

REVISTA NOTARIAL

Pretium

Fidei

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE JUJUY

Fecha de Ingreso

Inventario

Asig. Topográfica

147



AÑO III - N° 4 - JUNIO 2002

REVISTA NOTARIAL

Pretium

Fidei

JUNIO 2002

Página 1





COLEGIO DE ESCRIBANOS
SAN SALVADOR DE JUJUY - REPUBLICA ARGENTINA

Ley 4884

COMISION DIRECTIVA
COLEGIO DE ESCRIBANOS
DE LA PROVINCIA DE JUJUY

PRESIDENTE
ENRIQUE JORGE GRANARA

SECRETARIA
CLAUDIA ALICIA TRENQUE

TESORERA
MARIA ALEJANDRA GARCIA

VOCALES
JUSTO JOSE ALFONSO FRIAS
SILVIA CECILIA BLASCO

Revista Notarial "Pretium Fidei"
Dirección: Silvina María Chain Molina

La Editorial no se responsabiliza de los contenidos de artículos firmados.

REVISTA NOTARIAL
COLEGIO DE ESCRIBANOS DE JUJUY
AÑO III - NUMERO 4 - JUNIO AÑO 2002

SUMARIO

1. Nota Editorial

2. Sección Institucional

- Índice de circulares.
- Origen de la Comisión de Escribanos Noveles de Jujuy. Esc. Martínez.

3. Doctrina

- Objeto de los Derechos Reales. Esc. Chain Molina
- Distracto. Segunda Parte. Esc. G. R. Di Castelnuovo (Bs. As)
- La deontología Notarial frente a los clientes, al colega y al Estado. Segunda Parte. Esc. M. C. Palacios y Esc. M. G. Melano Ricci.

4. Jurisprudencia

- Responsabilidad Penal del Escribano. Dr. Massaccesi

5. Notariado Novel

- Subsanación de documentos protocolares. Esc. Abud y González Cernuschi.

6. Humor

Nota:

- 1) El reportaje a la AFIP prometido no se agrega por remisión por parte de ese organismo a las normas aportadas y publicadas en el número anterior.
- 2) Las notas al pie del "Distracto" en blanco obedecen a la reproducción del material aportado por el autor, ilegible en esas partes.



NOTA EDITORIAL

ACERCA DEL TRABAJO

Estimados colegas: De más está decirles que pensamos que la laboriosidad es hoy materia en examen en nuestro querido país (no se observan en los argentinos las características psicológicas genéticas de los japoneses o alemanes).

Parecería que como en todos los rubros, hay todo tipo de argentinos –y escribanos- pero la presente quiere ser una invitación al esfuerzo por realizar un trabajo cada vez mas acabado, del que muchos de los lectores no obstante, son ejemplo.-

Me refiero en esta oportunidad al intento por estudiar el Derecho. Esto se refleja en los contratos y actos, o constataciones de hechos, un conocimiento de la Ciencia que nos une. Nadie está exento de equivocarse pero hemos de reconocerlo. Todos podemos querer acceder a cargos, pero hemos de intentar estar a la altura de las circunstancias, luchar por ser humildes. En fin, cada uno somos responsables de nuestros actos.

Y por otra parte, la conducta ética que ha de informar la actividad del notario: saber más para quebrar la ley tampoco es coherente.-

Un ejemplo: la economía hizo aguas hace varios años, pero hemos esperado ahora para, dando manotazos de ahogados, buscar salvavidas. ¿no será que nuestras desprolijidades laborales tienen una relación directamente proporcional al hambre de hoy de tantos?

El esfuerzo por trabajar mejor es punto de partida para una país en serio.-

Ah! Y no responsabilicemos a los otros pues cada uno de nosotros podemos trabajar mejor.

Muchas gracias por las ideas que para decir esto me han dado ustedes mismos siendo modelos.

