:

Con valor de instrumento público:

a) Documentos notariales protocolares: son aquellos que constan en el protocolo y son expedidos por el notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y bajo las formalidades establecidas por la ley; dotados en consecuencia de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad. Son tales: las escrituras públicas, las actas notariales y las protocolizaciones.

b) Documentos notariales extra-protocolares: son aquellos que no constan en el protocolo del notario. Son tales: los testimonios, las certificaciones de firma o impresiones digitales, las certificaciones de copia de documentos, las legalizaciones, las traducciones, etc.

Sin valor de instrumento público: son tales: el índice, el libro indicador, la solicitud de certificaciones de libre deuda, las comunicaciones a oficinas públicas, etc.

A su vez es posible clasificar a la especie "documentos notariales protocolares" en:

a.1) Principales: son las escrituras públicas que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas o bien consignan hechos y circunstancias que presencia o le constan al notario, y que por su naturaleza no constituyen un contrato o negocio jurídico.

a.2) Accesorios o Complementarios: son las escrituras públicas que aclaran, rectifican, modifican e incluso revocan lo indicado en la escritura pública principal. Tienen por objeto corregir la voluntad de los comparecientes y adicionadas a la escritura pública principal conforman una sola manifestación de voluntad. Tales son: a) *las Escrituras de Confirmación:* tienen por objeto depurar vicios que contiene la escritura principal y que pueden hacer al acto jurídico instrumentado en ella anulable; b) *las Escrituras de Ratificación:* tienen por objeto aceptar actos o negocios jurídicos que fueron realizados por personas sin suficiente representación; c) *las Escrituras de Am-*

pliación: tienen por objeto extender o incrementar el objeto del acto o negocio jurídico que se convino en la escritura principal; d) *las Escrituras de Adhesión:* son aquellas en las cuales las partes celebran un acto jurídico y acuerdan regirlo por cláusulas de un contrato previamente elaborado y e) *las Escrituras de Prórroga:* tienen por objeto la prolongación de un plazo pactado en la escritura principal.

III.2. DISTINCIÓN DEL DOCUMENTO PÚBLICO Y EL PRIVADO

Llambías sostiene que la forma más utilizada para la celebración de actos o negocios jurídicos es la escrita o instrumental, a la que puede recurrirse mediante dos clases de instrumentos, los públicos y los privados. Nuestro Codificador, Dalma- cío Vélez Sarsfield, no conceptualizó al instrumento público, sólo se limitó a hacer³⁵ una enumeración de los mismos, que si bien es limitada no es taxativa. Opinamos, al igual que gran parte de la doctrina (Llambías, Llerena, Spota y Borda), que dicha enunciación es meramente ejemplificativa, porque cualquier documento que responda a la noción de instrumento público debe ser considerado como tal, aunque no esté expresamente mencionado en la aludida enumeración. Siguiendo a Llambías, podemos conceptualizar al instrumento público como aquel instrumento otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público, a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo.

La doctrina señala que para que un instrumento público sea plenamente válido, debe reunir los siguientes requisitos: a) que el funcionario público tenga potestad para autorizar el instrumento, b) que el funcionario público tenga competencia material y territorial, y c) que el instrumento cumpla con todas las formalidades establecidas en la ley.

De la enumeración dada por el Codificador en el art. 979, advertimos a grandes rasgos la existencia de tres clases o especies de instrumentos públicos: a) los notariales, b) los judiciales y c) los administrativos.

Asimismo, y en lo que al instrumento público concierne, tanto el art. 976, como el art. 977 y concordantes de nuestro Código Civil, señalan que para determinados actos será necesaria la celebración mediante instrumento público, y en caso de no cumplirse con tal requisito, el acto será nulo. Incluso puede ser que la exigencia de la ley respecto a determinados actos, sea aún más estricta, no siendo suficiente la

³⁵ Art. 979 del Código Civil argentino: son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1) Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado;...

celebración por medio de cualquier clase de instrumento público, sino que se requerirá una especie determinada. Así el art. 1184 del aludido cuerpo normativo, enumera qué actos jurídicos deben celebrarse por escritura pública.³⁶

También siguiendo a Llambías, podemos conceptualizar al instrumento privado como el documento firmado por las partes sin intervención de oficial público alguno. Según lo normado por nuestro Código Civil, son caracteres sobresalientes de esta clase de instrumentos: a) la firma de las partes, como condición esencial para su existencia, no pudiendo ser reemplazada por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos; b) la ausencia de una forma especial, pudiendo las partes redactarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes, y c) el número de ejemplares, debiendo ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto.

Principales distinciones entre ambas clases de instrumentos:

- 1) El instrumento público es aquel que se otorga ante un funcionario público; mientras que el instrumento privado se otorga únicamente entre las partes.
- 2) El instrumento público es siempre solemne; mientras que el instrumento privado a más de ser escrito y requerir la firma de las partes intervinientes, no tiene mayores solemnidades.
- 3) El instrumento público prueba erga omnes la fecha de su otorgamiento, mientras que el instrumento privado carece de fecha cierta frente a terceros. Sólo la adquiere en virtud de algún hecho incuestionable e inequívoco ajeno al documento mismo, como puede ser su protocolización, su presentación en juicio, el deceso de alguno de los sujetos contratantes y cualquier otra situación que haga indubitable que el

documento fue suscripto en determinada fecha y no en otra.

- 4) El instrumento público conlleva autenticidad, porque tiene un autor cierto, el funcionario público facultado por la ley y revestido de fe pública; mientras que el instrumento privado carece de autenticidad, por no existir certeza acerca de la persona del autor.

III.3. LA ESCRITURA PÚBLICA COMO ELEMENTO DE FORMA DE LOS CONTRATOS. SU EFICACIA

FE PÚBLICA

La fe pública es aquella presunción de veracidad, aquella certeza o creencia impuesta por la ley, que se expande a una parte del contenido de los instrumentos públicos, cuando son realizados por un oficial público en ejercicio de sus funciones y que reúne las formalidades que la ley exige para surtir todos los efectos previstos.

No toda afirmación que haga el notario tiene el amparo de la fe pública. Los dichos del notario deben ser insertos en un documento notarial que respete los requisitos de validez exigidos.

Pero no todo el contenido de la escritura pública está al amparo de la fe pública, sino aquellas afirmaciones que haga el notario de aquellos hechos ocurridos en su presencia o que sean realizados personalmente por él.

Si bien el autor de la escritura pública es el notario, los comparecientes al otorgar el acto del notario asumen el texto escriturario como propio. Existen dentro de la escritura pública cuestiones que no tienen el amparo de la fe pública porque no son dichos propios del notario, sino de los comparecientes. No se trata en estos casos de hechos auténticos, sino autenticados. El notario da fe de la manifestación, pero no de su sinceridad.

Los hechos auténticos, que tienen el amparo de la fe pública deben ser atacados mediante acción de falsedad, sea civil o criminal, mientras que los hechos autenticados admiten simple prueba en contrario. La aseveración falaz en el primer caso hace caer la validez del instrumento, comprometiendo la responsabilidad de su autor.

Si lo falso es la manifestación de las partes, en cuanto a la sinceridad de la misma y no el hecho de haber sido efectuada, la acción adecuada es la de simulación, que hará caer la validez del acto jurídico contenido en la escritura, pero no el instrumento.

La fe pública con que la ley ampara a la escritura pública es uno de los principales elementos característicos y que la distinguen de otros documentos, haciéndola preferible entre sus pares. No porque otros documentos públicos no contengan esta virtud, sino porque en el documento notarial ella se manifiesta plenamente, ya que como dijimos, la escritura pú-

³⁶ Art.1184 del Código Civil argentino. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1) Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; 2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediere convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión; 3) Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones; 4) Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote; 5) Toda constitución de renta vitalicia; 6) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios; 7) Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8) Las transacciones sobre bienes inmuebles; 9) La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública; 10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; 11) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.

blica es un opus complejo al que se llega luego de un proceso de conocimiento que efectúa el notario.

Este valor hace que el instrumento público notarial sea creíble y dado por cierto por el conjunto social, sin dudas ni cuestionamientos. Como consecuencia, también el contenido cobra verosimilitud y certeza. Esta presunción de veracidad y exactitud cubre una necesidad social, brindando seguridad jurídica a los actos y hechos contenidos en ella, y por lo tanto es una herramienta invaluable que el Estado utiliza en pos de la paz social.

Las transacciones inmobiliarias reciben un inmejorable servicio del notariado y su obra, portante de la creencia impuesta por el Estado, ya que gracias a la seguridad aportada por ella puede desenvolverse plenamente el mercado de inmuebles sobre una base sólida, la seguridad que brinda saber sin dudas que quien vende es quien está legitimado para hacerlo, y que se respetan en el negocio todos los parámetros que la ley establece para que un acto jurídico tenga plena validez y eficacia.

MATRICIDAD

Otro valor de la escritura pública es la matricidad. Por ella sabemos que los actos documentados ante notario por escritura pública quedan resguardados e incólumes, pudiendo recurrir a los originales muchos años después de la realización del acto jurídico; independientemente de la suerte corrida por las partes y por el autor del mismo.

El mecanismo de resguardo y la responsabilidad que genera su incumplimiento, hace de la escritura pública el documento público más seguro respecto a la reproducción posterior. El deber de custodia que tienen los notarios en relación a los protocolos se prolonga en la responsabilidad del Estado, delegada habitualmente en los Colegios Notariales, que organizan los archivos de protocolos, resguardando las matrices con un alto grado de eficacia, altamente superior a los resultados obtenidos por otros archivos de documentos públicos, los que inclusive ordenan periódicas destrucciones por cuestiones de espacio, lo que no ocurre en los archivos de protocolos notariales. Esta posibilidad de recurrir a los originales aún después de muchos años, permite la realización de estudios de títulos y un verdadero análisis de los antecedentes del dominio, contribuyendo a la seguridad jurídica pregonada.

REQUISITOS DE VALIDEZ

Firmas: la falta de la firma de algunos de los interesados solidarios o mancomunados hace que el instrumento y el acto carezcan de valor para todos. Así reza el artículo 988 del Código Civil argentino. Cuando hablamos de validez de los instrumentos públicos debemos diferenciar la validez de éste y la validez del acto contenido en él. No es igual acto que instrumento. El instrumento es la forma que tiene un acto jurí-

dico, la que puede ser impuesta legalmente como forma de valer o para su prueba o libremente elegida por las partes. El artículo 1004 del Código Civil argentino impone la nulidad de la escritura pública cuando no estuviere firmada por las partes o la firma a ruego cuando éstas no supieren o no pudieren hacerlo.

Competencia territorial: el oficial público debe actuar dentro de los límites del territorio asignado para el cumplimiento de sus funciones. En la República Argentina las provincias no delegaron las potestades reglamentarias de la función notarial, por lo que estas cuestiones están legisladas localmente, variando el ámbito de la competencia territorial del notario según la jurisdicción que se trate. En algunas provincias se permite una prórroga de la competencia territorial para comprobaciones de hecho y testamentos. Esta falta de delegación legislativa hace que debamos combinar las disposiciones del Código Civil con las de las leyes provinciales para dilucidar en cada caso si el escribano público actuó dentro de los límites de su competencia territorial. El incumplimiento de este requisito hace que el instrumento público sea nulo, pudiendo aplicarse la conversión formal del artículo 987 del Código Civil Argentino, según lo comentado, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos a tal fin. Esta competencia está vinculada con la exigencia de los artículos 1001 y 1004 del Código Civil argentino de consignar el lugar de otorgamiento en el texto de la escritura pública, sancionando este último su omisión con la nulidad del instrumento.

Competencia material: el artículo 980 del Código Civil argentino establece para la validez del instrumento público que el oficial público actúe dentro de los límites de sus atribuciones respecto de la naturaleza del acto que se instrumenta. Para conocer cuáles son esos límites debemos recurrir al plexo normativo de fondo, de donde surgirán los actos jurídicos a los que la legislación le indica la forma notarial, sea como requisito de ser o como requisito de valer; pero además podemos agregar que el escribano público actuará correctamente dentro de los límites de sus atribuciones siempre que determinado acto o hecho jurídico no se le haya encomendado en exclusiva a otro oficial público. Es decir que siempre que la ley no indique en forma imperativa determinada forma para un acto o hecho jurídico en particular, delegando a un oficial público en particular la formalización de los mismos, el escribano podrá actuar mediante la autorización de la escritura respectiva, sea por imperio de la ley o por elección de los particulares.

Competencia en razón de las personas: es una consecuencia de la imparcialidad que debe garantizar el notario y que la

ley presume que se vería nublada por la actuación del oficial público en los casos en los que él o un pariente suyo dentro del cuarto grado estuviera personalmente interesado, dejando a salvo cuando éstos lo hicieran en representación de una sociedad anónima en carácter de gerentes o directores de las mismas. En este sentido el artículo 985 del Código Civil argentino sanciona con nulidad a los actos que contraríen la premisa expresada en el párrafo precedente. Esta nulidad es absoluta, por lo que no es factible la confirmación del acto autorizado en desmedro de la disposición. Sin embargo, la nulidad podrá ser manifiesta o no manifiesta, dependiendo que surja o no del mismo instrumento el interés del escribano o de sus parientes en el acto instrumentado, conforme lo preceptuado.

Otros requisitos de validez: el mencionado artículo 1004 del Código Civil establece otros requisitos de validez de la escritura pública, exigiendo que la misma contenga la designación de la fecha y el lugar en el que fueron hechas, asegurando además del respeto de la competencia territorial como ya dijimos, la cronología de las escrituras impidiendo la alteración de la ubicación temporal de los distintos actos y hechos instrumentados. Agrega el artículo 1005 del Código Civil que son nulas las escrituras que no se hallen en la página del protocolo que corresponda según el orden cronológico. Vemos aquí una gran seguridad para los negocios jurídicos ya que se impide la alteración de las fechas, no permitiendo que un acto jurídico hecho con posterioridad pueda aparecer como si fuera primero en el tiempo que otro que le antecedió.

El citado artículo 1004 también fulmina con nulidad a las escrituras que no tengan el nombre de los otorgantes. La norma quiere que se determine claramente al sujeto que comparece para brindar también seguridad al tráfico jurídico. Completa la norma la exigencia ya comentada de la firma de las partes o la firma a ruego cuando ellas no saben o no pueden escribir. El artículo 309 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina agrega a los requisitos antes mencionados la firma del escribano, que la doctrina había incluido en las exigencias, pero que no está expresado en la legislación vigente.

III.4. LA ESCRITURA PÚBLICA COMO MEDIO DE PRUEBA NACIONAL

La teoría general de la prueba no hace distinción alguna entre la prueba civil, penal, administrativa u otra; dado que los principios básicos son aplicables a todas. “El vocablo probar significa acreditar ante alguien la verdad de un hecho, lo cual no debe hacerse exclusivamente ante el juez o autoridad jurisdiccional sino que también se lo hace ante los particulares o ante otras autoridades”³⁷. En consecuencia la prueba adquiere categoría judicial cuando es considerada dentro de un proceso, sea éste civil, penal u otro.

Desde el derecho romano existe una elaborada doctrina acerca de los medios de prueba, receptada por numerosos ordenamientos jurídicos, que ciñe su clasificación en cuatro grandes grupos: la prueba confesional, la prueba testimonial, la prueba conjetural o por presunciones y la prueba documental. Esta última que es la que nos interesa tratar ahora; y al respecto cabe decir, que nuestro Código Civil refiere a ella no sólo en su aspecto procesal, sino también en su carácter de documento, estableciendo sus requisitos y alcances sustantivos. Así, el aludido cuerpo normativo refiere expresamente al valor probatorio de los instrumentos públicos en los artículos 993, 994 y 995.

Dentro de los instrumentos públicos, cabe destacar la especial importancia probatoria de la escritura pública; forma documental que sirve para asegurar la eficacia de los efectos jurídicos del hecho, acto o negocio jurídico que contiene.

La escritura pública ostenta un valor probatorio pleno, es decir que constituye uno de los medios de prueba más eficaces según la totalidad de las leyes procesales. En consecuencia, son numerosos los actos y contratos celebrados entre particulares que deben formalizarse mediante escritura pública, para estar revestidos de valor probatorio. Entre éstos podemos mencionar todos aquellos que implican la disposición y/o constitución de gravámenes sobre bienes inmuebles, la constitución de sociedades por acciones, entre otros.

La escritura pública, como documento de fecha cierta, constituye un medio de prueba válido y seguro. No obstante, ese valor probatorio, esa plena fe de la que está dotada, puede ser impugnada por redargución de falsedad (art. 993 del Código Civil) o bien impugnada por prueba en contrario (arts. 994 y 995 del Código Civil). “Del texto (...) del art. 993 del Código Civil se desprende que la falsedad debe ser interpuesta únicamente por acción. Consecuentemente, queda descartado el planteamiento de la falsedad por vía de excepción, admitida expresamente por el Código Civil en materia



³⁷ Cursack, Eduardo Víctor. “La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal”. Academia Nacional del Notariado. Sesión Pública del 07/08/2000. Buenos Aires. Argentina.

de nulidades (art. 1058 bis reformado por la Ley 17.711). Tiende a demostrar la falsedad del instrumento público, que es la contracara de su autenticidad: la falsedad es toda alteración de la verdad. La acción podría ser planteada en el ámbito jurisdiccional civil o penal, de acuerdo con lo prescripto por el mencionado artículo del Código Civil”.³⁸

III.5. SU LIBRE CIRCULACIÓN

El proceso de globalización en el que estamos inmersos, conlleva necesariamente la circulación internacional de instrumentos públicos; tráfico que demanda imperiosamente una simplificación de formas en aras de una mayor celeridad y bajos costos, sin vulnerar por ello la seguridad jurídica.

La importancia que han tenido en los últimos tiempos los movimientos migratorios, el comercio internacional y las transacciones transfronterizas sobre bienes raíces, han provocado que los distintos países del orbe exijan conforme a sus respectivos ordenamientos jurídicos, procedimientos de legalización, tanto para los instrumentos públicos procedentes de países extranjeros que deban producir efectos jurídicos en su territorio; como para aquellos instrumentos públicos emitidos en su territorio que deban producir efectos jurídicos en países extranjeros.

Según las normas del derecho internacional privado, para que un instrumento público tenga validez en un país extranjero es necesario que esté legalizado³⁹ por la autoridad del país que lo emite. Así, la circulación internacional de documentos notariales “ha requerido tradicionalmente la legalización diplomática o consular que asegura su eficacia *urbi et orbi* y *erga omnes*. Se trata del trámite por el que la firma del autorizante del instrumento o la última autoridad habilitante extranjera o argentina; v.gr: la firma de un miembro de la Corte Suprema de Justicia o el Ministerio de Relaciones Exteriores; es autenticada o visada por cotejo por el cónsul del país de ejercicio actuante en el país del otorgamiento, y la de éste funcionario, a su vez, es habilitada por Cancillería del país extranjero o, en nuestro país, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto.

La simple enunciación del trámite, más aún su seguimiento, basta para calificarlo como caro y engorroso”.⁴⁰

A partir del año 1961, la Convención Internacional de la Haya brindó a los países signatarios, adherentes y vinculados a ella⁴¹, un auxilio jurídico, al sustituir o reemplazar entre éstos el trámite de legalización consular de los instrumentos públicos por la *apostille*⁴², “sello o certificación uniforme estampado por la autoridad competente del Estado originante del documento, sin que sea menester otras diligencias”.

La *apostille* va colocada en el instrumento, unida a él. Debe observar un tamaño, una forma y un texto convenidos, según modelo anexo a la Convención. Salvo el título, que debe consignarse en idioma francés *apostille*, el país que la expide puede optar por escribir el texto en su idioma oficial o en el idioma del país de ejercicio.

La apostille acredita la existencia material del documento y la certificación abarca la autenticidad de la firma por cotejo con la registrada, el carácter que inviste el firmante y la identidad del sello o timbre”.

En la República Argentina, están facultados para aplicar la *apostille* en los instrumentos públicos (sean de origen notarial, judicial o administrativo) destinados a producir efectos jurídicos -en países extranjeros signatarios, ratificantes o vinculados a la Convención de la Haya-; desde el año 1988 el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto y, desde el año 1997, por una delegación de funciones, los Colegios Notariales de todas y cada una de veinticuatro provincias que conforman nuestro país, lo que sin duda alguna acercó geográficamente la prestación del servicio a los ciudadanos, con las consiguientes ventajas que ello implica para los usuarios; rapidez y abaratamiento de los costos del trámite. Asimismo cabe decir, que la delegación de dicha competencia en los Colegios Notariales de todo el país, aglutina en éstos el ejercicio de dos potestades que pueden ser complementarias -cuando de documentos notariales se trata-: a) la *legalización interna* -necesaria para el tráfico de dichos documentos dentro de las fronteras nacionales-, y b) la *legalización externa* -necesaria para la circulación extraterritorial de dichos documentos, es decir cuando deben producir efectos jurídicos en terceros países firmantes, adherentes o signatarios de la Convención de la Haya-.

Por último, consideramos importante señalar que continúa vigente la legalización consular para la circulación interna-

³⁸ Cursack, Eduardo Víctor. “La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal”. Academia Nacional del Notariado. Sesión Pública del 07/08/2000. Buenos Aires. Argentina.

³⁹ La legalización es el procedimiento que da autenticidad a la firma del funcionario que autoriza un instrumento público y brinda certeza sobre su investidura o calidad jurídica.

⁴⁰ Taiana de Brandi, Nelly A. y Brandi Taiana, Maritel M. “La seguridad jurídica y la circulación internacional de los documentos públicos”. Revista del Notariado 863. Doctrina. Buenos Aires. Argentina.

⁴¹ La República Argentina, es un país adherente a la Convención de la Haya, desde 1987, por Ley 23.458.

⁴² Es importante aclarar, que hoy sigue siendo aplicable la legalización consular, a los instrumentos públicos procedentes o destinados a producir efectos jurídicos en países que no forman parte de la Convención de la Haya.

cional de documentos notariales en países que no forman parte de la aludida Convención, la que a partir del año 2002, ingresa a nuestro país con un folio de seguridad consular que es de uso directo, sin necesidad de su legalización por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

También Brasil y Argentina, han celebrado un convenio binacional que suprime las legalizaciones consulares entre ambos países.

III.6. EL DOCUMENTO INFORMÁTICO NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

No hay duda de que el aporte que la informática nos ha brindado en las últimas décadas, ha facilitado mucho estos circuitos, principalmente en lo que a la velocidad de las transacciones se refiere, y a la creación de bases de datos electrónicas, que nos permiten mejorar aspectos tales como auditoría, estadística y principalmente servicio al usuario final de las mismas, o sea al ciudadano.

Es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos y la seguridad en términos jurídicos. Son dos cosas absolutamente diferentes, donde la primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda. En este sentido, si bien las tecnologías de la información, aportan como se dijo velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que a veces la automatización sumada a la seguridad informática, puede hacernos caer en el error de pensar que con ello se logra la seguridad jurídica.

No tenemos dudas de que hay determinados controles que por lo menos hasta ahora no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y claramente éste es el caso de la función que ejercen los notarios en lo que respecta a la intervención de los mismos para con la seguridad jurídica que merece cada ciudadano y a su vez el propio Estado. No debemos desprendernos del concepto que muy claramente reza que la informática no es más que una herramienta al servicio de las personas, en este caso de la función notarial. Con esto veremos decir que debemos aprovechar las bondades que la tecnología nos ofrece, pero dentro del límite de tener claro que son para mejorar los servicios que cada uno brinda actualmente, haciéndolos más ágiles y tecnológicamente seguros, y que el elemento de seguridad jurídica que la tecnología no puede suplir, justamente está dado por la intervención del notario ejerciendo el rol que le compete.

Llevando la cuestión a un ejemplo vulgar, podemos afirmar que la seguridad tecnológica se basa en elementos matemáticos, u objetivos: la validación de una firma digital, es casi como decir que dos más dos es cuatro, y si da tres, es inválido; aquellos dispositivos que se basan en las huellas dactilares,

también generan un algoritmo matemático que genera el mismo control; aun aquellos que son más avanzados y que toman en cuenta las pulsaciones cardíacas al momento de la firma o la presión arterial, tampoco implica que tengan la certeza de que el consentimiento esté viciado al momento de la firma.

Y es justamente aquí donde se debe plantear la cuestión de fondo, el rol que cada notario cumple en el ejercicio de su función, no es meramente objetivo, sino subjetivo, aportando su conocimiento y razonamiento humano al caso que se le plantea.

En este sentido, la Unión Internacional del Notariado, ha realizado varias manifestaciones. A través de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica expuso: “El notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas. Su intervención, tanto por el consejo, que da de forma imparcial pero activa a las partes, como por la redacción del documento auténtico que es su resultado, confiere al usuario del derecho la seguridad jurídica que éste busca y que está tanto mejor asegurada por cuanto el notario es un jurista de alta cualificación universitaria que accede a su profesión después de diversas pruebas, exámenes y prácticas, y que ejerce conforme a las reglas disciplinarias estrictas, bajo el control permanente de la autoridad pública y gracias a una implantación geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio de cada Nación. En fin, la intervención del notario, que preserva de posibles litigios, es un mecanismo indispensable para la administración de una buena justicia”⁴³.

También manifestó la necesidad de “definir y difundir las funciones notariales en el marco de las transacciones jurídicas por vía electrónica; elaborar recomendaciones en procura de prácticas notariales uniformes en las transacciones jurídicas por vía electrónica a nivel mundial; elaborar propuestas para una formación notarial básica en materia de transacciones jurídicas por vía electrónica; proveer de información a todos los notariados que lo soliciten; desarrollar el concepto de una infraestructura notarial de seguridad a nivel mundial”⁴⁴.

⁴³ “El Notario y su función”, Conferencia de notariados de la Unión Europea, Madrid, 23 de marzo de 1990.

⁴⁴ “El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas”, Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Informática y Seguridad Jurídica.

Y además que “Desde el punto de vista notarial se deben distinguir tres niveles de confianza: la identificación, la verificación de datos relativos a los interesados y la declaración de voluntad.

Teniendo en cuenta su calificación de jurista el notario puede jugar un rol importante en los dos últimos niveles precitados. En efecto, se piensa en los casos en los que el notario interviene exclusivamente en virtud de la función pública que el Estado le ha delegado o en los casos en que las atribuciones han sido conferidas exclusivamente a los poderes públicos. En consecuencia, para transacciones electrónicas en el ámbito de la administración pública, o con la administración pública, especialmente autoridades de registro, fiscales o municipales, se desarrollarán modelos que no tendrán base comercial. El notario, que ejerce su función pública en el marco de una profesión liberal, se vincula con los dos ámbitos precitados y deberá responder con el nivel jurídico esperado tanto en las transacciones jurídicas en soporte papel como en las que se realicen por vía electrónica. La actividad del notario en calidad de redactor de actos y consejero y asistente de las partes aumenta la seguridad jurídica en la circulación de los documentos. Sin embargo, mientras las autoridades certificantes se ocupan, en principio, y según lo expresado por la teoría matemática y organizacional, sólo de las funciones técnicas de preparado y verificación de documentos electrónicos producidos individualmente (emisión de certificados, producción de claves, desarrollo y administración de los registros necesarios, etc.), el notario ha sido siempre responsable tanto de la preparación técnica de los documentos como de los servicios jurídicos ofrecidos. Así como el notario necesita hacer uso de los productos disponibles en el mercado que se relacionan con su equipamiento técnico (material informático, sellos, productos para escribir), en el ámbito de las transacciones electrónicas la utilización de los componentes necesarios y/o cooperación de prestadores de servicios técnicos le permitirá ofrecer diversos servicios notariales que implicarán meramente el transporte de sus funciones tradicionales al mundo electrónico, sin que se vea afectada su imagen. En este marco, el notario, en su carácter de prestatario de servicios jurídicos, ofrece además de una alta cualificación jurídica un valor agregado jurídico, al tiempo que utiliza las facilidades técnicas disponibles que tendrá que manejar básicamente”⁴⁵.

Dentro de todo este esquema es importante la revisión y la aclaración sobre los roles de las llamadas “Autoridades Certificadoras”, protagonistas necesarias para el funcionamiento de la infraestructura de clave pública (PKI), sin la cual se hace imposible el funcionamiento de sistemas informáticos basa-

dos en tecnología de firma digital. En este sentido es importante dejar perfectamente aclarado el rol de las autoridades certificantes y de las autoridades de registro, como agentes que administran claves públicas, y certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física; sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial. Asimismo, el uso que cada persona puede dar a su dispositivo de firma, no implica que el mismo, por estar dentro de una estructura de PKI legalmente reconocida, no tenga vicio de la voluntad alguno. Es justamente por esto que recalamos, como se dijo anteriormente, que el elemento de seguridad faltante, lo aporta la función del notario.

Cuando hablamos de tecnología, y su vertiginoso avance, no sólo hacemos referencia a lo que sucede en el presente sino que debemos tener en cuenta su impacto a futuro; y claro está que el futuro se construye sobre los parámetros y las bases que determinamos en el presente.

Estos planteos, nos deben llevar al análisis de cuál es el mejor camino para lograr una fusión seria entre los elementos que ofrece la tecnología y los roles y funciones que cada uno tiene en el espacio jurídico. Desde la óptica notarial, como se dijo anteriormente, no hay dudas de que la adaptación del notariado a la aplicación de las nuevas tecnologías es absolutamente viable; la otra cuestión que está absolutamente clara es que la misma debe ser ejercida dentro de los principios fundamentales del notariado de tipo latino. Así la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado expresó: “Consideramos además como perfectamente posible, lo que denominamos FUNCIÓN NOTARIAL ELECTRÓNICA. En este sentido, es necesario que el notariado se adecue a las tecnologías, pero su aplicación siempre debe ser realizada dentro de los principios del notariado de tipo latino. El ejemplo más clásico es que la mayoría, interpreta o imagina inicialmente, cuando se habla de este tema de la contratación a distancia, y algunos llegan a imaginar las ‘certificaciones de firmas electrónicas’ como un acto sin presencia del firmante. Lo que la comisión recomienda es todo lo contrario. ¿Se puede certificar notarialmente una firma digital? Obviamente que sí, dentro de los principios del notariado latino, o sea, siguiendo el ejemplo, con la presencia ante el notario del firmante y realizando el acto de firma frente a éste, quien previamente verificó la identidad de la persona y la validez del certificado de firma del mismo. Aclaremos que el ejemplo que se ofrece, refiere a los aspectos principales, y no en detalle el escenario de la infraestructura necesaria en la notaria, porque excede este informe”⁴⁶, y que “Por otra parte, es unánime en la comisión, que lo fundamental es la ‘función’ del notario, más allá del elemento en el que se plasme la misma, hoy ‘papel de protocolo’ mañana quizás un archivo electrónico. No nos hace notarios el otorgar nuestros actos

⁴⁵ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica UINL.

⁴⁶ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. Guanajuato, México, septiembre 2010.

sobre un papel que, si bien tiene diferentes características en los distintos países, es un ‘papel con medidas de seguridad’, sino que somos nosotros los que al ejercer nuestra propia función, dotamos a ese instrumento de las características propias del instrumento público notarial⁴⁷”.

En el mismo sentido, expresó: “los notariados deben comprometerse para que se implementen las nuevas tecnologías en la función notarial. En este sentido, se deja expresamente aclarado que la misma deberá realizarse en consonancia con los principios fundamentales del notariado de tipo latino. La intermediación del notario y las partes es fundamental e irremplazable para proporcionar aquellos elementos que la seguridad informática no ofrece. Estamos convencidos que la función notarial aporta el elemento de seguridad jurídica del que carece la herramienta tecnológica. Hoy, si bien la tecnología se presenta como un mecanismo ‘seguro’, es claro que los elementos vinculados a la inexistencia de vicios de la voluntad, y la capacidad al momento del otorgamiento del acto, no son resueltos tecnológicamente. Por esto la función del notario, que perfectamente puede adecuarse a la utilización de las nuevas tecnologías, dotaría de seguridad jurídica a los documentos electrónicos. Es importante que los notariados tengan claro que deben tomar la iniciativa en cuestiones de implementación de circuitos electrónicos. En este sentido es fundamental que realicen capacitación de su notariado base y generen estrategias para vincular al notariado con la estructura estatal, y promover las reformas legislativas que fueren pertinentes a tal fin⁴⁸”.