LA DIRECCION.-

SECCION INSTITUCIONAL



CIRCULARES DESDE JUNIO 2001

43. Invitación de la UNA a Jornada sobre Mercosur, Alca y las relaciones Argentina-Brasil.
44. Requerimiento de la División de Operaciones del Departamento Delitos Complejos. Ministerio del Interior Policía Federal
45. Reservado.
46. Requerimiento del Juzgado a cargo del Dr. Galeano.
47. Invitaciones a conferencia y Premio José M. Moreno
48. Concurso de antecedentes para cubrir cargos de la UEPRAd de Tierras a la Población Aborigen de esta Provincia.
49. XXVIII Convención Notarial. Adscripción del Esc. Gonzalez Cernuschi
50. Recordatorio del funcionamiento del Registro de Actos de Última Voluntad.- Centro Nac de Nómina de Escribanos y Anotación de Sanciones desde el 01/07/2001
51. Auditoría COSALUD. Pág WEB Consejo Federal. Maestría en Derecho Notarial y Registral. UB. Curso de Mediación Colegio de Capital Federal.-
52. Copias de Reglamento de Certificación de firmas y fotocopias.
53. Resol 983/2001 DGRentas. Adsc Esc Verónica Patricia De Tezanos Pinto.-
54. V SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL. Seminario sobre Los medios de pago a la luz de las leyes 25.345 y 25.413. Corrientes. Septiembre 2001.
55. V SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL. Septiembre 2001. Instructivo de la página web del Consejo Federal. Pautas tema 1 (Fideicomiso) de la XXVIII Convención Notarial del Colegio de Capital Federal. Curso de Perfeccionamiento Docente. Septiembre. UNJU. Unidad de investigación en historia.-
56. Recordatorio del Registro de Actos de Última Voluntad. Invitación a presentar trabajos en la web del Consejo Federal. 4º Coloquio FARM. Postgrado MERCOSUR, ALCA Y LA INTEGRACIÓN AMERICANA. IDELA. UNT. Octubre 2001.
57. Oficio Judicial Juzgado Federal Criminal y Correccional N° 8 Dr. Jorge Urso.
58. Adscripción de Mariela Verónica Machado. 4º Coloquio Propuesta Políticas públicas para el desarrollo sustentable. Septiembre 2001.
59. XLII JORNADA NOTARIAL URUGUAYA. Noviembre del 2001.-
60. Seminario ESTRATEGIAS DE UN NEGOCIADOR Y NEGOCIACIÓN INTERCULTURAL de la UNA. Septiembre.
61. Datos que han de contener los pedidos de informes a Agua de los Andes.
62. Nota del Jefe del Registro Inmobiliario.
63. II Seminario de Responsabilidad Civil. Octubre. UCSE. Seminario Introductorio a los métodos alternativos de resolución de disputas. Octubre y Noviembre. UCSE. XXVI JORNADA NOTARIAL ARGENTINA. Córdoba 2002.
64. Informe sobre el Seguro de Aetna. Seminario Victorino de la Plaza. Noviembre 2001. Salta
65. No recepción de Lecop y Patacones por el Colegio
66. Resolución D.G. Inmuebles N°243. Postgrado GPS. UNA HERRAMIENTA PARA EL ORDENAMIENTO REGIONAL. Facultad de Ingeniería de esta Ciudad.
67. Moratoria de la DGRentas



68. Copia de oficios de la Jefatura del Dpto Unidad de Investigación de la Policía Federal. Informe resolución N°638/01 del Ministerio de Justicia y derechos humanos y disposición N°114/01 del Subsecretario de Justicia y Asuntos legislativos sobre adjudicación de titularidades de los Registros de la propiedad del Automotor.
69. Requerimiento Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional a cargo Dr. JM Hermida.
70. Licencia del Esc. J.E. Granara.
71. Servicio gratuito de libre deuda LIMSA a través de PC.
72. Datos de escribanos requeridos por la Dirección General de Rentas.
73. Recepción de LECOPS y PATACONES por el Cgio hasta el 50%.
74. Seminario sobre ESCRITURAS JUDICIALES de la UNA.
75. Resolución Gral 28497 de la Superintendencia de Seguros.
76. Decreto N°1570 del 12/01. Dolarización parcial de la economía.
77. Carreras de Postgrado de la UNA. Copia de la resolución D.G.Rentas 1000/01. XV Encuentro Nacional del Notariado Novel. Tandil.
78. Juramento de Titulares de Registros N°65, 66 y 67. Adscripción escribana A.H.González.

2002

1. Copia ley Pcial 5295, modificatoria de la ley notarial local
2. Resolución N° 13-H-2002, del Ministerio de Hacienda de la Provincia de Jujuy, el personal (Turno Mañana) debe cumplir horario de 8:00 a 14:00 hs, excepto el Personal de Rentas.
3. Seminario "Ley 25.561 de Emergencia Económica y Reforma al Régimen Cambiario", desarrollado en la U.N.A. (Universidad del Notariado Argentino).
4. Recordatorio del funcionamiento del Registro de Testamentos. Invitación a publicar en la página web del Cjo Federal. Presentación por el Colegio del anteproyecto de ley de Creación de Testamentos y anteproyecto de Mediación Profesional Extrajudicial.
5. Seminario del "La compraventa en la nueva legislación". Cgio de graduados de Ciencias Económicas Tucumán.
6. Convocatoria Asamblea Extraordinaria
7. Disposición de la D.N. de Migraciones N°1859. Reunión Académica EL MERCOSUR Y LA CRISIS ARGENTINA. Abril 2002. Seminario MEDIOS DE PAGO Y SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES EN LA EMERGENCIA ECONÓMICA de la UNA. Abril 2002.
8. Reglamento de Inspecciones Notariales
9. Material referente a la conformación de Escrituras Públicas del "corralito".
10. Curso sobre LIQUIDACIÓN DE COMPAÑÍAS DE SEGUROS de la UNA. Mayo y Junio 2002. V Jornada del Notariado Novel del Cono Sur. Junio 2002
11. Seminario EFECTOS DEL CONCURSO Y LA QUIEBRA de la UNA. XLIII Seminario Laureano Moreira, Mayo 2002. X Jornada Notarial Iberoamericana, Octubre 2002. Valencia. España.
12. Información del Seminario LA EMPRESA Y LA ACTUALIDAD de la UNA. XXVI JORNADA Notarial Argentina., Octubre 2002.



ORIGEN COMISION DE ESCRIBANOS NOVELES DE JUJUY.

Autor: Not. María Ester Martínez.