Todos estos conceptos, dejan en claro el rol del notariado y su función como guardián de la seguridad jurídica y creador de los documentos que pasan bajo su ministerio; el acto contenido en el documento público notarial, posee no sólo los elementos jurídicos necesarios para el mismo, sino la seguridad que brinda el asesoramiento previo, la verificación de la capacidad de sus otorgantes y la ausencia de vicios de la voluntad en los mismos al momento de su otorgamiento.

Cabe aclarar que en el caso puntual de la República Argentina, la Ley de Firma Digital 25.506, en su artículo 4º, deja fuera del ámbito de aplicación de la misma a las escrituras públicas.

III.7. SEGURIDAD DOCUMENTAL Y REGISTRAL

Notarios y registradores -en sus respectivos ámbitos- están encargados de bregar por la seguridad jurídica privada⁴⁹. El notario en la esfera de los actos y negocios jurídicos que autoriza y el registrador en el ejercicio de sus funciones de calificación e inscripción de documentos (sean notariales o de otra índole), que acceden al registro⁵⁰.

En el sistema notarial de tipo latino, las instituciones notarial y registral emergen como las más idóneas para obtener a priori, la fijación del derecho privado, y en consecuencia, brindar a los particulares seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias.

La función notarial es básicamente preventiva, evita el litigio, al dejar los actos y negocios jurídicos sometidos a su órbita, absolutamente claros, firmes y seguros.

“El ciudadano común -porque el mundo creció, porque los negocios son complejos y porque ya no puede simplemente dar la palabra para el cumplimiento de un contrato- comenzó a requerir un documento, y un documento elaborado en grado de perfección, por un jurista conocedor del tema y de la problemática actual, de la anterior y de las figuras modernas y de la adecuación a los tiempos.

Pero a su vez no cualquier instrumento, sino un instrumento que a través de la función fedante, a través de la intervención del escribano, genere certeza y seguridad”... El notario “crea un documento auténtico que ingresa al registro con una estructura y un peso de verdad, que surgen de la propia norma y de su función fedataria; y que sólo puede ser atacado con una querrela de falsedad”.⁵¹

Para lograr una óptima seguridad jurídica privada, es necesario que las escrituras públicas accedan a los registros públicos⁵², obteniendo de esta forma efectos erga omnes.

En nuestro sistema legal, una y otra función (notarial y registral), están estrechamente vinculadas entre sí; de modo que la publicidad cartular se completa con la publicidad registral, en aras de una mayor seguridad jurídica.

⁴⁷ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. Guanajuato, México, septiembre 2010.

⁴⁸ Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. La Habana, Cuba, marzo 2011.

⁴⁹ Es admitida la desmembración de la seguridad jurídica en pública y privada. La primera, refiere a las relaciones entre el Estado y el individuo; la segunda refiere a las relaciones de los individuos entre sí; avala relaciones jurídicas de naturaleza privada, así como sus actos jurídicos constitutivos, modificativos y extintivos. El derecho registral inmobiliario está esencialmente ligado a la seguridad jurídica privada.

⁵⁰ Nuestro sistema registral inmobiliario es declarativo, no constitutivo; y lo que se inscriben son títulos, documentos o instrumentos, no derechos. Los

derechos reales sobre inmuebles, nacen, se modifican, transfieren y extinguen extrarregistralmente, siendo requisitos esenciales el título suficiente y el modo suficiente (art. 2505 del Código Civil). En nuestro ordenamiento jurídico, la publicidad cartular se completa o perfecciona con la publicidad registral.

⁵¹ Dodda, Zulma A.. “La seguridad jurídica y el notariado”. Conferencia pronunciada durante la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos. Mar del Plata, Argentina, abril de 2005.

⁵² Los Registros Públicos Inmobiliarios, constituyen un medio para la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles; debiendo ser la registración de los documentos que contienen los actos jurídicos que sirven de causa a dichos derechos, de carácter obligatorio.

Los Registros Públicos Inmobiliarios, son instituciones organizadas por el Estado, puestas a su servicio y al de los particulares para consolidar la seguridad jurídica; principio éste, universalmente reconocido en los estados de derecho, que garantiza la aplicación objetiva de la ley.

A fin de salvaguardar el riesgo que implica la lentitud en el tráfico del documento notarial al registro público para su inscripción, es que se ha establecido el principio de reserva de prioridad; pilar fundamental del sistema registral inmobiliario argentino, establecido por el legislador a fin de brindar seguridad jurídica en la contratación y protección a las personas (físicas o jurídicas) que intervienen en la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, quienes deben quedar al margen de los distintos sucesos que puedan involucrar al transmitente o a sus acreedores. Nuestros registros inmobiliarios inscriben documentos y no derechos; así la inscripción de los títulos perfecciona su oponibilidad frente a terceros”.

En un sistema registral como el nuestro (declarativo), que requiere para su registro documentos auténticos, la labor de calificación del registrador es mas rápida, sencilla y por ende conlleva menor responsabilidad; pues su estudio se centra en la forma extrínseca y en aspectos sustanciales que surjan de la escritura pública (si el notario no se hubiese manifestado respecto de éstos de manera expresa y fundada) y en aquellas situaciones jurídicas que hacen al tracto (encadenamiento con el asiento registral antecedente).

CAPÍTULO IV

DERECHO DE PROPIEDAD ⁵³

IV.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD DESDE LA VISIÓN CONSTITUCIONAL ⁵⁴

La Corte Suprema de Justicia acuñó un concepto de propiedad abarcando en él a todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y

de su libertad, y que estén definitivamente incorporados a su patrimonio.⁵⁵

De manera que la protección que brinda a la propiedad el art. 17 de la Constitución Nacional alcanza a todos los bienes que pueda tener una persona, cualquiera que sea su naturaleza (materiales o inmateriales) y que se los pueda apreciar económicamente. En un orden general, en tanto el de propiedad es un derecho subjetivo civil e individual, ello trae aparejado que su titular tiene un poder directo sobre el bien de que se trate, de manera que podrá disponer de él sin más restricciones que las que la ley le imponga.

El contenido concreto del derecho de propiedad, que también surge de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, se integra con los “derechos reales” (Fallos. T.145-325); los “derechos personales” (Fallos T.145-325); los “derechos patrimoniales” regulados por el derecho administrativo (Fallos T.304-586); el “derecho de transmitir y recibir por causa de muerte” (Fallos. T.190-159); los “derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial”.

La doctrina prefiere sustituir el término propiedad por el de derechos patrimoniales y, en cuanto a la condición de que estén efectivamente incorporados al patrimonio de la persona, su importancia radica en que cuando esto ha ocurrido, ninguna ley posterior puede alterarlo.

Consecuencia de lo anterior es que la no retroactividad de la ley se engarza con la inviolabilidad que predica el art. 17, actuando ambas como garantías constitucionales.

Siguiendo con esta visión constitucional, el mencionado art. 17 establece los parámetros bajo los cuales será factible expropiar la propiedad cuando se la promueva por una causa de utilidad pública. Las condicionantes son dos: afectación legal e indemnización previa. Las normas específicas sobre expropiación⁵⁶ admiten que ella pueda recaer sobre todos los bienes convenientes o necesarios para satisfacer la utilidad pública, sean del dominio público o privado, sean cosas o no. La amplitud normativa fue criticada, habiéndose obtenido resultados conflictivos en el caso de concurrir afectaciones dispuestas por leyes nacionales y provinciales sobre bienes del dominio público y/o privado de cualquiera de estas jurisdicciones.

⁵³ Encaramos el tratamiento de los rubros que integran este tema IV, con cita de las normas vinculadas contenidas en el “Proyecto de Código Civil y Comercial” (Texto publicado por Zavallía, Prov. Bs. As., julio 2012), elaborado por la Comisión de juristas designada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 191/2011 e integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Inés Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Este enfoque obedece a la particular incidencia que tiene esta proyectada reforma sobre la normativa civil regulatoria de los derechos reales, y por estar claramente involucrada en la temática particular que nos ocupa, propuesta para este Congreso Internacional del Notariado Latino.

⁵⁴ *Tratado de Derecho Constitucional y su Addenda*. Ekmekdjian, Miguel Ángel. Tomo II (arts. 14 bis a 27). Edit. Depalma. Bs. As. 1994.

⁵⁵ Sobre el desarrollo del concepto “propiedad” desde la óptica del más alto tribunal consultar la doctrina de los fallos dictados en autos: “Horta, José c/Harguindeguy, Ernesto”, (21/8/1922) Fallos 136-59; “Mango, Leonardo c/Traba, Ernesto”, (20/8/1925) Fallos 144-220 y “Bourdieu, Pedro c/Municipalidad de la Capital”, 16/12/1925) Fallos T. 145, pág. 325. Fuente: *Derecho Civil. Derechos reales*, Tomo I. Papaño, Ricardo J., Kiper, Claudio M., Dillon, Gregorio A., Causse, Jorge R. Astrea, 2012.

⁵⁶ Ley de facto 21.499/77.

Si el Estado, no obstante haber dado cumplimiento a todos los actos necesarios para perfeccionar la expropiación, no le hubiere dado la utilidad prevista o, directamente, no le hubiere dado ninguna utilidad, quien haya sufrido la expropiación goza de un plazo de dos años para reclamar el recupero de lo expropiado, mediante el recurso de la retrocesión, devolviendo la indemnización recibida.

La propiedad intelectual también es motivo de protección en este mismo art. 17 y por el término legal, de manera que los derechos del autor sobre su obra, o mejor dicho los derechos intelectuales, algo menos próximos a la idea de derecho patrimonial y más cercano a lo ético, quedaron incorporados al plexo constitucional.

La limitación temporal se explica porque luego del período en el que los derechos fueron percibidos por el autor, la sociedad tiene a su favor la prerrogativa de gozar de los beneficios de la obra intelectual. Ello así porque silenciosamente le aportó al creador elementos que le permitieron elaborarla. A propósito de la propiedad industrial, es frecuente advertir que los bienes intangibles de las empresas (marcas, patentes, secretos empresariales) revisten una importancia económica igual o mucho más significativa que todos sus activos físicos. No nos ocupamos de la confiscación ni de la requisa, herramientas que el art. 17 se ocupa de desterrar, por ser tópicos ajenos a los temas que nos ocupan.

Finalmente, hacemos hincapié en una de las manifestaciones que pusieron en evidencia la pérdida de intensidad del liberalismo a ultranza del siglo XIX. Nos referimos a la “*función social de la propiedad*” motorizada por la doctrina social de la Iglesia (v. *encíclicas papales: Rerum Novarum* (León XIII-1891); *Quadragesimo Anno* (Pío XI-1931); *Mater et Magistra* (Juan XXIII); *Populorum Progressio* (Pablo VI-1967), *Centesimus Annus* (Juan Pablo II-1991)) la que, juntamente con la regulación del trabajo dependiente y la amplitud conceptual conferida al derecho de propiedad, fueron adquiriendo jerarquía constitucional a partir de su primera expresión en la Constitución de México de 1917.

La primera manifestación constitucional ocurrida en nuestro país se produjo con la reforma de 1949 a nuestra Carta Magna, aunque sólo se ocupó de convertir en norma de la más alta jerarquía decisiones que había adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta Constitución Nacional fue dejada sin efecto por el entonces gobierno de facto, lo que fue confirmado por la Convención Constituyente de 1957 que repuso la Constitución de 1953 y le incorpora el art. 14 bis.

Si bien en este artículo no se fijan conceptos precisos sobre la función social de la propiedad, sirvió para que por otra vía se consolidara esa función, ora a través de leyes especiales (locaciones urbanas, represión del agio y de la especulación, arrendamientos rurales, contratos laborales, etc.), ora me-

dian la reforma de artículos del Código Civil (arts. 2513 y 2514) que relativizan el concepto romanista del derecho de propiedad para acuñar otro que le reconoce una orientación directamente vinculada con lo social.

La reforma de 1994, que mantiene la protección de la propiedad de sus artículos 14 y 17, introduce con jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales que conciernen a los derechos humanos y potencia el reconocimiento de sus tierras a los pueblos originarios (v. art. 75 incisos 17 y 22). Esta reforma genera un doble centro de imputación normativa admitiendo, por un lado, la existencia de derechos en los que el interés que se protege está vinculado con las necesidades comunitarias y, por otro, que no haya un titular predeterminado de estos derechos. De alguna manera, con esta reforma el perjuicio se diluye por las dificultades que trae aparejado determinarlo en supuestos tales como: la tala indiscriminada; el aprisionamiento de las aguas y la atención debida a los consumidores (v. arts. 41 y 42).

Dentro de la órbita constitucional que examinamos corresponde referirnos a la protección de la vivienda familiar única y de ocupación permanente, la que alcanzó su expresión más contundente con la sanción de la Ley nacional 14.394, entre cuyas disposiciones contempló la posibilidad de afectar un bien inmueble, urbano o rural, como **bien de familia**, a través de un trámite administrativo o mediante el otorgamiento de una escritura pública.

Se destacan entre sus características más sobresalientes: que la afectación debe ser solicitada por el propietario, para quien tiene la consecuencia de limitarlo en el ejercicio de su gestión patrimonial, porque ese inmueble no será susceptible de ejecución por los acreedores cuyos créditos sean de fecha posterior a la inscripción registral. Esta inscripción es constitutiva de manera que recién cuando ésta se alcance la afectación será oponible a terceros.

La relevancia de esta institución, dictada al amparo de las facultades no delegadas a las provincias, concierne a su carácter de ley nacional, puesta a disposición de todos los habitantes de nuestro país, por lo que la inejecutabilidad del inmueble afectado sólo la puede invocar quien se haya sometido a la totalidad de sus disposiciones.

No obstante, en diversas constituciones provinciales o por algunas normas locales se admiten mecanismos de protección de la vivienda decretando su inembargabilidad e inejecutabilidad. En su momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la inconstitucionalidad de estas previsiones por entender que invadía lo que establece el art. 505 del Código Civil sobre los efectos de las obligaciones respecto del acreedor, habida cuenta que la regulación de las relaciones entre acreedor y deudor es materia de exclusiva incumbencia del Congreso Nacional, lo que alcanza también a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes

del deudor (Fallos: 271:140; 103:373; 252:26; etc.).

Recientemente en la Provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 14.432, normativa alcanzada por los mismos reparos que hizo notar nuestro más alto Tribunal de Justicia, exigida por una reglamentación que, de no dictarse, la dejaría sin operatividad alguna.

La conflictividad que se podría generar por la sanción de estas normativas será zanjada teniendo en cuenta los fines y materias que se regulan de modo tal que, establecido que son de incumbencia de la legislación de fondo, las normas locales no podrán ser aplicadas por la supremacía jerárquica de las leyes sustanciales de la Nación.

IV.2. BIENES PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES Y DEL DOMINIO DEL ESTADO

IV.2.A. LOS BIENES PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES

El artículo 2347 del Código Civil contiene una fórmula de exclusión de la que resulta: que todas las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los estados, de las municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas. De manera que resulta necesario apelar a las normas que deciden cuáles son esos bienes para establecer cuáles son los que les pueden pertenecer a las personas físicas y/o jurídicas.

IV.2.B. LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO

El artículo 2339 del Código Civil distingue entre los bienes públicos del Estado general que forma la Nación o de los estados particulares de que ella se compone, de los que son bienes privados del Estado general o de los estados particulares.

Entre los bienes públicos quedan comprendidos todos aquellos inalienables, destinados al uso y goce de toda la población, cuyo uso es habitualmente gratuito salvo cuando se perciben cantidades mínimas destinadas a su reparación y/o mantenimiento.

El art. 2340 incluye entre otros los siguientes:

1. Los mares territoriales hasta la distancia que la legislación especial establezca, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua.
2. Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros.

3. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas (...).

4. Las playas marinas y las riberas internas de los ríos.

5. Los lagos navegables, y sus lechos.

6. Las islas que no pertenezcan a particulares que se formen en lagos navegables, ríos o mar territorial.

7. Las obras públicas, como plazas o caminos.

8. Los documentos oficiales de los poderes del Estado; y

9. Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.

Mediante decisión que se deberá adoptar por los poderes competentes (legislativo o administrador), los bienes públicos del Estado pueden ser desafectados e ingresar a su dominio privado.

El dominio privado del Estado se rige por las normas del Código Civil como cualquier particular, salvo para su enajenación exigida por los requisitos que imponga el derecho administrativo.

Estos bienes están designados en la nómina del art. 2342 del Código Civil.

1. Las tierras sin dueño que se encuentren en la República (tierras fiscales).

2. Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles (...).

3. Los bienes vacantes (inmuebles sin dueño) o mostrencos (cosas muebles sin dueño).

4. Las construcciones efectuadas por el Estado, y los bienes adquiridos por éste.

5. Las embarcaciones que naufraguen en las costas argentinas, sus fragmentos y cargamentos, si pertenecen a corsarios o enemigos.

Los bienes privados del Estado que se destinan a la prestación de un servicio público no pueden embargarse.

En el art. 2344 del Código Civil se establece que son bienes municipales los que el Estado o los estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Los que son enajenables

en el modo y forma que las leyes especiales lo autoricen. La propiedad de los templos y de las cosas sagradas y religiosas está regulada en los arts. 2345 y 2346 del Código Civil.

IV.2.C. LOS BIENES CON RELACIÓN A LAS PERSONAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN TRATAMIENTO EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN

Las normas son de factura muy próxima a las del Código Civil. En este proyecto se menciona a los “*bienes pertenecientes al dominio del Estado*” y, por otro lado se alude a los “*bienes del dominio privado del Estado*” (arts. 235 y 236). Se eliminan las “construcciones” y las cosas de “corsarios o enemigos”. Se percibe un tratamiento mucho más amplio de los bienes, distante del patrimonialista que le imprimió el Codificador. En este orden se contemplan a los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios y los derechos de incidencia colectiva con regulaciones particulares.

IV.3. ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES LEYES QUE REGULAN LA PROPIEDAD INMUEBLE?

En el orden nacional y respecto de la propiedad inmobiliaria, corresponde mencionar las siguientes leyes actualmente vigentes:

- Ley de venta de inmuebles fraccionados en lotes pagaderos a plazos 14.005/50, modificada por la 23.266/85.
- Ley 14.394/54 en lo concerniente a la afectación de inmuebles como bien de familia.
- Ley de Propiedad Horizontal 13.512/48.
- Ley de Reformas al Código Civil 17.711/68.
- Ley Registral Inmobiliaria 17.801/68.
- Ley de Prehorizontalidad 19.724/72.
- Ley de Locaciones Urbanas 23.091/84.
- Ley 22.232/94 de Inembargabilidad e Inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con préstamo del Banco Hipotecario Nacional.
- Ley de Regularización dominial 24.374/94.
- Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción 24.441/95.
- Ley de superficie forestal 25.509/01.
- Ley Nacional de Catastro 26.209/05.

Localmente cada jurisdicción territorial ha dictado sus propias disposiciones regulatorias de la propiedad inmueble. Se destacan, entre otras, las siguientes normas sancionadas en la Provincia de Buenos Aires: a) Decreto 2489/63, con directivas registrales inmobiliarias y reglamentación de la Ley nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48; b) Decreto Ley

8912/77 sobre Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo; c) Decreto 9404/86 para el emplazamiento de los Clubes de Campo; d.) Decreto 27/98 para el emplazamiento de los Barrios Cerrados; e) Ley 1727/02 creando el Registro de Urbanizaciones Cerradas; f) Decreto 947/04 que permite actualizar el estado constructivo de unidades afectadas al régimen horizontal. Ponemos énfasis en destacar estas regulaciones porque ha sido en jurisdicción de la mencionada provincia donde se emplazaron, en cantidad más que significativa, las nuevas manifestaciones de la propiedad inmueble: parques industriales, clubes de campo y barrios cerrados. En el resto de las jurisdicciones provinciales sus respectivas legislaturas apelaron a la normativa dictada y vigente en la Provincia de Buenos Aires. De última generación es la Ley 24.432/2012 dictada en la Provincia de Buenos Aires, regulatoria de la protección de la vivienda única y de ocupación permanente, pendiente a la fecha de reglamentación.

IV.4. ¿CUÁLES SON LOS TIPOS DE BIENES INMUEBLES QUE REGULAN LAS LEYES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN TRATAMIENTO EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN?

IV.4.1. INMUEBLES POR SU NATURALEZA: dice el art. 2314 del Código Civil que “(...) *las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre*”.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial tales inmuebles son: “(...) *el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y los que se encuentren bajo el suelo sin el hecho del hombre*.” (Art. 225).

IV.4.2. INMUEBLES POR ACCESIÓN: para el Código Civil son consideradas inmuebles las cosas muebles que realmente se encuentren inmovilizadas en sí mismas que se convierten en inmuebles por estar realmente inmovilizadas por su adhesión física y perpetua al suelo (art. 2315: *accesión física*) o por estar puestas intencionalmente por su propietario, como accesorias de un inmueble, sin estarlo físicamente; o cuando sean puestas por los propietarios o los arrendatarios de los predios o por el usufructuario, mientras dura su derecho. (Arts. 2316, 2320 y 2321).

En el mencionado proyecto “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario*.” (Art. 226).

IV.4.3. INMUEBLES POR SU CARÁCTER REPRESENTATIVO: dice el art. 2317 del Código Civil: “(...) los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis”.

El Proyecto de Código Civil y Comercial, dentro del Título referido a los bienes, no trae una disposición que contemple a los inmuebles por su carácter representativo.

IV.5. LIMITACIONES O RESTRICCIONES AL DERECHO DE PROPIEDAD DE CARÁCTER PÚBLICO Y PRIVADO

El Código Civil trata la materia de las restricciones y límites del dominio a partir del art. 2611, en el Título VI del Libro III.

El Codificador, en la nota al art. 2506 expresa que “... según dijeron los sabios antiguos, aunque el hombre tenga poder de hacer en lo suyo lo que quisiere debelo hacer de manera que no haga daño ni atropello a otro”. A lo que se debe agregar que el derecho de dominio está sometido a numerosas restricciones, no sólo respecto de los vecinos y fundos contiguos, sino también en el interés público.

El art. 2611 establece que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo. Esto implica reconocerle al Estado un extraordinario poder de limitación del dominio al instituirse el “*numerus apertus*” para las restricciones impuestas en el interés público por el derecho administrativo.

Sin embargo, en el Código existen restricciones al dominio (dispuestas, según el Código, en el interés privado) tales como el camino de sirga (art. 2639), las cláusulas de inenajenabilidad (arts. 2612 y 2613), aun cuando en ellas prevalezcan connotaciones de interés público. La única restricción al dominio de carácter convencional la encontramos en las disposiciones de la Ley nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial los límites al dominio están dispuestos en el Capítulo 4 del Título 3 del Libro Cuarto (art. 1970 y siguientes) contemplándose entre sus disposiciones algunas de las siguientes: a) que los límites impuestos en materia de vecindad rigen en subsidio de las normas administrativas dictadas en cada jurisdicción; b) que los deberes impuestos por las limitaciones no generan indemnización de daños salvo que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio; c) las cláusulas de inenajenabilidad; d) el camino de sirga que se reduce a 15 metros; e) luces y vistas, etc.

IV.6. FORMAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

IV.6.A. FORMAS DE ADQUIRIR EL DERECHO REAL DE DOMINIO

Los medios de adquirir el dominio son los hechos y actos (humanos y jurídicos) previstos por la ley para adjudicar en propiedad una cosa determinada, mueble o inmueble, a una persona que, así, incorpora ese derecho real a su patrimonio. El art. 2524 del Código Civil enumera los siguientes modos de adquisición del dominio: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de los frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción.

La doctrina civil calificó de incompleta esta nómina, señalando que no se mencionan las siguientes formas de adquirir: a) la que hace el poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida (art. 2412 Código Civil); b) la que concreta el propietario del fundo del tesoro hallado por un tercero (art. 2556 Código Civil); c) el supuesto de expropiación por causa de utilidad pública (no obstante que la menciona el art. 17 de la Constitución Nacional y el art. 2511 del Código Civil)⁵⁷; d) la que verifica el subadquirente de buena fe y a título oneroso, no obstante que el acto por el cual su antecesor llegó a ser propietario haya sido anulado (art. 1051 Código Civil)⁵⁸; e) la que hace el Estado a través de decomiso, dejando al margen de esta forma de adquirir a los particulares, regida por leyes aduaneras, de precios máximos, sanitarias, de pesca, de policía municipal, etc.

IV.6.B. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE ADQUIRIR

- Por actos entre vivos o mortis causa. En el primer caso cuando ocurre el acto traditivo de la posesión de la cosa de que se trate (arts. 577 y 2524 inc. 4º, Código Civil). Ejemplo del segundo caso: el legado de cosa cierta (arts. 2524 inc. 6º y 3766, Código Civil).
- A título universal y a título singular, según si lo adquirido fuera la totalidad o una parte de los bienes que constituyen un patrimonio (ver art. 2313 y su nota Código Civil), o si fuese una cosa determinada. El primer caso se verifica en la sucesión por causa de muerte (arts. 3279, 3263, etc.), y el segundo cuando la cosa es adquirida por medio de un acto jurídico idóneo para transmitir la propiedad seguido de la tradición (art. 3265).
- Originarios y derivados: se tiene por adquisición derivada a la que ocurre independientemente y pese al derecho que

⁵⁷ Lafaille, Héctor. Tratado de los derechos reales. Vol. I, Nº 568 y 599.

⁵⁸ Alterini, Jorge H. en Llambías – Alterini, Código Civil anotado, T. IV. A. Pág. 321.

tenía el propietario anterior, o cuando la cosa no tenía dueño (res nullius), como sucede con la apropiación, la especificación, la accesión, la percepción de frutos y la prescripción adquisitiva. En estos casos, el derecho de dominio se adquiere con total amplitud y sin más limitación que la que pueda imponer la ley. En cambio, cuando se adquiere de un titular anterior (art. 3265 y mortis causa) se dice que el modo de adquirir es “derivado” y esto trae como consecuencia que el adquirente tendrá la cosa con todas las cargas, gravámenes y limitaciones (arts. 3266, 3278, etc.). Modos de adquirir derivados son la tradición y la sucesión en los derechos del propietario, es decir los previstos en los incs. 4° y 6° del art. 2524.

IV.6.C. LA ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Mantiene los requisitos del título y del modo para adquirir derechos reales en forma derivada y por actos entre vivos (los que deberán ocurrir entre personas capaces y legitimadas al efecto) (art. 1892), remitiendo al Libro Quinto en lo relativo a la adquisición por causa de muerte.

No modificó el carácter declarativo de la publicidad registral, manteniendo el régimen imperante en el Código Civil reformado por la Ley nacional 17.711/68 a través del art. 2505 en forma concordante con la Ley nacional de Registro 17.801/68. La oponibilidad de la adquisición o transmisión de los derechos reales constituidos conforme las disposiciones de este Proyecto, son oponibles a terceros interesados y de buena fe cuando tengan publicidad suficiente, la que se considerará alcanzada por la inscripción registral o por la posesión, según el caso. (Art. 1893).

Prevé que ocurra la adquisición por el mero efecto de la ley en los casos que se indican en el art. 1894; limita absolutamente que por vía judicial se pueda constituir derecho real alguno o imponer su constitución, salvo que una disposición legal disponga lo contrario, y admite la adquisición por prescripción tanto larga como breve bajo idénticos parámetros con los que estos institutos legales son tratados en el Código Civil en el Libro Cuarto relativo a los derechos reales y personales. En cuanto a la sentencia de prescripción adquisitiva larga, y con un sentido contrario al efecto retroactivo que se le reconoce a la sentencia, establece que ésta debe indicar la fecha en la que se cumple el plazo legal para producir la adquisición del respectivo derecho real. (Art. 1905).

IV.7. COPROPIEDAD, CONDOMINIO, TIEMPO COMPARTIDO Y OTRAS MODALIDADES DE LA PROPIEDAD

IV.7.A.: En nuestro país irrumpen, sucesivamente, nuevas formas de ser de la propiedad inmueble, contándose entre

ellas: los clubes de campo, los parques industriales, el tiempo compartido, los cementerios privados, los centros de compras y los barrios cerrados. Su emplazamiento en la órbita inmobiliaria fue motorizado por la iniciativa creadora de la autonomía privada. El poder administrador se ocupa de ellas más tarde, dictando las regulaciones pertinentes a nivel local, en función de las jurisdicciones políticas en las que tuvieron desarrollo.

En algunos casos (v. gr. tiempo compartido, cementerios privados y centros de compras) se advirtió que era preferible comercializar los productos derivados a través del otorgamiento de derechos personales. El condominio vigente, vaciado en el molde romanista, constituía un estado transitorio de la propiedad y sus reglas sobre actos de disposición, administración y partición están enderezadas a su conclusión, lo que lo convierte en un derecho real esencialmente inestable. Por su parte los supuestos de indivisión forzosa de fuente legal, convencional, testamentaria o judicial, deben ser estrictamente considerados, sin posibilidad de extenderlos a otros casos que no sean los autorizados legislativamente ni de exceder sus condiciones y plazos. Las circunstancias que anotamos contribuyeron decisivamente para que la comercialización se orientara como lo expresáramos.

Como consecuencia de lo anterior los clubes de campo, los parques industriales y los barrios cerrados hacen pie y se consolidan en la órbita de los derechos reales, confiriéndoles a sus adquirentes título suficiente con la consecuente inscripción registral. Mayoritariamente se los identifica como afectados al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, cualquiera fuera su lugar de emplazamiento. En los casos en que así no ha ocurrido, las diferencias son operativas en cuanto a la utilización de todo aquello que sea de aprovechamiento común en estos complejos inmobiliarios, y los títulos que se otorgan no se encuentran afectados a las restricciones voluntarias al dominio, emergentes de la aplicación del régimen horizontal.

Conceptualmente el tiempo compartido se configura a través del otorgamiento de la facultad de usar y gozar con exclusividad determinados bienes (generalmente inmuebles) sucesiva y alternadamente, por períodos previamente establecidos de duración perpetua o temporaria, transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte.

El cementerio privado implica la titularidad de un inmueble que debe obtener una habilitación municipal (porque es la comuna local la que ejerce el poder de policía mortuoria) para emplazarse como tal y que, en función de esta particular situación, queda autorizado para transferir el uso y goce de unidades destinadas a la inhumación y exhumación de cadáveres.

El emplazamiento de los clubes de campo y de los barrios cerrados suele estar regulado por normas de idéntica factura

por tratarse de emplazamientos inmobiliarios que, esencialmente, difieren en su magnitud, mucho mayor la de los primeros.

IV.7.B. El Proyecto de Código Civil y Comercial bajo el título común de conjuntos inmobiliarios incluye a éstos juntamente con los cementerios privados y el tiempo compartido, implementando una regulación individual que tiene en cuenta, fundamentalmente, lo que es el objeto inmobiliario de estos emprendimientos. Esto no fue óbice para que a cada una de estas situaciones jurídicas se las categorizara como derechos reales autónomos, cuestión muy opinable cuya resolución final está pendiente.

IV.8. LA HIPOTECA. SU CONSTITUCIÓN. INSCRIPCIÓN Y EJECUCIÓN

IV.8.A. En el Código Civil el derecho real de hipoteca se sostiene sobre estos pilares, que constituyen sus requisitos esenciales, manteniéndose como característica especial que la cosa inmueble continúa en poder del deudor: a) la especialidad que tiene dos vertientes: a.1) la crediticia o grado de agresión patrimonial que está dispuesto a tolerar el deudor respondiendo con la cosa que afecta al gravamen, y a.2) la objetiva, que remite a la cosa inmueble que el deudor hipoteca; b) la accesoriedad, vínculo necesario entre la causa fuente y el gravamen, originando una relación de apoyo en una obligación (cuyo cumplimiento garantiza) la que puede tener como fuente al contrato, al cuasi contrato, al delito, al cuasi delito o a la ley; c) la registración inmobiliaria a los efectos de publicitar la constitución de la hipoteca.