La Comisión de Escribanos Noveles de la provincia de Jujuy, nació como consecuencia de la iniciativa de un grupo de Notarios, entre ellos Julio Esteban Acuña, Josefina De Aparici, Leticia del Valle Abud y María Ester Martínez, quienes interesados en promover el perfeccionamiento académico y las relaciones de camaradería entre los profesionales de nuestra provincia, convocaron a sus colegas a cumplir con dichos objetivos.

En las primeras reuniones informales que se mantuvieron en la sede de nuestro Colegio, se planteó la necesidad de formar una Comisión organizada como tal, motivados por la experiencia adquirida por algunos de los Escribanos Noveles, que participaron de distintas Jornadas Nacionales e Internacionales, y para tal fin, se comenzó con la tarea de elaborar un Proyecto de Reglamento, previo estudio de la normativa vigente en otras provincias que ya contaban con una Comisión organizada de jóvenes Escribanos, tales como Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, etc. Así también surgió además la inquietud de nombrar un Representante para establecer vinculaciones sociales y jurídico-notariales dentro del seno de nuestra nación y países integrantes del notariado latino.

A posteriori de varias reuniones, a pesar de la falta de respuesta de sus colegas a esta iniciativa, este reducido grupo de jóvenes notarios plantearon su inquietud al Presidente de la entidad, Notario Enrique Jorge Granara, y elevaron su propuesta normativa, y la correspondiente designación de Autoridades Noveles al Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de Jujuy, para su consideración y posterior aprobación, la cual se materializó en la **Resolución N° 08/2001** emitida por el Colegio de Escribanos de Jujuy, el día 26 de Marzo de 2001.

Conforme a la normativa vigente, se considera Novel a aquel Escribano en ejercicio de la profesión notarial, desde su juramento y hasta el cumplimiento de ocho años de ejercicio. Asimismo, pueden participar de las sesiones de la Comisión, aquellos Notarios matriculados, que no estando en ejercicio de la profesión, posean un interés real en la consecución de los fines preestablecidos, pero estos últimos solo tendrán voz pero no voto.

La dirección y representación está a cargo de dos de sus miembros, desempeñando uno de ellos el rol de Coordinador y el otro de Secretario. El Coordinador dura un año en el ejercicio de sus funciones directivas y cuenta con la posibilidad de ser reelecto por dos períodos, es designado por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, previa propuesta elevada por la Comisión de Noveles. El Secretario es designado potestativamente por el Coordinador. Cabe destacar que las primeras autoridades de la Comisión fueron las Escribanas Leticia del Valle Abud y Josefina De Aparici, en los cargos de Coordinadora y Secretaria respectivamente, luego ante la renuncia presentada por esta última, asumió en el cargo de Secretario, el Notario Nicolás Granara.

Desde sus orígenes, los notarios noveles se mantienen informados acerca del dictado de cursos y congresos Provinciales, Nacionales e Internacionales, actividades y reuniones de Comisiones organizadas en otras provincias, llamados a asamblea extraordinaria u ordinaria en el ámbito local, nombramiento y actividades desarrolladas por el Delegado de noveles ante el Consejo Federal del Notariado Argentino, vía e-mail remitidos por las autoridades de la Comisión y aquellos que no poseen correo electrónico son notificados personalmente mediante notas.

La Comisión de Escribanos Noveles, se reúne en la sede del nuestro Colegio, el último viernes de cada mes y sesiona desde el mes de Marzo hasta el mes de Noviembre, para estudiar o discernir la aplicación de nuevas leyes, organizar eventos académicos y/o sociales, fomentar las relaciones de camaradería y solidaridad de sus miembros, colaborar con las actividades requeridas por los directivos del Colegio e incentivar a sus miembros a asistir a los diferentes cursos organizados dentro del ámbito del país como del exterior.

A pocos meses de su conformación, la Comisión observando puntos oscuros e imprecisos en su reglamentación, emprendió la tarea de su modificación parcial, las cuales fueron consensuadas entre sus integrantes y las autoridades del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, culminando con la aprobación de las Reformas Parciales al Reglamento mediante **Resolución N° 28/2001 del Colegio de Escribanos de Jujuy**, de fecha 28 de Setiembre del año 2001.

BREVE RESEÑA DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LOS ESCRIBANOS NOVELES

Todos los noveles del país, son representados ante el Consejo Federal del Notariado Argentino, por un Delegado Novel Nacional, el cual es elegido durante la celebración anual de cada **Encuentro del Notariado Novel Argentino**, con el voto mayoritario emitido por un representante de cada provincia, autorizado por el Colegio del cual es mandatario. En dichos encuentros también se elige la provincia anfitriona, en la cual se desarrollará el próximo Encuentro, las actividades académicas desarrolladas en los mismos, son premiadas por el órgano superior. Cabe destacar, que en el Encuentro desarrollado en el mes de Mayo del año 2001 en la Provincia de Corrientes, dos notarios noveles de Jujuy resultaron acreedores del Segundo Premio.

A nivel Internacional, anualmente se efectúan las llamadas **Jornadas del Notariado Novel del Cono Sur**, que reúne a Escribanos Noveles de los países miembros, o sea aquellas naciones que directa o indirectamente se encuentran involucradas o participando en algunos acuerdos económicos regionales, tales como MERCOSUR y asociados. En dicha convocatoria, autorizado por el órgano superior de su nación, el Delegado Nacional postula a su país como sede de la siguiente Jornada internacional, pudiendo especificar o no el lugar de su desarrollo. Se debe tener en cuenta que debido a que en la IV Jornada del Cono Sur resultó propuesta y electa la República Argentina, en la reunión del Consejo Federal del Notariado Argentino realizada en la Provincia de La Rioja entre los días 9 y 10 de Agosto del año 2001, se decidió que la provincia argentina anfitriona de la "V Jornada del Notariado Novel del Cono Sur" sería **JUJUY**.

RECONOCIMIENTOS.

Hay que remarcar muy especialmente, que desde su nacimiento, la Comisión de Escribanos Noveles de Jujuy, cuenta con el constante apoyo brindado por las actuales autoridades del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de nuestra provincia, quienes en reiteradas oportunidades alentaron y apoyaron sus iniciativas.

MIEMBROS ACTIVOS.

Actualmente, conforme a la normativa legal vigente, reúnen la calidad de escribanos Noveles en la Provincia de Jujuy, veintiséis personas, de los cuales solo participan activamente los nominados a continuación: Escribanas Leticia del Valle Abud, Carolina Alexander, Mariana Antoraz, María Susana Blasco, María Valeria Bordallo, María Verónica Cuadri Escudero, Josefina De Aparici, Verónica Patricia De Tezanos Pinto, Claudia Alicia Hortensia González, Mariela Verónica Machado, María Ester Martínez, Andrea Raquel Romero Zampini, María Eugenia Vargas e Ivonne Marcela Adriana Vázquez y Escribanos Julio Esteban Acuña, Juan Pablo González Cernuschi y Nicolás Granara.-



DOCTRINA Y OPINIONES



OBJETO DE LOS DERECHOS REALES, CUESTIONES PRÁCTICAS :

Vamos a tratar de exponer un tema interesantísimo cual es el objeto de los derechos reales¹. Antes de seguir, quisiera exponer la practicidad del análisis a fin de alentar en la lectura a los más escasos de tiempo para el estudio de temas aparentemente sólo abstractos, que no es -repito- el caso.

Indagar acerca del objeto de los derechos reales *implicará en este trabajo, analizar el tema de derechos reales con objeto inmaterial, lo que acarrea el estudio de problemas relativos al contrato de mutuo, depósito, propiedad intelectual (software por ejemplo), usufructo, propiedad del Estado, y otras cuestiones que procuramos estudiar. Finalmente se aprecia la temática de la consideración de “nuevas” situaciones jurídicas como “nuevos” derechos reales*, tal la propuesta de algunos respecto a la multipropiedad, cementerios privados, shoppings, countries, -que se sostienen no asimilables o encasillables en el numerus clausus legal (2502/3 del C.C.) y la restauración por ejemplo del derecho de superficie. Vamos al primer punto:

Posible inmaterialidad del objeto de los Derechos Reales: Definiendo a los derechos reales resalta Musto² la dificultad de dar un concepto del derecho real, sin oponerlo al derecho personal, que constituye la otra especie principal dentro del género de los derechos patrimoniales. Nos parece una afirmación verdadera en tanto y en cuanto sirve para clarificar la situación. Centrada como están generalmente en la doctrina las diferenciaciones entre ambas categorías de Derechos, (en lo tocante a sus elementos, características, efectos, derechos de persecución y preferencia, prescripción, etc.) resumimos la cuestión en una diferencia de CLASE o TIPO DE RELACIÓN JURÍDICA, de la que surgen obviamente y como consecuencia natural, las restantes diferencias reseñadas³.

Para seccionar las afirmaciones, diremos en qué casos se trata de derechos reales y cuáles son los personales.-

Musto dice que “Tradicionalmente se ha concebido el derecho real como aquel que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de modo que el sujeto puede obtener provecho del objeto, sin intervención de otra persona. El codificador en la nota al Tít. IV del Libro II, Transcribe la definición de Demolombe que puede considerarse como el más acabado exponente de la doctrina clásica y según la cual “derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”, y corroborando lo expresado más arriba sigue diciendo la nota: “Se llama, al contrario, derecho personal, aquel que sólo crea una relación entre el que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentran tres elementos, a saber: la persona que es sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor) y la cosa o el hecho que es el objeto”.

En igual sentido cita a Vélez Sársfield que, en la nota al art. 497, definía los derechos reales, transcribiendo la definición de Ortolán, para quien: “Derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho, revelando conocer (o

¹ Utilizaremos para algunos conceptos esenciales el método de parafrasear a NÉSTOR JORGE MUSTO, en su reciente obra.-

² MUSTO: “Derechos Reales”. Astrea. Bs.AS. 2000.- Seguiremos su definición y aspectos de los derechos reales, por la claridad con que aborda estos temas.-



preanuncia) la teoría monista que –como veremos– contrapone, para los derechos reales, la noción del sujeto pasivo universal al sujeto pasivo individual –concluye Musto⁴.-

Así, al tratar los ASPECTOS INTERNO Y EXTERNO DE LOS DERECHOS REALES, indica el mismo autor que el derecho real se manifiesta como un poder que se ejerce sobre la cosa y frente a las demás personas, según la ley. Al poder de la persona sobre la cosa se lo designa como “aspecto interno”, mientras que a la relación que traduce el derecho real frente a los demás (oponibilidad erga omnes) se lo denomina “aspecto externo”, con lo que se denota el conjunto o la gama de facultades –no mero hecho de la posesión– que el titular del derecho ejerce sobre la cosa, sin la necesaria intervención de otras personas. La extensión de este poder depende del contenido del derecho real de que se trata y sirve para determinarlo⁵.