Desde el concepto legal que nos provee el Código Civil (art. 3108) la hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación dineraria: cuando la obligación no tiene esta naturaleza, se debe establecer un monto estimativo.

La constitución de una hipoteca se debe instrumentar en escritura pública dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 3131: a) individualización de deudor y acreedor; b) fecha y naturaleza del contrato al que accede y archivo en el que se encuentra; c) datos relativos al inmueble que se hipoteca y d) suma cierta de la deuda.

La inscripción registral debe producirse en el plazo legal (45 días) contado a partir de la fecha de otorgamiento del acto, para conservar y ejercer la prioridad que confiere el certificado con bloqueo solicitado por el escribano que autorizará el acto notarial, durante su vigencia, procedimiento que retrotrae los efectos del acto a la fecha del otorgamiento. De no contarse con este certificado la inscripción será directa, de manera que todo acto jurídico o medida cautelar cuyo ingreso sea anterior al del testimonio o copia de la escritura constitutiva de la hipoteca, será oponible al deudor, al

acreedor hipotecario y al autorizante del acto.

Frente al incumplimiento del deudor de la obligación que se hubiera garantizado, el acreedor procederá ejecutivamente por dos vías posibles, tramitando ambas en sede judicial. Una netamente procesal que se inicia con la demanda por cumplimiento hasta concluir en la subasta del inmueble, y la otra, con muy poca intervención jurisdiccional, motorizada por la parte acreedora y con un relevante protagonismo notarial. Este procedimiento especial de ejecución hipotecaria fue habilitado por la Ley 24.441/95 de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, y la doctrina lo calificó como juicio hipotecario propiamente dicho, pues persigue la ejecución del inmueble hipotecado para obtener la liquidación de la deuda.

Restaría aludir, para completar este subtema, que en el Código Civil se admite la emisión de pagarés hipotecarios (intervenidos por el registrador de la hipoteca -art. 3202-), a fin de que el deudor, una vez cancelada la deuda y recuperados la totalidad de los pagarés que firmó, obtenga la cancelación del gravamen sin necesidad de la presencia del acreedor.

Siguiendo relativamente el régimen de los pagarés hipotecarios, la Ley 24.441/95 dio origen a las letras hipotecarias cartulares y escriturales, de las que sólo tuvieron operatividad las últimas nombradas. Una norma clave para el funcionamiento de estas letras, es el art. 37 de la Ley, en el que se previó que la emisión de la letra hipotecaria trae aparejada una novación legal, por lo que el deudor ya no deberá por la causa que originó su deuda sino por el importe que figure en la letra. La emisión de las letras fue pensada para su colocación en un mercado secundario de capitales.

V.8.B. En el Proyecto de Código Civil y Comercial (Título 13, Cap. 2) al deudor se lo identifica como constituyente, admitiéndose que la hipoteca sea constituida por los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie. Esta atribución legal no dismula que sea necesario examinarla para precisar su procedencia y alcance, al menos, en algunos de los derechos reales que se citan.

En general este proyecto mantiene los lineamientos del Código Civil permitiendo que el acreedor hipotecario, cuyo gravamen pesa sobre una parte indivisa del inmueble del deudor, se oponga a la partición extrajudicial que pretendan llevar a cabo los condóminos. Por otra parte admite que se convenga la aplicación del proceso ejecutivo que las partes acuerden.

Una reforma relevante de este proyecto respecto del derecho real de hipoteca es la introducción de la hipoteca de máximo y la admisión de las hipotecas abiertas tema, este último, de los más controvertidos en la doctrina civil especializada.

En el primer caso mediante la intervención de varios artícu-

los (2187, 2189 y 2193), cuyos textos reclaman una interpretación armónica si lo que se propone es admitir este tipo de garantía tanto para créditos determinados como indeterminados.

En segundo caso se abre el juego a las hipotecas abiertas (aseguramiento de créditos indeterminados en su causa fuente, caracterizados por estar pendiente la individualización del crédito en sus elementos necesarios), lo que puede ocurrir posteriormente pero antes de procederse ejecutivamente contra el deudor que no cumplió con las obligaciones a su cargo.

CAPÍTULO V

EL SISTEMA REGISTRAL EN LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

V.1. PRINCIPALES SISTEMAS REGISTRALES PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS

Como lo requiere el coordinador internacional desarrollamos una breve síntesis de los principales sistemas registrales inmobiliarios para establecer la comparación con el sistema registral argentino.

Sistema alemán

El dominio de los inmuebles se adquiere por un *negocio dispositivo* en el que hay acuerdo, no hay actos materiales sobre el inmueble sino actos oficiales sobre el papel.

Se trata de un *negocio abstracto*. La posesión no tiene ninguna relación con la adquisición del inmueble. *El negocio vale aunque sea nulo el título*, pero en estos casos de nulidades se abre una instancia de acción personal por enriquecimiento para corregir el desplazamiento patrimonial.

El dominio se adquiere por la inscripción y el titular inscripto transmite la propiedad aunque no esté en posesión.

Se aplica el principio de presunción de exactitud de la registración y el que alegue una inexactitud tiene la carga de la prueba.

Tiene plena vigencia el principio de **fe pública registral**, la adquisición de la posición registral conduce directamente a la propiedad, aún adquirida de quien no es dueño.

El registro inexacto vale como exacto para el tercero que celebra un negocio dispositivo con el titular inscripto, obrando de buena fe y en consecuencia adquiere la posición registral inatacable por acciones reales.

El derecho alemán no admite la usucapión contra tábulas, es decir la usucapión contra el titular registral. En cambio admite la adquisición secundum tabulas, es decir el que tiene la posición registral sin ser dueño y además tiene la posesión (coincide registro y posesión) durante 30 años

adquiere el dominio.

Por otro lado si una persona tiene la posesión durante 30 años y citado el titular registral no comparece, se declara caduca la posición registral y se inscribe al poseedor.

Sistema francés

El sistema del Código de Napoleón buscaba resolver el problema que generaban las donaciones a terceros, con relación a las cuales los herederos no tenían ninguna acción.

Las donaciones tenían que insinuarse, es decir registrarse ante el juez. Las no “insinuadas” eran inoponibles a terceros, entre los que se incluía a los herederos.

Al estallar la Revolución Francesa la preocupación tiene su centro en los acreedores y cómo protegerlos, asegurando que contraten con el dueño. Para ello se establece que “Los actos traslativos de bienes y derechos susceptibles de hipotecas, deben ser transcritos en los registros de hipotecas”.

Hasta entonces no pueden oponerse a terceros.

La venta es perfecta entre las partes y se adquiere el dominio desde que vendedor y comprador convienen sobre la cosa y el precio.

La jurisprudencia resolvió que *el consentimiento era suficiente para transmitir la propiedad, no sólo entre partes sino frente a terceros, y no es necesario en consecuencia ningún acto material ni registral.*

El sistema del Código Napoleón es *consensualista*, el consentimiento basta para obligarse y para transmitir y es aformalista, no se exige forma alguna con excepción de las donaciones y las hipotecas. Se trata de un sistema sin publicidad. A partir del año 1855 se organizan los registros y para ser oponible a terceros es necesaria la *transcripción* en los mismos, y en el año 1955 la legislación exige que todo documento que deba publicitarse en el registro debe estar *redactado en forma auténtica*.

El sistema francés es declarativo, el derecho nace antes de la inscripción.

Sistema anglosajón y sistema Torrens

El sistema Torrens nace en 1858 en Australia. El que entra al sistema debe presentar los títulos, un plano y la solicitud de registración con las firmas autenticadas.

Los funcionarios del registro califican en sus aspectos técnicos y jurídicos la documentación que ingresa, y si se resuelve inmatricular se publica y se inicia un período de oposiciones que si se presentan se resuelve en Tribunales.

El registro emitirá entonces el certificado de título por duplicado. El original queda en el registro y la copia se entrega al interesado.

Para vender se presenta al registro el contrato de venta y el certificado, y el registro procederá a emitir un nuevo certificado cancelando el anterior, o se utiliza el mismo certificado

con nota de la transmisión. Este sistema está acompañado generalmente del seguro de títulos.

Sistema español

La Ley Hipotecaria española de 1861 enuncia las reglas fundamentales del sistema. El registro tiene un sistema de *folio real* por inmueble. Los derechos reales nacen cumplidos los requisitos de *título y modo*, y la inscripción es voluntaria, aunque se procura estimularla.

La excepción al carácter declarativo del registro se da con relación a la hipoteca ya que la falta de inscripción genera la inexistencia de la hipoteca. Esta excepción aparece en el Código Civil en 1889.

Presunción de exactitud del registro: la persona que figura inscrita como titular de un derecho inscripto tiene la presunción a su favor de que la anotación es correcta. Se trata de una presunción iuris tantum, y en consecuencia, quien quiera atacar esa titularidad debe cargar con la prueba.

Un aspecto importante para luego comparar con el sistema argentino, es que la presunción de exactitud deriva en una *presunción posesoria* en virtud de la cual el titular inscripto es considerado poseedor del inmueble.

Basándose en estas presunciones del derecho español, quien adquiere del titular registral está protegido y su adquisición no podrá ser atacada.

Sin perjuicio de lo expresado, debemos tener en cuenta el principio de “buena fe”, por lo tanto el adquirente sólo será protegido si desconocía la verdadera situación y actuó inducido a engaño por la publicidad registral.

El principio de legitimación posibilita que el titular registral, aunque no sea dueño del bien, transmita un derecho real que no le pertenece, siempre que el adquirente sea de buena fe.

La Ley Hipotecaria consagra los principios de prioridad, tracto sucesivo, rogación, legalidad y especialidad.

No se trata de registros de transcripción sino de inscripción, con un extracto referido a los aspectos esenciales: inmueble, titular del derecho, y derecho que se inscribe.

Si bien está vigente la fe pública registral, no se trata de un registro convalidante. La registración no sana los vicios.

V.2. SISTEMA REGISTRAL ARGENTINO

La fuente normativa del sistema registral inmobiliario argentino son el Decreto Ley 17.801/68, y el artículo 2505 del Código Civil. La reglamentación de la Ley y la organización administrativa de los registros están reservadas a las jurisdicciones locales llamadas Provincias.

Características: El Sistema Registral argentino es *declarativo* y *no convalidante*. El primero de estos caracteres surge de los

artículos 2 y 20 de la Ley Registral y 2505 del CC, y el segundo del artículo 4 de la citada Ley.

El carácter declarativo implica que el derecho real nace antes de la registración, en nuestro país *el título y el modo* configuran los elementos que dan nacimiento al derecho real.

El carácter declarativo es reconocido en numerosos precedentes jurisprudenciales y por mayoría abrumadora de la doctrina.

En Argentina, a diferencia del derecho español, la inscripción registral no implica que quien figura como titular del derecho sea poseedor.

La jurisprudencia reiteradamente sostuvo que el adquirente por boleto de compraventa con posesión se opone al titular inscripto sin posesión y a los terceros acreedores embargantes posteriores a la posesión. Claramente en nuestro país la publicidad posesoria supera a la registral, ya que el derecho real requiere título y modo, si el titular inscripto no está en posesión no adquirió el derecho real pese a que el registro publicite su titularidad.

El artículo 20 de la Ley Registral, justamente por el carácter declarativo del registro, establece que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado.

No convalidante porque la registración no subsana los vicios de los que adolezca el acto jurídico que ingresa al Registro y el interesado podrá pedir la declaración judicial de nulidad. El nuestro es un registro de títulos, una variante del registro de actos o contratos. El **registro de títulos** recepta un documento elaborado por otro funcionario y el registrador tiene una actividad de control de legalidad. Para el derecho argentino esta calificación es limitada, y no puede incursionar en la capacidad de los otorgantes ni la validez del acto dispositivo.

No se trata de un registro de derechos, en el que el acto al ingresar al registro se convierte en derecho, se trata de un registro abstracto, en el que no interesa la causa ni otros requisitos como la posesión.

Efectos de la registración:

La registración, conforme lo establecen el artículo 2505 del Código Civil, y el artículo 2 de la Ley 17.801, tiene por objeto la **publicidad y la oponibilidad a terceros**, que tendrán que ser de buena fe.

El principio de **fe pública registral** no está consagrado en la legislación argentina, así lo estableció la jurisprudencia: “el principio de fe pública registral, fundado en la presunción de exactitud del registro a favor de los adquirentes de buena fe, no ha sido incorporado técnicamente a nuestro derecho”. Quien adquiere de un titular registral que no era dueño, quedará a merced de una acción reivindicatoria en tanto no

logre consolidar la usucapión.

Respecto a la **obligatoriedad de la inscripción**, si bien la misma no surge de la norma registral, conforme lo establecen las legislaciones locales, la inscripción es uno de los deberes funcionales del notario. Por otro lado, la Ley 17.801 en su artículo 23 exige que el funcionario público que intervenga en la transmisión, modificación o constitución de derechos reales debe tener a la vista título de propiedad inscripto, es decir que el titular del derecho no inscripto, no podrá disponer de él salvo los supuestos de excepción de tracto abreviado previstos en la norma registral, que sólo pueden aplicarse en los registros declarativos como el argentino, ya que el derecho nace fuera del Registro.

No debemos olvidar que la inscripción registral es un soporte más para la seguridad jurídica preventiva, y el notariado es uno de los pilares esenciales para velar por esta seguridad.

La técnica de registración es de **folio real** ya que se basa en el inmueble, en el objeto del derecho, no en la persona ni en la causa y es de **inscripción**, ya que de los documentos que ingresa se extraen breves notas.

Conforme lo dispone la Ley Registral en su artículo 12 el folio real contendrá: datos del inmueble, de las personas físicas o jurídicas que sean titulares del dominio, de la proporción en el derecho real, la identificación del título de adquisición, su clase, lugar y fecha de otorgamiento y funcionario autorizante y el número y fecha de presentación del documento en el registro.

Principios registrales en el derecho argentino

En el I Congreso Internacional de Derecho Registral, realizado en Buenos Aires en 1972, se dijo que “... los principios del derecho registral son las orientaciones fundamentales que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo”.

Nuestra Ley Registral consagra los siguientes principios:

Rogación. La situación registral sólo variará a petición del autorizante del documento o de quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretende registrar. (Art. 6 de la Ley). Este principio admite algunas excepciones en los casos de inexactitudes registrales generadas por errores materiales del registrador.

El desistimiento de la rogación es la petición que se efectúa ante el registrador, para que interrumpa el examen del documento cuya inscripción o anotación se rogó, y no implica la renuncia del derecho que instrumenta el documento que ingresó al registro, dado que la inscripción es meramente declarativa.

Legalidad y calificación

El registrador tiene no sólo el derecho sino la obligación de efectuar el control de legalidad del documento que ingresa,

a través de la función calificadora.

No hay duda del derecho que compete al registrador, sin embargo lo que la doctrina y jurisprudencia analizan y discuten son los límites de esta facultad calificadora.

Una objeción a la organización de los registros argentinos se basa en que conforme a las legislaciones locales, la mayoría de los registradores son designados por los funcionarios del gobierno de cada provincia, sin participar de concursos de antecedentes ni capacitación para el cargo y, en algunos casos, como la Provincia de Buenos Aires, no se requiere título universitario de derecho. Esto implica que quien finalmente califica por el Registro en caso de que ante la observación se abra la vía recursiva, puede ser alguien no capacitado para la tarea.

El artículo 8 de la Ley 17.801 expresa que el registrador debe efectuar el control de legalidad de las formas extrínsecas y omite referirse a otros aspectos que sí figuran en la normativa española.

Sin perjuicio de ello la mayoría de la doctrina se enrola en una posición intermedia, y considera que el registrador debe calificar cuando se trata de nulidades absolutas y manifiestas, y verificar que se cumpla con los principios de tracto, especialidad en cuanto al inmueble, prioridad y rogación. En todos los casos debe calificar ateniéndose a lo que resulta del instrumento que accede al registro y de los asientos respectivos. El proyecto de códigos unificados del año 1998 agregó que el registrador puede calificar otros aspectos que surjan del instrumento si el escribano o funcionario público no se hubiera expedido sobre ellos de manera expresa y fundada.