En cuanto al aspecto interno⁶, expresa que “el poder se manifiesta, o como disponibilidad o goce (pleno o parcial) del objeto del derecho y como exclusividad de tal poder. Se habla, respecto de los derechos de goce como los que tienen por contenido un agere licere, o sea la posibilidad de utilización directa de una cosa, o como sujeción del objeto a satisfacer de manera exclusiva determinados derechos de crédito (derechos de garantía). El aspecto externo en cambio, se manifiesta en el deber del resto de las personas que integran la comunidad, de no interferir en el ejercicio de estas facultades⁷.

El aspecto interno está limitado por el contenido del derecho real de que se trata, y el externo, condicionado al grado de oponibilidad⁸. Respecto a la exclusividad de la fuente legal de los derechos reales, tengo dicho que “la (cada vez mayor) valorización de los bienes hace que las relaciones personales se vean “entremezcladas” de manera creciente y principal con los derechos sobre las cosas o sobre los

³ puede verse: Alterini, Wayar, Pizarro-Vallespinos, Trigo y Represas, por nombrar algunos textos pedagógicos que marcan las diferencias.-

⁴ Musto (op. cit): “A pesar de las críticas y de los refuerzos doctrinarios por establecer otras pautas diferenciales, la doctrina clásica, con su básica y elemental distinción entre los derechos reales y derechos personales, parece conservarse en toda su lozanía y sus fructíferas consecuencias prácticas. La mayor parte de las críticas que se le formulan son producto de una interpretación fragmentaria de la posición aludida, sobre la base de las definiciones propuestas por los autores, más que de un cabal análisis en profundidad de la doctrina.

Por eso hemos expresado que la doctrina monista personalista, con su concepción de la obligación pasiva universal, que ya había sido conocida y refutada cuando fue difundida por Planiol y sus discípulos, no hizo más que destacar el aspecto externo de los derechos reales, para después reconocer -sus seguidores- que “como la obligación pasiva no basta para caracterizar el derecho, es el poder jurídico el que desempeña esta función”. La tesis monista realista, elaborada y por espíritu de simetría, como dice Molinario, de manifestaciones más literarias que jurídicas, y de una distorsión en la interpretación de expresiones de Saleilles, no resiste a las críticas que se le formulan. Otras tesis se colocan en un punto de mira diferente y representan una real contribución al estudio de las instituciones, pero no son incompatibles con la distinción clásicamente formulada que -como decimos- resulta básica y elemental en el campo teórico y fructífera en el práctico.

De lo expresado, sin embargo, no se debe deducir que adoptamos una posición meramente coservadora o seamos partidarios de una concepción estática, o que desestimemos los refuerzos teóricos hechos con ánimo de enriquecer y profundizar los conocimientos jurídicos, pero sí podemos expresar con Molinario: “Se justificaría el destruir una clasificación si se demostrara su inutilidad, pero sustituir por sustituir es algo que no debe admitirse en el terreno doctrinario y mucho menos en el legislativo”.

Por ello, no dejamos de destacar una tendencia a ampliar el ámbito de los derechos reales, especialmente en la doctrina alemana, donde los autores se quejan de la limitación de su esfera de acción al ámbito de los objetos materiales, señalando tal limitación como uno de los defectos capitales del sistema.



bienes.- Los acuerdos o contratos (art.1137 C.C.), sabidamente constituyen la fuente más fecunda de las obligaciones proliferando aquellos en los cuales se engendran “mediatamente”, si así podríamos decirlo, derechos reales sobre los bienes de cuyo objeto se traten cuando finalmente es eso lo convenido. Un acuerdo para reglar los derechos o lo que es justo por ejemplo entre dos, contiene en estos casos, regulación sobre los bienes de tales contratantes.

Es decir, en esos casos, los contratos, fuente de las obligaciones, generan asimismo y de manera mediata, derechos reales. Decimos también de manera mediata, pues en rigor de verdad, sabemos que la única fuente básica de los derechos reales, es la ley, en honor al principio consagrado en nuestro derecho, del numerus clausus.

Pero la ley abre el abanico de las posibilidades en las relaciones personales –art.1197-, que el sujeto escoge ,excepción hecha de los que nacen imperio legis exclusivamente.

Podemos decir que existe un crecimiento en el interés por las cosas materiales, no siempre ordenado, que ha sobrevalorado en muchos casos el consumo. La globalización de los mercados, además de hacer necesarias leyes especiales que protejan -como se apuntara-, al consumidor, trajo aparejada la introducción o pretensión de Instituciones ajenas a las fuentes romanistas, de corte anglosajón o resucitando viejas instituciones, que rasgaron la exclusividad, absolutez y perpetuidad del derecho de dominio, el que recibe, conjuntamente con el aparente recorte de facultades del titular, el enriquecimiento de nuevas maneras de ejercerlo conjuntamente en distintos “planos”, (desgajándolo como se hace con una naranja para que puedan aprovecharla varias personas a la vez). Hablamos del derecho de dominio fiduciario-ley 24.441- y el posible resurgimiento del derecho de superficie.”.-

⁵ Cita a: 1)Del Vecchio, refiriéndose al derecho subjetivo en general, nos dice que tiene dos lados o facetas: uno es la posibilidad de hacer o querer, conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento interno. El otro está constituido por la imposibilidad de todo impedimento ajeno y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Se da, pues, una posibilidad de exigir de otros el respeto, elemento al cual podemos llamar externo, porque se desenvuelve frente a otros.