Especialidad o determinación

Este principio implica que todos los elementos de la publicidad inmobiliaria, el inmueble, el derecho y su titular, deben estar claramente especificados.

El artículo 12 de la Ley precisa los datos que se reflejarán en la matrícula para cumplir con este principio.

Si el inmueble se modificara por planos de división, de unificación o anexión, se confeccionarán nuevas matrículas que quedarán relacionadas con la anterior a fin de evitar el doble dominio.

Tracto

En el ámbito registral, el tracto es el encadenamiento sucesivo de titularidades registrales.

El artículo 15 de la Ley establece que “no se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones”.

Tracto abreviado

El artículo 16 de la Ley consagra el tracto abreviado o comprimido, que es una modalidad del tracto sucesivo por la que se permite registrar un derecho, sin que previamente el disponente inscriba el suyo, concentrando el registro en un único asiento, dos o más actos a partir del que figura inscripto. No afecta la secuencia ni el tracto, no es una excepción al requisito de sucesividad.

Los supuestos previstos en el citado artículo cuya enumeración no es taxativa sino meramente ejemplificativa son: a) documentos otorgados por los jueces, o los herederos declarados cumpliendo obligaciones asumidas por el causante o que se encuentran registrados a nombre de éstos, b) actos relacionados con particiones de bienes hereditarios y c) instrumentaciones simultáneas referidas a un mismo inmueble aunque intervengan en la autorización distintos funcionarios. En todos los casos, el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro.

Prioridad

El artículo 17 de la Ley Registral consagra el principio de prioridad que está regulado además en los artículos 5, 19, 40, 22 y 23.

El sistema registral argentino consagra lo que la doctrina entiende como una de las formulaciones más perfectas de este principio, articulando sobre la base de reservas de prioridad progresivas que van conformando las posiciones registrales. Comienza con la “reserva de prioridad” que se obtiene con la certificación solicitada por el funcionario público para autorizar un acto de adquisición, transmisión o constitución de un derecho real (art. 25), pasando luego por el plazo para presentar el documento al registro, contado a partir del otorgamiento del mismo (art. 5) y terminando con el plazo de inscripción provisional en caso de observaciones y sus prórrogas (art. 9).

Este encadenado perfecto concluye con lo normado en el art. 17 que establece que inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia del certificado a que se refieren los arts. 22 y cons., y se lo presente dentro del plazo establecido en el art. 5.

Por supuesto que rige también para los restantes documentos que ingresan al registro sin “reserva de prioridad” la denominada prioridad directa que implica primero en el tiempo primero en el derecho (art. 19): La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento.

Si bien en el derecho argentino el rango es móvil, las partes pueden concretar pactos sobre el rango (reserva-posposición-coparticipación) conforme a lo dispuesto en el Código Civil, art. 3135, y en el art. 19 de la Ley Registral. Las partes podrán mediante declaración de su voluntad sustraerse a los efectos del principio de prioridad descripto, estableciendo otro orden de prelación para sus derechos.

V.3. DOCUMENTOS INSCRIBIBLES

La Ley 17.801, en su artículo 2, establece cuáles son los documentos inscribibles, es decir los que tienen vocación registral: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares, y c) *los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales*. Los dos primeros incisos de la norma citada no merecen objeción ni generan interpretaciones controvertidas, y pueden resumirse como: derechos reales y medidas cautelares.

El conflicto y las dudas las genera el inciso c), ya que las leyes nacionales o provinciales pueden establecer la inscripción de otro tipo de documentos, que no se relacionan con el derecho real ni las medidas cautelares y que si no se reglamentan los efectos, ponen en serio riesgo la seguridad jurídica preventiva que se pretende sostener con la publicidad registral. Uno de los documentos que más conflictos genera es la inscripción de los boletos de compraventa legislados por normas provinciales. En la Provincia de Mendoza, se estableció por disposición técnico registral que no se registrarían boletos salvo los que surjan de leyes nacionales.

El principal argumento radica en que la anotación de los boletos en los registros inmobiliarios no produce efectos de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales (Conclusiones de la XIV Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble).

La doctrina sostuvo que las registraciones que establezcan las leyes provinciales, contemplando supuestos no previstos en las leyes nacionales, podrán admitirse para cualquier finalidad de interés público o privado, siempre que no se vinculen con el régimen de los derechos reales ni asignen efectos de oponibilidad a terceros en directa o indirecta relación con aquellos derechos.

En la registración inmobiliaria argentina no se reflejan cláusulas ni datos que no sean los indicados precedentemente al referirnos a la matriculación, se toman breves notas simplemente porque la restante información podrán obtenerla los terceros de los documentos públicos que se consignan en el cierre registral de los asientos.

La publicidad cartular complementa la publicidad registral y posesoria.

REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS CON VOCACIÓN REGISTRAL

El artículo 3 de la Ley Registral exige que para que un documento pueda ser inscripto o anotado, deberá tener los siguientes requisitos:

A) Estar constituido por escritura notarial o resolución judicial o administrativa según legalmente corresponda; B) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales por quien esté facultado para hacerlo; C) revestir el carácter de auténtico y hacer fe por sí mismo, sirviendo de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

La excepción consagrada en el mismo artículo se limita a los casos en que una ley autorice la inscripción de determinados instrumentos privados siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

V.4. INSCRIPCIONES Y ANOTACIONES

Inscripción conforme a la definición dada en la Sexta Reunión de Directores de Registros de la Propiedad, es toda toma de razón o asiento principal de carácter definitivo, provisional o condicional, que se practica en la matrícula como consecuencia de la presentación de un documento público, dispositivo, transmisivo o constitutivo, declarativo, aclarativo o extintivo de un derecho real con la finalidad y efectos que resulten de la ley.

Anotación es todo asiento que no se refiere a mutaciones reales (por ejemplo las medidas cautelares se anotan, no se registran).

Las anotaciones y las inscripciones pueden ser definitivas o provisionales. Estas últimas se generan cuando el documento presentado para la inscripción es observado por tener defectos subsanables. La registración provisional tiene un plazo de duración de 180 días prorrogables, y que en caso de llegar el interesado a la vía recursiva la prioridad y la inscripción o anotación provisional se mantiene mientras dura el recurso. La inscripción definitiva tiene efecto retroactivo a la fecha de la inscripción provisional o la fecha de la reserva de prioridad, conforme al documento de que se trate.

Las anotaciones o inscripciones pueden ser condicionadas, cuando al solicitarse la misma, existen otras de carácter provisional o certificaciones con reserva de prioridad vigentes.

En nuestro país se presentan periódicamente algunos intentos de modificar el sistema registral inmobiliario que complementando el documento auténtico y la posesión, sin dudas apoya la seguridad jurídica preventiva en lo relativo a la publicidad frente a terceros interesados.

El proyecto de reformas de códigos unificados, en sus bocetos

originales incluía la conversión del sistema registral argentino a un sistema constitutivo.

La firme convicción puesta de manifiesto por los juristas reunidos en el evento más importante del derecho privado argentino, las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la ciudad de Tucumán en septiembre del año 2012, fue el pilar que impulsó retroceder en este sentido y mantener el actual sistema declarativo respecto a los registros de la propiedad inmueble.

En dicha Jornada se concluyó que: *“La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática”*.

En un intento final de introducir de alguna manera la preeminencia de la registración frente a la posesión, el art. 1170 del Proyecto establece, al tratar el tema de los boletos de compraventa de inmuebles, que el *“comprador de buena fe tiene prioridad sobre terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si:... d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral o posesoria”*. Es decir que equipara la publicidad posesoria del adquirente por boleto con la inscripción de estos documentos.

Fundados en esta línea que aún es sólo proyecto y normas similares en algunas provincias argentinas, la Provincia de Buenos Aires, con el Registro inmobiliario más grande de Latinoamérica, dictó recientemente una norma (Disposición Técnico Registral 2/2013) por la que se admite la inscripción de los boletos de compraventa en instrumento privado con firma certificada por escribano, y la posibilidad de inscribir cautelares contra el adquirente por boleto.

Pretender que la inscripción pueda oponerse al poseedor tendrá consecuencias perjudiciales para distintos actores sociales: el avasallamiento a la tradición jurídica de nuestro país y graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que sólo ostentan la posesión de las tierras en que se asientan sus viviendas o donde generan el sustento económico familiar. (XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil).

En tanto el Código Civil no sea modificado, cuando leyes locales dispongan el anoticiamiento de documentos en los registros inmobiliarios, esas anotaciones no producen efectos de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales (XV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad). Es decir que estas registraciones de boletos, autorizadas por leyes provinciales, no pueden afectar las registraciones inmobiliarias, no limitarán ni afectarán las titularidades registrales o el tráfico jurídico inmobiliario de los respectivos inmuebles. (Ahumada,

Ley registral comentada, N° 5771, pág. 46).

Si resulta claramente inconstitucional que la registración de los boletos produzca efectos de oponibilidad a terceros, no se ve cuál puede ser el beneficio que esta inscripción genere, y por el contrario pone en dudas la buena fe del adquirente del derecho real que encuentra publicitado este boleto, o del adquirente por boleto no inscripto con posesión, con relación a quien el acreedor embargante, en las provincias donde se autorice inscribir los boletos, podrá alegar que no le es oponible, porque pudiendo el comprador haberlo inscripto no lo hizo.

En todos los casos se producirán complejas situaciones de inseguridad jurídica para todas las partes, sin beneficio alguno, ya que en Argentina el comprador por boleto con fecha cierta y posesión se opone a los acreedores embargantes y a los compradores por escritura inscripta sin posesión. Sin dudas en nuestro país la posesión efectiva es un dato importante que da prioridad en los derechos y es un dato importante para establecer o no la buena fe.

Puede concluirse que no deben inscribirse en el registro inmobiliario documentos que no sean auténticos, y un documento privado con firma certificada no lo es.

V.5. AVANCES TECNOLÓGICOS EN LOS SISTEMAS REGISTRALES

Cabe aclarar aquí dos cuestiones previas: por una parte, la República Argentina cuenta con la Ley de Firma Digital 25.506 que regula el documento electrónico y la firma digital. Si bien la misma excluye de su ámbito de aplicación a las escrituras públicas, esto no quiere decir que no se aplique a los trámites pre y post escriturarios, vinculados al ejercicio de la función notarial.⁵⁹ En la actualidad, si bien existen varios trámites vinculados a nuestra actividad que se formalizan por vía electrónica, a ninguno de ellos se le aplica la firma digital.

Por otra parte, siendo la Argentina un país federal, posee 24 jurisdicciones que reservan para sí los poderes no delegados a la Nación. Esto implica que si bien existen las normas de fondo, como el Código Civil o la Ley Nacional Registral 17.801, su aplicación compete a cada jurisdicción. El escenario que se plantea en la Argentina vinculado a los avances tecnológicos en los sistemas registrales es muy diverso según la jurisdicción o provincia de que se trate. En algunos casos los Registros de la Propiedad carecen prácticamente de infraestructura tecnológica, y otros poseen algunos sectores o circuitos informatizados que inclusive prestan servicios al público o a los notarios vía web.

En el caso de la provincia de Jujuy, hay un importante avance que permite a los notarios acceder por vía electrónica a la información dominial o al informe de inhibiciones de determinada persona.

Lamentablemente, dicha información carece de valor legal a los efectos del otorgamiento de una escritura. En el caso de la provincia de Buenos Aires, también hay varios sistemas internos informatizados, tales como el libro diario, la base de datos de inhibiciones, y muy incipientemente la anotación de determinados actos según el área del Registro de que se trate. Es importante destacar que por su envergadura, el Registro bonaerense posee 14 áreas, y 17 delegaciones distribuidas en el territorio provincial. Entre éste y sus delegaciones poseen conexiones informáticas que les permiten la recepción y despacho de certificados e informes, y en algunos casos la inscripción de medidas precautorias. En ningún caso en las mismas se realiza el ingreso de documentos notariales para su inscripción.

Brinda servicios por internet, tales como los informes de anotaciones personales, el seguimiento de los trámites ingresados, y el informe de frecuencia de solicitud de certificados, y posee una base de datos de todas sus disposiciones técnico registrales, que se puede consultar en línea. No da información sobre el estado de dominio de un inmueble. No posee aún desarrollada la base de datos para inmuebles.

Existe en la actualidad una iniciativa del gobierno nacional, denominada Sistema Nacional de Registros de la Propiedad (SINAREPI) que se concretó con un convenio inicial entre el Ministerio de Justicia de la Nación y el Registro de la Provincia de Buenos Aires en el mes de agosto de 2010, que tiene como objetivo lograr la interconexión entre todos los Registros de la Propiedad del país. Si bien a la fecha han suscripto convenios casi la totalidad de los Registros del país, aún no se encuentra en funcionamiento dada la disparidad de capacidad tecnológica entre los distintos firmantes. La idea del SINAREPI es que en algún momento se pueda ingresar y obtener el despacho en cualquier jurisdicción de un certificado de otra. El Registro de la Ciudad de Buenos Aires, también posee servicios para los notarios por vía electrónica, similares a los descriptos respecto de la Provincia de Buenos Aires. Es importante destacar que en ningún caso los informes obtenidos son válidos para el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio.

Otros organismos vinculados a la actividad notarial en la Argentina son los fiscos, ya sea Nacional (Administración Nacional de Ingresos Públicos - AFIP⁶⁰) o provinciales; también las direcciones de catastro y los municipios de cada localidad.

⁵⁹ Más información en <http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/legislacion/notarial/ley25506.pdf> y www.jgm.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=261.

⁶⁰ www.afip.gov.ar

Podemos afirmar que el más avanzado desde el punto de vista tecnológico es la mencionada AFIP, que si bien posee uso de la firma digital en términos legales, no la aplica aún a los trámites vinculados a la actividad notarial (como agentes de información y/o retención), pero la totalidad de sus trámites actualmente se encuentran despapelizados, siendo todas sus presentaciones por vía electrónica y en algunos casos también utilizan la modalidad del pago electrónico. Además se realizan en su página web diversas validaciones que debe realizar el notario para determinados actos notariales. Siguiendo en esta línea, el fisco de la Provincia de Buenos Aires (Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires - ARBA⁶¹) nuclea en la misma a las antiguas direcciones de Rentas y de Catastro. Sus implementaciones a nivel tecnológico son muy importantes, dado que actualmente se gestiona de un modo totalmente despapelizado y por internet el certificado catastral, con el cual se puede otorgar el acto notarial que corresponda. Con el mismo, el Organismo informa además la existencia de deuda en concepto de Impuesto Inmobiliario y permite la liquidación y liberación de la misma, e informar los datos del nuevo titular del impuesto. Permite además la liquidación y emisión de boletas para el pago de otros impuestos vinculados a la actividad notarial, tales como el Impuesto de Sellos para los instrumentos privados y el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes.

Desde el punto de vista catastral, brinda información de suma importancia para el quehacer notarial, vinculada a los datos catastrales de los inmuebles. Para la realización de estos trámites, cada notario posee una clave de acceso personal, y el organismo se encuentra vinculado en línea con el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, para la administración, gestión y desarrollo de los sistemas, compartiendo por canales seguros sus bases de datos. En la misma Provincia, el Ministerio de Infraestructura brinda a los notarios y a otros profesionales (agrimensores) un servicio en línea, para la visualización y solicitud de copias de planos de mensura. A partir de un convenio suscripto con el Colegio el notario puede visualizar gratuitamente un plano de mensura, y si lo desea realizar electrónicamente la solicitud de una copia en papel certificada por el Organismo. El servicio posee un sistema de búsqueda muy práctico que permite la ubicación sencilla del plano de que se trate a partir del número del plano o, en caso de desconocerlo, de los datos catastrales del inmueble. Hay una gran cantidad de planos que ya se encuentran escaneados en su base de datos, y para el caso de que el plano solicitado no se encontrara en la base, el Organismo realiza el escaneo sobre demanda⁶².

En la Ciudad de Buenos Aires, a nivel catastral y de deudas

por el servicio de alumbrado barrido y limpieza (ABL), los mismos también se pueden gestionar por vía electrónica, y permiten la liquidación de las deudas existentes. Para el resto del país, hay provincias que tienen vinculaciones similares con alguno de los Organismos provinciales vinculados a la función notarial, pero en muchos casos se encuentran en período de implementación.