2) Castán Tobeñas, de quien toma la cita anterior, añade que “aunque siempre se encuentran en el derecho subjetivo los dos elementos de referencia, esto no obsta para que predomine o se haga más visible uno u otro de ellos, según las diversas categorías de derechos. En los derechos absolutos o erga omnes de los que son ejemplo los derechos reales, destaca el elemento interno o de señorío, aun cuando no falte en los mismos el elemento externo o de pretensión, constituido por la exigencia de respeto que puede invocarse contra todos. En los derechos relativos o de obligación sobresale el elemento de pretensión, que adquiere gran relieve, toda vez que se hacen valer aquéllos contra una persona determinada.

⁶ Refiere a Messineo

⁷ Refiere a Windscheid quien ve en la propiedad, no tanto la facultad del propietario de la cosa de actuar según su voluntad (tanto de hecho como jurídicamente) sino más bien la posibilidad de mantener alejados a los demás de esa cosa. O sea la propiedad como suma de pretensiones frente a potenciales perturbadores. Con ello, dice Larenz, no sólo se pierde la expresividad del concepto (como opina von Tuhr), sino que se manifiesta el vaciamiento de sentido del concepto de propiedad que no es el de hacer prevalecer una pretensión frente al perturbador, sino la posibilidad de que una persona se cree, con las cosas, el ambiente apropiado, el espacio de existencia individual adecuado para manifestarse como persona, es decir como ser libre.

⁸Los condicionamientos no son uniformes: en el aspecto interno existen derechos reales de mínimo contenido material e incluso que no se ejercen por la posesión (v.gr., servidumbre, hipoteca), en el segundo aspecto hay derechos de oponibilidad limitada (derecho real-sobre inmueble-no inscripto=Tales condicionamientos no son uniformes: en el aspecto interno existen derechos reales de mínimo contenido material e incluso que no se ejercen por la posesión (v.gr., servidumbre, hipoteca), en el segundo aspecto hay derechos de oponibilidad limitada (derecho real-sobre inmueble-no inscripto)



Obviamente y como profundización de lo expuesto, existen nuevas valoraciones o discusiones en este campo de las relaciones reales⁹, como la inmaterialidad del objeto¹⁰ –si pueden recaer sobre derechos- o la discusión respecto al cuerpo humano (esto último inaceptable: cfr. Borda, Andorno, Luverá).

Luego del repaso que hiciéramos sobre la definición y aspectos de estos derechos, caben las siguientes consideraciones:

La certeza de siempre afirma que los derechos reales radican sobre las cosas.

El 2311 los establece sobre las cosas :objetos materiales susceptibles de tener un valor, aplicando las disposiciones a la energía eléctrica y fuerzas naturales susceptibles de apropiación¹¹ .-

El patrimonio (2312 CC) se integra por todos los bienes -susceptibles de valoración económica-, esto es, cosas y derechos (los “derechos” están comprendidos entre los bienes inmateriales). No obstante la doctrina tiene dicho que los derechos reales pueden recaer sobre derechos cuando exclusivamente lo establezca la ley¹² .-

Cita el Dr. Cura Grassi¹³ la nota del 2311 C.C. en que Freitas (nota al art.317 de su Proyecto) demuestra que sólo deben entenderse por cosas los objetos materiales y que la división en cosas corporales e incorpóreas... –aceptada generalmente- ha confundido todas las ideas¹⁴, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles. El autor reflexiona que conjuntamente con otros cambios en nuestra legislación, la palabra “cosas” ha de aggiornarse pues lato sensu abarca todo lo que existe, -no sólo lo que puede ser objeto de propiedad sino también lo que escapa a esa apropiación¹⁵ -, y en cuanto en aptitud para ser objeto de los derechos reales, debemos circunscribirnos a las valiosas patrimonialmente (desde este punto de vista deduce que no todas las cosas son bienes, sino solo las que tienen valor económico¹⁶).-

Finalmente, introduciéndonos en que en su opinión “no es del todo cierto aquello de que sólo las cosas corporales pueden ser objeto de los derechos reales”¹⁷, propone una nueva definición de “cosa”: “Todo aquello que pueda ser percibido por los sentidos susceptible de apreciación pecuniaria¹⁸”. Esto no lleva a la asimilación de los derechos personales y reales pues en los primeros el objeto seguirá siendo una “conducta o prestación”.-

Márquez Alurralde acepta y trata del “dominio inmaterial”, e incluye dentro del mismo, además de los derechos autorales e industriales, a la propiedad comercial, a la que entiende conformada por regulaciones de distinto origen como la transferencia de tecnología y la competencia económica. Expone que el dominio inmaterial se dirige como objetivo (objeto?) a la industria, el comercio y próximamente el mundo de las comunicaciones.¹⁹

Creemos con el autor que los derechos u objetos inmateriales de los derechos reales son

⁹Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil sobre el tema han concluido en sus cuatro primeras aseveraciones, que : I) Los derechos reales tienen por objeto: a) las cosas; b) las partes materiales de las cosas; c) los derechos, excepcionalmente, si la ley lo establece; II) En todos los casos, la relación del titular con el objeto debe ser directa y conferir los derechos de persecución y preferencia; III) Aunque sea discutible si la energía es o no una cosa, deben aplicársele las normas jurídicas atinentes a las cosas en tanto sean compatibles; y IV) Se entiende que la problemática relativa a las cuestiones planteadas en la ponencia titulada “Los órganos y el material anatómico como objeto de los derechos reales, merece un tratamiento interdisciplinario.-

¹⁰ M.Márquez Alurralde en “Régimen del dominio inmaterial” (Ed. La Ley. 1993), refiere a Lafalle cuando expone que el derecho de dominio comprende todos los demás derechos sobre las cosas los cuales no vienen a ser sino aspectos o desmembraciones de aquel”, o que el dominio “es el que contiene la suma de las facultades acordadas a un individuo sobre una cosa”. Recuerda la distinción de Salvat entre dominio y propiedad (ésta última comprensiva justamente de los derechos), y así ejemplifica con el dominio público y privado del Estado, eminente, internacional y marítimo.-

¹¹ EN igual línea: Ley francesa de 1919, C.C.Peruano 1936.



posibles en al medida que exista un derecho de señorío sobre una cosa, derechos y/o situaciones que obvia y paralelamente van teniendo reconocimiento legal –podemos deducir que el caso de la “competencia económica” explicaría la obligación de abstención por parte del resto u obligación de respetar la situación de preferencia adquirida por un comerciante.

Las aplicación a los objetos inmateriales, de la normativa que regula los derechos reales será posible, adecuada a la naturaleza del objeto en cuestión como especies diversas dentro de un mismo género²⁰. Ejemplificamos diciendo que si el derecho real –en este caso el dominio- recae o versa sobre muebles o inmuebles tiene unas características específicas, así como los derechos de propiedad intelectual se encuentran calificados por sus características propias.- Seguiremos la exposición de casos particularizados.

El Proyecto de 1998, en su art. 1816 expresa: “Son objeto de los derechos reales: a) las cosas que están en el comercio. Se ejercen sobre la totalidad de ellas, o sobre una parte material, o por una alcuota. b) los derechos en los casos previstos especialmente”, haciendo genérica la tímida extensión de la reforma del 68 a situaciones emergentes en ese momento cuando incluye la energía

El maestro Molinario, exhibe como objeto inmediato de los derechos reales a las facultades y atribuciones; y como objeto mediato, a la cosa o bien “taxativamente señalado por la ley sobre la cual recae el derecho”. En igual sentido Highton de Nolasco incluye además de las cosas, a “los bienes taxativamente señalados por la ley”.-

¹² 2312: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.-

¹³ CURA GRASSI, Domingo C.: “Derechos Reales. Objeto”. D.J., Conocimiento y actualización del Derecho. Año XVII. N°33. 15/08/2001.-

¹⁴ LUVERÁ, Miguel Angel : « Objeto de los derechos reales. Ubicación. Derecho comparado. Proyecto..1998”. DJ, Doctrina. Año XVII. N°49. 05/12/2001.-Distingue cosas corporales (si tienen cuerpo) de cosas materiales (entra una materia física en su composición y por tanto comprende las líquidas, sólidas y gaseosas). Cita a Borda cuando dice que “en Derecho lo que cuentan son los efectos; si las energías apropiables tienen igual condición que las cosas, son cosas”. Disidencia de Papaño, Kiper, Dillon, Causse: la energía implica la provisión o prestación personal de alguien: no puede ser objeto de un derecho real. Compartimos que lo cierto es que el querer del legislador es aplicar a la energía, las mismas normas que a las cosas.-

¹⁵ “mar, aire, sol, etc”

¹⁶ Desde otro punto de vista es a la inversa: los bienes abarcan los derechos además de las cosas con valor económico.Cfr. Luverá (op. cit.) para quien “bien” es el género, y “cosa”, la especie.-

¹⁷ Ejemplifica con el usufructo o un crédito que pueden ser objetos de hipoteca, prenda o usufructo; la propiedad literaria o artística o industrial, el tiempo compartido, y todo lo que sucede con la energía y demás fuerzas provenientes de la naturaleza (esto último cfr. 2311 C.C.) y –párrafo aparte cita a la cuasiposesión o posesión de cosas inmateriales.-

¹⁸Entiende que “apreciación pecuniaria” sustituye a “cosas que están en el comercio” pues hay cosas que no están en el comercio y son susceptibles de apreciación económica como los bienes públicos del Estado sobre los que hay relación directa entre cosa y titular.- Compartimos.-

¹⁹MARQUEZ ALURRALDE, M: “El dominio inmaterial”. La Ley 1993.- Define a los Derechos intelectuales como “los diferentes tipos de Derechos subjetivos que los ordenamientos jurídicos modernos atribuyeron a los autores...industriales y comerciantes...”