CAPÍTULO VI

EL MERCADO INMOBILIARIO

SU IMPORTANCIA PARA EL NOTARIADO Y PARA EL PAÍS. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS PARA EL PAÍS. SU REPERCUSIÓN EN LA PAZ SOCIAL Y LA ECONOMÍA DE UN PAÍS

Como analizamos en este trabajo, distintos factores resultan necesarios para fundar a la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo. Estos se basan fundamentalmente en el principio de legalidad, rescatando la importancia de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo, en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común, en la búsqueda de su lógica consecuencia que es la de dotar de seguridad a los contratantes, una baja en el nivel de conflictividad, y agilidad y economía en las transacciones. Este sendero resulta para el derecho, para el mercado y para los consumidores mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

La seguridad jurídica es la base que todo mercado requiere para su desarrollo. No podríamos concebirla en nuestro país si no contáramos con un título suficiente, emanado de un notario competente, con un sistema registral que acompañe la publicidad de dicha certeza, dentro de un sistema que cuente con la mayoría de los inmuebles incorporados al mercado formal.

El notario formaliza un documento auténtico con estructura y peso de verdad que surgen de la propia norma y de su función fedataria, donde se perfecciona el negocio, nacen las obligaciones y se producen sus principales efectos.

Un sistema registral como el argentino que es declarativo y no convalidante, obliga al notario al momento de formalizar la escritura -título suficiente para la constitución, transmisión o cancelación de derechos reales- a tener a la vista los certificados que informan acerca del estado del bien y la libertad dispositiva de su titular, y el título antecedente a la vista. Esto sumado al sistema de reserva de prioridad y retroprioridad

⁶¹ www.arba.gov.ar

⁶² http://www.mosp.gba.gov.ar/web_geodesia/cons_movimientos.php?inicio=ok

que prevén las leyes, aporta certeza y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias, imposibilitando la traba en el iter inscriptorio de medidas que entren en conflicto con el negocio concluido, y simultáneamente otorgan una adecuada publicidad a terceros.

El mercado inmobiliario es una de las actividades más sensibles de la economía y con una trascendente función social. De gran complejidad para su análisis, debemos segmentarla en *tres grandes categorías* para abordar la problemática y la estrategia prevista para su solución, y en cada una de ellas cuál ha sido y es la intervención del notariado.

El *primer segmento* que trazaremos será el que abarca un importante sector, que de acuerdo al último censo representa el 16% de la población del país, que habita viviendas con instrumentos jurídicos insuficientes o sin título, con posesiones prolongadas y pacíficas sobre los mismos. En este caso por la Ley nacional 24.374 y su modificación por la Ley 25.797, se establecieron regímenes de regularización dominial, gozando de sus beneficios los ocupantes de escasos recursos que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años, y causa de ocupación lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la reglamentación.

Se diseñó un régimen de regularización dominial o titulación masiva, que en forma prácticamente gratuita para el ocupante que pretende regularizar su título, y con una activa participación de los notarios y de los Colegios correspondientes, incorporó al mercado inmobiliario y dotó de certeza jurídica a una importante cantidad de inmuebles pertenecientes mayormente a un sector de la población de bajos recursos. Además de la trascendente contribución con función social que ejerció el notariado local, se incorporó al mercado inmobiliario luego de transcurrido el plazo de 10 años a contar desde su instrumentación, plazo con el que cuenta el titular registral para oponerse al proceso de regularización, una masa de activos inmobiliarios que hasta ese momento pertenecían al mercado informal. Esta acción contribuye, como se expresara en las conclusiones del tema II del XXV Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado, como “un factor de paz social y un instrumento de desarrollo”, conforme la acción iniciada por la ONU, a partir de la aprobación de los Ocho Objetivos del Milenio (ODM).

En la Provincia de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos celebró un convenio con la provincia, aprobado por los decretos 4605/95 y 2815/96, que concentró en el notariado la recepción de las solicitudes de acogimiento, los trámites, notificaciones y la autorización del acta de regularización que suscribieron los beneficiarios con la autoridad de aplicación, mediante la creación de Registros Notariales de Regularización Dominial, a cargo de notarios públicos en actividad. La

adecuada distribución territorial de los registros y la cercanía con los requirentes de bajos recursos, la simplificación de la tramitación, y su prácticamente inexistente costo, teniendo en cuenta que una escritura de titulación presenta para el requirente un costo total aproximado de U\$S 50, pues tanto el Colegio de Escribanos como los demás sujetos intervinientes, colaboran económicamente para alcanzar esta cifra, hizo que más de 200.000 inmuebles se encuentren actualmente en trámite de regularización. Esta mecánica prueba la posibilidad de dotar de seguridad jurídica, de incorporar al mercado formal, con aptitud para circular y constituirse en objeto de un instrumento de garantía futura, a una importante cantidad de inmuebles que no revestían esas cualidades. Claramente, y tal la recomendación del XXV Congreso de la Unión Internacional del Notariado de Madrid en el año 2007, los Estados miembros, en especial aquellos con grandes deficiencias en titulaciones o con extrema pobreza, deberán aunar esfuerzos en pos de dotar a los habitantes de escasos recursos de un título suficiente, que les sirva de punto de apoyo para el desarrollo de las generaciones futuras.

El *segundo segmento* se encuentra representado por una importante porción de la población que no posee vivienda propia y vive en condiciones precarias o de hacinamiento. Para este grupo, es fundamental la intervención del Estado, configurando planes de vivienda que les permitan el acceso a condiciones dignas de habitación. En la escrituración de estas viviendas sociales resulta vital la intervención de las escribanías generales de gobierno, y los convenios que éstas realizan con los Colegios de Escribanos del país, para facilitar la titulación adecuada a un costo que no resulte un obstáculo para sus habitantes de bajos recursos. El Consejo Federal del Notariado Argentino, que nuclea a todos los Colegios Notariales del país, tiene celebrado un acuerdo con el Consejo Nacional de la Vivienda⁶³ con el objetivo de brindar la asistencia técnica especializada, en las distintas operatorias de construcción, adjudicación y financiamiento de viviendas ejecutadas con dinero del Fondo Nacional de la Vivienda. Los notarios participan en forma voluntaria en dichas instrumentaciones, percibiendo por dicha función un honorario mínimo de aproximadamente el equivalente a U\$S 60 por cada escritura de compraventa, con el compromiso de todos los estados provinciales de eliminar todos los costos pre y post escriturarios en estas operaciones, y con el compromiso de que el Estado sólo hará entrega de las unidades a sus destinatarios finales simultáneamente con la firma de la escritura traslativa de dominio. Los honorarios percibidos por esta operatoria obviamente no cubren los gastos operativos de las escribanías, pero resulta una importante contribución para alcanzar la paz so-

⁶³ “Convenio Marco para el Saneamiento de Títulos y Escrituración de Inmuebles Financiados por el Fondo Nacional de la Vivienda”, 8 de agosto de 2003

cial, la posibilidad de acceder a una vivienda digna para todo habitante de la Nación, pero al mismo tiempo a incorporar al mercado transaccional futuro una importante cantidad de inmuebles. En los primeros 5 años de vigencia de este acuerdo, más de 100.000 viviendas fueron incorporadas al régimen formal, con esta actitud notarial solidaria.

El *tercer segmento* está integrado por todas aquellas viviendas que regularizadas jurídicamente, forman parte del mercado inmobiliario tradicional, y que configuran el verdadero mercado inmobiliario comercial.

En la Argentina, la actividad inmobiliaria hasta el año 2011 presentó un alto nivel de participación en la composición de Producto Bruto Interno. La construcción aporta aproximadamente el 15% del PBI en producción de bienes, y las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler un valor equivalente al 16% del total de los ingresos del país con relación al conjunto de provisión de servicios. El gran déficit habitacional, la presenta como una de las actividades más dinamizadoras de la economía con un alto impacto en lo social, y un destacado papel en la economía de los inversores particulares.

Además de cumplir con su verdadero efecto de cubrir necesidades habitacionales, se ha transformado en un refugio de valor o una alternativa considerada entre las más interesantes al momento de analizar inversiones en el país.

Luego de la crisis económica y financiera que vivió Argentina en el año 2002, la caída en default de los bonos emitidos por el Estado nacional, y las medidas restrictivas dispuestas por el gobierno que dificultaban el recupero del dinero depositado en los bancos, retrajo notablemente los depósitos bancarios, y los existentes se efectúan por periodos muy cortos en el tiempo.

La falta de depósitos y una situación financiera limitada a operaciones a corto plazo, retrajo considerablemente la posibilidad de acceso al crédito destinado a la vivienda y a la construcción.

El mercado inmobiliario se reconvirtió, encontrando mecanismos de resolución del flujo de fondos, prescindiendo del aporte crediticio del mercado financiero.

Así tuvieron gran desarrollo los emprendimientos “al costo” con una modalidad novedosa, merced a la aplicación de la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción promulgada en 1995, que incorporó figuras jurídicas tales como el fideicomiso, el leasing, y un régimen de ejecuciones especiales.

Resultó vital en esta transformación la figura del fideicomiso, que tal como se encuentra diseñada en nuestra legislación, admite la participación directa de los distintos sujetos negociales, sin que resulte necesaria la intermediación bancaria. Así, se configuran negocios donde el propietario de un inmueble lo podrá transmitir fiduciariamente para desarrollar

un emprendimiento, también puede una empresa constructora aportar la obra, el proveedor de materiales también puede hacer lo propio, quienes junto con los inversores particulares que aportan dinero en efectivo, configuran un negocio inmobiliario con el objetivo de adjudicarse en la proporción a los aportes realizados las unidades funcionales o las utilidades resultantes.

Ante la falta de otras opciones económicamente atractivas, este esquema se transformó rápidamente en el refugio de valor y en alternativa de inversión entre quienes hasta esa época se refugiaban en activos financieros o bursátiles. Esta mecánica, lejos de bajar los niveles de construcción con relación a aquellos años donde el mercado financiero participaba activamente, los mantuvo en sus niveles históricos, y en algunos casos los aumentó.

Este fenómeno cambió notablemente el enfoque de la instrumentación de los documentos notariales, puesto que mientras que en las operaciones con un tratamiento tradicional, los bancos financian al adquirente o al constructor, y son ellos en consecuencia quienes establecen las pautas jurídicas y la base de los contratos y modelos a suscribirse, esta nueva dinámica comercial obligó a las partes a formular instrumentos jurídicos acordes al negocio instrumentado, con distintos niveles de complejidad. Aquí el rol del notario se tornó en trascendental, no sólo para brindar un adecuado asesoramiento a los particulares, sino para instrumentar negocios contemplando la protección de intereses tan variados como complementarios.

Vemos entonces que ante problemáticas tan complejas, y en muchos casos tan presumiblemente negativas, el mercado, la ley y el rol del notariado las pudo reconvertir en ciclos positivos.

LA APORTACIÓN DEL NOTARIADO AL MERCADO INMOBILIARIO

El valor añadido de su función

Las realidades del territorio del país no son homogéneas, y estas grandes transformaciones tienen mayor dinamismo en los grandes centros urbanos, ya sea por la concentración de capitales, ya por la posibilidad de acceder más fácilmente a la capacitación por parte de los notarios.

El mercado inmobiliario, como todo mercado, tiene sus reglas y requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios.

El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible adecuar la profesión a los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias exigen. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación perma-

nente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia y la seguridad jurídica, efectuarán al mercado inmobiliario un importante aporte no sólo apreciable jurídicamente, sino como un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliario.

La histórica participación del notario en el mercado inmobiliario, su especialización dentro del ámbito de los derechos reales, y el derecho registral, lo ubicaron como el profesional idóneo para el desarrollo de la actividad, pero exige un compromiso de capacitación permanente para poder encontrar los instrumentos y mecanismos jurídicos que cada tiempo y circunstancia requiere.

La intervención notarial para instrumentar las transacciones inmobiliarias en la Argentina resulta obligatoria, en virtud de lo dispuesto por la ley, y lo recogido en el proyecto de reforma de la legislación civil y comercial antes citado, y su resultado puede considerarse más que exitoso teniendo en consideración la baja tasa de conflictividad que los juicios de reivindicación inmobiliaria representan con relación al conjunto de reclamos patrimoniales que llegan a esferas judiciales, representando solo el 0,044% de dichas causas. La muy baja tasa de siniestros, transforma a la seguridad jurídica inmobiliaria intervenida notarialmente en un elemento vital, que repercute en bajos costos, y alta certidumbre dentro del mercado inmobiliario.

El mundo tiende al cambio de paradigmas, y al cambio conceptual. El tradicional requisito de rapidez y celeridad, muta en el comercio y en las actividades en general al de inmediatez. La contratación electrónica, la firma digital, y demás avances informáticos, seguramente devendrán en cambios de hábitos, normas y exigencias en nuestra profesión para los cuales debemos prepararnos y anticiparnos en el análisis de ciclos y en el desarrollo de instrumentos para su ejecución. Como ya lo vimos al analizar el grado de importancia que los medios informáticos aportan a la seguridad jurídica en general, debemos hacer un adecuado uso de los mismos, rescatando la vital participación del notario, en especial para garantizar la correcta instrumentación de la voluntad de los otorgantes y descartar los vicios de la voluntad.

¿EXISTE UNA REGULACIÓN JURÍDICA CONFIABLE Y OBJETIVA PARA EL MERCADO INMOBILIARIO?

¿SE REQUIEREN NUEVOS INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO EN EL PAÍS?

Al momento de analizar la regulación jurídica en la Argentina, con relación al régimen de transacciones inmobiliarias y registración de derechos reales, nos encontramos en general con un sistema que resulta confiable para los consumidores,

y como ya vimos con un muy bajo índice de conflictividad. En nuestro país, si bien la regla general es la libertad de contratación, en el mercado inmobiliario, existen algunas limitaciones, restricciones y procedimientos previos, que en algunos casos resultan obstáculos a la hora de movilizar activamente el mercado.

Al momento de incorporar un inmueble a la oferta del mercado inmobiliario, resulta necesario publicitar el precio de la oferta en un Código de Oferta de Transacciones Inmobiliarias (COTI), y luego de concluida la operación, informar el valor acordado. De esta forma, la agencia impositiva, podrá analizar casos en los cuales exista notoria disparidad entre el valor ofrecido y el valor final de la operación.

Los adquirentes deben justificar el origen lícito de los fondos utilizados para la operación, en sintonía con las normas anti lavado de dinero fijadas por el GAFI. Si bien estas normas de alguna forma lentifican el tráfico comercial, han contribuido a generar un marco de transparencia en concordancia con las recomendaciones internacionales.

Por otro lado, la reciente sanción de la Ley de Tierras 26.737 limita el acceso a la propiedad de tierras rurales a los extranjeros, no pudiendo en ningún caso ser en su conjunto propietarios de más del 15% del total de las tierras rurales del país, de las provincias o de un municipio, y estableciendo la superficie máxima para un mismo titular a 1000 hectáreas. El efecto de esta Ley, sumado a las dificultades para transferir remesas de dinero, ha limitado fuertemente la intervención de capitales extranjeros en el mercado inmobiliario local.

Si bien el auxilio de los medios informáticos y el rápido acceso a la información resultan de gran utilidad a la actividad, y agiliza la tarea tradicional, también describimos a lo largo de este trabajo las múltiples funciones y controles crecientes que la actividad notarial ejerce, asumiendo no sólo roles directamente relacionados con la seguridad jurídica de los derechos reales, sino también complementando o colaborando con el Estado, asumiendo una participación activa en el control del lavado de dinero, a mejorar la recaudación impositiva, interviniendo activamente en procesos de titulación masiva, desempeñándonos como eficientes agentes de información y recaudación.

Ingresando en las condiciones particulares de contratación, hemos vivido momentos de incertidumbre contractual. Desde el año 1991 y hasta el año 2002 tuvo plena vigencia la Ley 23.928 de convertibilidad, que establecía una paridad equivalente entre la unidad peso y la unidad dólar estadounidense, en un marco de baja o inexistente inflación. A principios de 2002, la derogación parcial de la Ley mencionada, dejó flotar libremente la cotización de dicha moneda, fijó nuevas normas de pesificación y de ajustes de saldos adeudados para aquellas operaciones que habían sido pactadas antes de la sanción de la Ley, pero continuó prohibiendo los mé-

todos de indexación atados a los índices de inflación. Una devaluación de hecho de aproximadamente el 300% del peso con relación al dólar, invitó a los contratantes a continuar utilizando como moneda de cambio al dólar estadounidense. En el último año, se establecieron al principio controles, y luego prohibiciones para adquirir dicha moneda, salvo que el destino que se le dé a los dólares sea el de turismo o importación, y aun en esos casos con procesos previos para su autorización por parte de la Agencia impositiva. La prohibición de su venta para ahorro o compra de bienes muebles o inmuebles, retrajo notablemente el mercado inmobiliario, fundamentalmente porque los vendedores no encuentran con facilidad refugios para el dinero obtenido que al menos acompañe el proceso inflacionario, puesto que las tasas por plazos fijos que ofrecen los bancos no alcanzan a cubrir los aumentos del costo de vida.

La falta de crédito a largo plazo, y de normas financieras y cambiarias claras, previsibles y atractivas para los inversores, sumado a la incertidumbre económica e inmobiliaria de los grandes mercados internacionales, produjo en algunas de las más importantes jurisdicciones de nuestro país, como la Ciudad de Buenos Aires, una caída interanual en la cantidad de escrituras otorgadas que llegó al 43.5%⁶⁴.

En la Argentina, el mercado inmobiliario se encuentra atravesando una de sus mayores crisis de los últimos tiempos, y su causa no se encuentra en problemas financieros o de falta de capitales dispuestos a invertir en la actividad, sino en un cambio de normas monetarias e impositivas que en forma directa o indirecta impactan sobre el mercado. Vemos entonces la importancia que reviste para la sociedad contar con un adecuado marco jurídico, en especial en mercados tan sensibles como el inmobiliario. Regulaciones que respeten la libertad de contratación de las partes, otorguen previsibilidad para efectuar transacciones libremente, permitiendo pactar los montos de las operaciones, su moneda y forma de pago, y condiciones jurídicas estables durante el desarrollo del negocio, seguramente volverán rápidamente a dinamizar a este sector de la economía.

La seguridad que requiere el mercado inmobiliario, no se debe basar sólo en normas que protejan adecuadamente la vivienda y los derechos reales, sino también en aquellas que protejan a los contratantes en el negocio que celebran, creando instrumentos jurídicos adecuados para todas las etapas negociales, y que contengan mecanismos de financiación y ejecución que protejan a ambos contratantes por igual. La seguridad jurídica disminuye claramente los riesgos del negocio, y la atenuación de los riesgos a los que éste se somete,

resulta un valor apreciable en dinero al momento de analizar una inversión.

Cada vez resulta más compleja, pero atractiva y necesaria la intervención de un notario capacitado y a la altura de los tiempos y de la evolución de la economía y de la tecnología, para brindar un adecuado asesoramiento en el negocio, certeza en la instrumentación y seguridad en la registración.

El mercado inmobiliario es cíclico y muy sensible a los cambios económicos, políticos y monetarios, que frecuentemente afectan las variables comunes que rigen al desarrollo de la actividad, lo que trae aparejado un aumento en el nivel de conflictos. En el marco de ese ámbito, el notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial, a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa legal, alentando la comunicación directa de los involucrados y desarrollando las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas, promoviendo la autonomía de la voluntad y la autogestión, generando una negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial, facilitador de la comunicación.

El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas, y la seguridad jurídica, resultan elementos sustanciales para la prosecución de la paz social. Por el contrario, vemos en la historia de nuestros países latinoamericanos que la disparidad social, las condiciones de vivienda poco dignas, la distribución inequitativa del poder económico, y la inseguridad jurídica de la propiedad privada, han derivado en cíclicos enfrentamientos sociales.

Debemos valorar activamente el rol de los notarios en este proceso, puesto que nuestra actividad no sólo aporta seguridad a los derechos reales, y valor económico al mercado, sino también resulta un factor determinante para contribuir a la paz social.



CONCLUSIONES Y PONENCIAS

Este trabajo, enmarcado en un proceso de reforma integral de los códigos civil y comercial que se encuentra en estado parlamentario en la República Argentina, resalta la importancia de la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo, basada fundamentalmente en el principio de legalidad, rescatando la necesidad de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo, en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común, en la búsqueda de su lógica consecuencia que es la de dotar de certeza a los contratantes, una

⁶⁴ Fuente: estadística de actos otorgados en la Ciudad de Buenos Aires, informada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Variación interanual entre noviembre de 2012 con relación a noviembre de 2011.

baja en el nivel de conflictividad, y agilidad y economía en las transacciones. Este sendero resulta para el derecho, para el mercado y para los consumidores mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

La circulación de los bienes en un mercado inmobiliario resultará más segura y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial. Esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa del notario, aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad a la instrumentación del documento idóneo y certero, actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento con vocación registral que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real. Eslabones que en su conjunto conforman un férreo perímetro de seguridad jurídica.

Debemos resaltar la importante contribución que brinda el sistema registral argentino. Este sistema declarativo y no convalidante, ha aportado una trazabilidad procedimental, certeza y seguridad, que dan como resultado una muy baja tasa de conflictividad jurisdiccional, y dotan al sistema de un régimen donde los tiempos negociales que requiere el mercado inmobiliario transcurren con absoluta seguridad, debido al régimen de prioridades indirectas establecido por las normas que fundamentan el sistema.

TENIENDO EN CUENTA LO EXPUESTO, PRESENTAMOS LAS SIGUIENTES CONCLUSIONES:

- ♦ El mercado inmobiliario requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios. El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible continuar brindando un servicio profesional que acompañe los requerimientos de los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias requieran. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia, y la seguridad jurídica, continuarán efectuando al mercado inmobiliario un importante aporte no sólo apreciable jurídicamente, sino como un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliaria.
- ♦ La celeridad que demandan los negocios inmobiliarios es un valor que debe tenerse en cuenta a la hora de preferir un sistema de transferencias, pero aquella es inútil sin una alta cuota de seguridad jurídica. El notariado moderno combina ambos requisitos y los brinda para un mejor desarrollo de los negocios contemporáneos.
- ♦ La alta especialización en derecho con que cuentan los notarios modernos hace que el opus de su labor recepte los requerimientos de la dinámica actual de los mercados inmobiliarios.
- ♦ El documento notarial -principalmente la escritura pública- es medio idóneo y eficaz para brindar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.
- ♦ Las virtudes de la escritura pública en cuanto a la fe pública contenida en ella, al asesoramiento imparcial que hace el notario y a la matricidad que asegura su conservación e inalterabilidad, brindan al mercado inmobiliario una herramienta insustituible para su desarrollo, combinando dinámica y seguridad.
- ♦ No existe otro documento público que combine certeza y presunción legal de veracidad con asesoramiento idóneo e imparcial, como lo hace eficazmente la escritura pública.
- ♦ El notario formaliza un documento auténtico con estructura y peso de verdad que surgen del derecho positivo y de su función fedataria, en el que se perfecciona el negocio, nacen las obligaciones y se producen sus principales efectos, por lo que resulta trascendente a la seguridad jurídica que la facultad calificadora del registrador no se extienda a aspectos que ya han sido previamente calificados por el notario.
- ♦ Un sistema registral como el argentino, que es declarativo y no convalidante, exige del notario al momento de autorizar la escritura -título suficiente para la constitución, transmisión o cancelación de derechos reales- tener a la vista el título antecedente y los certificados que informan acerca del estado del bien y la libertad dispositiva de su titular. Esto sumado al sistema de reserva de prioridad indirecta prevista por la Ley registral argentina, aporta certeza y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias, imposibilitando la anotación de medidas que entren en conflicto con el negocio jurídico contenido en el documento notarial, otorgando una adecuada publicidad a terceros interesados y de buena fe.
- ♦ La seguridad que requiere el mercado inmobiliario, no se debe basar sólo en normas que protejan adecuadamente la vivienda y los derechos reales, sino también en aquellas que protejan a los contratantes en el negocio que celebran, creando instrumentos jurídicos adecuados para todas las etapas negociales, y que contengan mecanismos de financiación y ejecución que protejan a ambos contratantes por igual.
- ♦ El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas, y la seguridad jurídica, son ele-

mentos sustanciales para la prosecución de la paz social. En este sentido, resulta fundamental la intervención notarial para proteger e impulsar los planes de escrituración de viviendas sociales, la titulación de quienes sólo poseen posesiones prolongadas, facilitando e interviniendo activamente en el mercado inmobiliario, acompañando el desarrollo de nuevas alternativas negocials, eliminando incertidumbres e iniquidades contractuales.

- ♦ El notario de tipo latino ejerce un rol protagónico e indelegable durante las audiencias preliminares a la celebración del negocio y a la configuración del documento, las que conllevan las bases del acto. Allí el notario indaga e interpreta la voluntad de las partes calificándola dentro del marco legal adecuado, analiza la capacidad necesaria o suficiente para el otorgamiento del negocio pretendido, adecuándolo a las formas jurídicas apropiadas, y brinda un asesoramiento integral acerca de las conveniencias e inconveniencias que podrían presentarse frente a la contratación anhelada. Todo a partir de la verificación de que el consentimiento del otorgante, sea libremente exteriorizado en su presencia. El notario desarrolla su actuación en la esfera de la normalidad del derecho, en forma simultánea o posterior al acuerdo de voluntades de los requirentes del servicio fedatario, ante la solicitud que pretende una instrumentación adecuada.

- ♦ El Estado ha acentuado la prevalencia de la tutela de los derechos subjetivos, del patrimonio de cada individuo integrante de la sociedad en su conjunto, como la seguridad del tráfico, al imponer la intervención necesaria de uno de sus delegados, de un profesional del derecho -de carácter privado- pero a cargo de una función pública, como lo es el notario, asignándole diversas atribuciones que se plasman y concretan en distintos estadios que van desde la interpretación de la voluntad del interesado, hasta su configuración y adecuación a una figura contractual, la certeza del acto representada por la concreta instrumentación del negocio en la forma legal determinada, para concluir con el reflejo registral, en todas sus variantes, desde su publicidad noticia o meramente informativa hasta la eficacia ofensiva de los asientos y los medios publicitarios previstos.

- ♦ El notariado se debe adecuar al uso de las nuevas tecnologías, pero su aplicación siempre debe ser realizada dentro de los principios del notariado de tipo latino, debiendo tener claro el límite entre la seguridad en términos informáticos, y la seguridad en términos jurídicos, la primera colabora para el logro de la segunda. Si bien las tecnologías de la información, aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, hay determinados ámbitos

donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que la automatización sumada al concepto de la seguridad informática, puede hacernos caer en el error de interpretar que a través de ello se alcanza la seguridad jurídica. Los elementos vinculados a la inexistencia de vicios de la voluntad, y la capacidad al momento del otorgamiento del acto, no son resueltos tecnológicamente. Por esto la función del notario, resulta fundamental para dotar de seguridad jurídica a los documentos, incluso a los electrónicos.

- ♦ El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica. Para ello, tiene que dictar normas claras que regulen las conductas de sus habitantes. Pero si las leyes se multiplican, son taxativas y no establecen pautas generales, es probable que no exista seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica tampoco habrá inversiones ni un mercado con libre oferta y demanda. Debe ofrecer medios aptos para que las personas puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos.

- ♦ La intervención estatal debe servir para regular el mercado, evitando las iniquidades, y favoreciendo el acceso a la vivienda. Una intervención adecuada servirá para equilibrar las condiciones contractuales, pero se deberán evitar superposiciones normativas jurisdiccionales entre la Nación, las provincias, los municipios, y las dobles imposiciones tributarias.

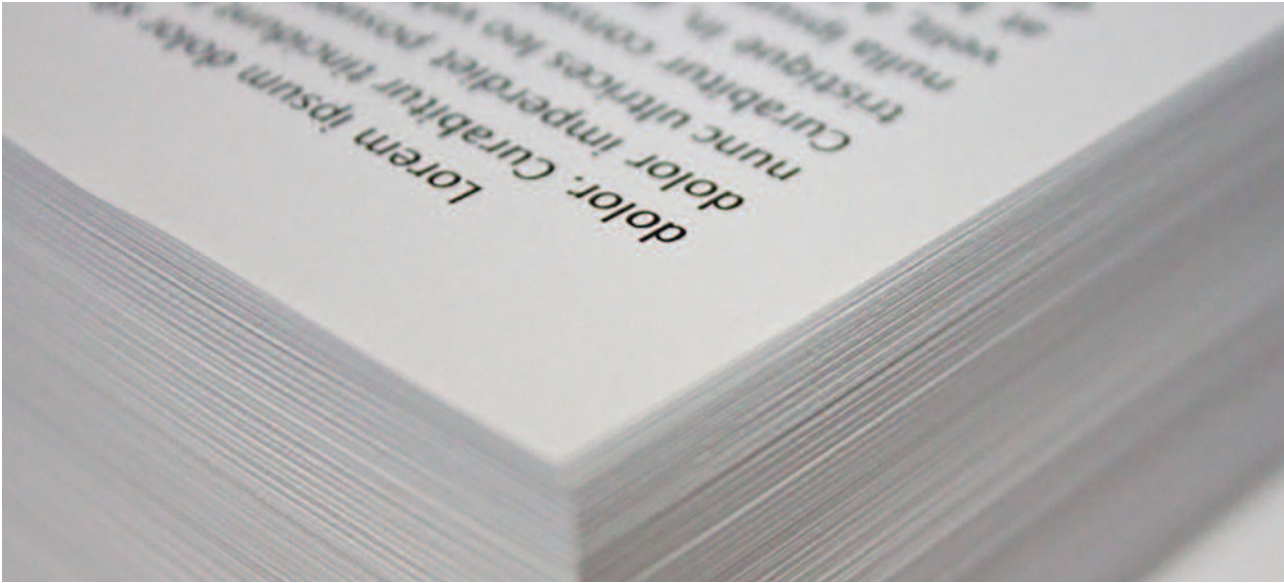
- ♦ En el actual modelo de economía de mercado, la búsqueda de la seguridad jurídica impone un sentimiento de anticipación o de preservación que dota de un renovado contenido a la institución notarial. La orientación preventiva procura que los negocios se formalicen sin vicios e irregularidades; es decir sin gérmenes de un ulterior conflicto.

- ♦ El rol que los notarios desempeñan en el asesoramiento integral inmobiliario supone necesariamente una reducción de costos, beneficiando no sólo a las partes intervinientes en el negocio a instrumentar, sino a la comunidad en general.

- ♦ El notario contempla no sólo los aspectos económicos y jurídicos, sino también sociales y ambientales. En el marco de la seguridad jurídica que emana de la intervención notarial, es innegable la importancia de la información que este brinda en base a datos relativos a determinadas restricciones, beneficios o limitaciones y que perdurarán en el documento notarial, tales como la pertenencia del inmueble a zonas de patrimonio histórico, a ejecuciones urbanísticas, restricciones al dominio, derecho de aguas, restricciones en la propiedad horizontal, entre otras.

- ♦ El notario, en el ejercicio de una función pública, y por su relación con organismos públicos y privados, tiene la posibilidad de relacionarse con cada uno de los recursos que integran el medio ambiente. Conoce de las restricciones y límites al dominio; tiene posibilidad de realizar constataciones. Se encuentra capacitado para intervenir complementariamente en los procesos de zonificación o urbanización.
- ♦ Seguridad en el tráfico significa certeza en la interrelación e integración de los derechos y deberes de todas las partes.

En un mercado inmobiliario cíclico y muy sensible a los cambios económicos, políticos y monetarios, el notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa legal, alentando la comunicación directa de los involucrados, generando una negociación colaborativa, y asistiendo a las partes como facilitador de la comunicación para que puedan resolver las discrepancias.





Unión Internacional del Notariado
Union Internationale du Notariat
International Union of Notaries

*Nuestra Unión es el puente
que vincula a los notarios de 86 países*

EDICIÓN E IMPRESIÓN: SEPTIEMBRE DE 2016
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES - BUENOS AIRES - ARGENTINA