²⁰ Luverá (op.cit.), comenta que el Código Civil peruano 1984, español, chileno y cubano tienen un denominador común cual es clasificar los bienes (muebles, inmuebles y según sus titulares), disposiciones preliminares y comunes.



CONTRATOS REALES.

Estudiar la inmaterialidad del objeto nos lleva al análisis de los contratos reales que luego de cumplida la obligación que impone la entrega, hacen nacer eventualmente el Derecho Real: ejemplificaremos.

Tal lo que ocurre con la compraventa que, entregada la cosa por el vendedor, hace nacer el Derecho Real de Dominio para el comprador. Cuando la venta tiene por objeto "derechos", estamos ante el contrato de cesión (art. 1434 C.C.) En el caso del mutuo, el objeto de la entrega es una cantidad de cosas que la parte que recibe está autorizada a consumir (art. 2240 C.C). La entrega se realiza en propiedad (art. 2245 C.C).-

El depósito irregular hace nacer igualmente el derecho real de dominio en cabeza del depositante (2191 C.C).-

En todos estos casos, el objeto de tales derechos pueden ser cosas inmateriales (Arts. 1434, 2251²¹, 2189 C.C).-

El negocio fiduciario opera igualmente la transferencia de dominio imperfecto que puede tener objeto inmaterial, tal como un crédito (ley 24.441).

USUFRUCTO:

EL art. 2904 C.C. y subss. legislan el usufructo de créditos, como objeto posible de este Derecho Real²² .-

DERECHOS INTELECTUALES.

Podemos decir que tienen objeto inmaterial –tal la creación artística o intelectual- con sustrato material –la obra.- Por ser derechos reales obviamente tienen contenido patrimonial-²³ Ha alcanzado actualidad la necesidad de proteger el derecho intelectual contra las copias clandestinas de programas de computación, películas en videocintas, bases de datos en discos compactos, etcétera. La ley 25.036, de 1998, incorporó los programas de computación. Se debe tener en cuenta que protege dichos programas, así como también las compilaciones de datos o de otros materiales, incorporándolos a la ley 11.723. Asimismo admite, para quien tenga licencia de los autores para utilizar un programa, la reproducción de una copia de salvaguarda.

PROPIEDAD Y DOMINIO DEL ESTADO.

Distingue la Doctrina el dominio privado y público del Estado y dentro o afuera de éste último.- Centrada la polémica acerca de la verdadera naturaleza de tales derechos de dominio, pensamos que se trata de verdadero dominio aunque sujeto a particularidades (liberación al uso público, modo de afectación o disposición)²⁴ .-

Adherimos a la tesis de que la titularidad del dominio público pertenece al Estado nacional o a los Estados provinciales, según el caso.

Respecto al dominio eminente e internacional, haremos las siguientes consideraciones.-

EL DOMINIO EMINENTE. No se debe confundir el dominio eminente con el dominio público ya que presenta diferencias esenciales.

A este respecto, Marienhoff dice que el dominio eminente es un poder supremo sobre

²¹ Por la misma naturaleza jurídica del dinero, resulta no tan exacto o propio, calificarlo como "cosa" entendiéndose por algunos autores (Alterini, Pizarro-Vallespinos como integrado por un instrumento –tal la moneda-, representativo de la triple función de la misma como medida de unidad de valores, intercambio o medio de pago.-



el territorio y se vincula con la noción de soberanía, se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados en el territorio, sean de propiedad pública o privada, constituye una manifestación de la soberanía interna y se exterioriza por los poderes que ejerce el Estado de legislar sobre ellos de imponerles restricciones y tributos, de someterlos a expropiación, etcétera. Musto sostiene que no es en verdad un derecho real y nada tiene que ver con el concepto civil del dominio²⁵, lo que compartimos. **Se tiene al dominio eminente²⁶ como FUNDAMENTO DE LA EXPROPIACIÓN, de la que surge el derecho real de dominio en cabeza del Estado²⁷.** - Son numerosas las teorías que se han ensayado para dar fundamento a la expropiación. Pensamos que se trata de la aplicación del principio de Derecho Público o Político según el cual el interés particular ha de ceder frente al interés general.-

DOMINIO INTERNACIONAL. La nota al art.2507 pone énfasis en las relaciones entre los Estados y el respeto que todos deben tener por la esfera territorial de cada uno pero el codificador pretende extender el carácter de los derechos reales a la propiedad internacional²⁸

Pensamos con Musto no se trata de un derecho real (DEL ART. 2503), pues de lo contrario sobre las mismas cosas podrían reposar dos derechos reales de dominio (el de la Nación y el del particular), lo que le quitaría a éste el carácter de exclusivo²⁹, pero entiendo que lo es en la esfera supranacional o derecho Público Internacional, con sus características específicas

Concluimos que los objetos inmateriales podrían abarcar tanto el dominio, condominio, uso, usufructo, prenda, pues **los restantes –habitación, servidumbres, hipoteca y anticresis-**

²² Históricamente comenta Musto que en la época primitiva del derecho romano no hay indicios de la existencia del usufructo. "Ni en las XII Tablas, con el conocimiento limitado que de ellas tenemos, a través de los fragmentos encontrados, ni en los escritos posteriores de esta época hay rastros de este derecho. Consta -sin embargo- que en la época de Cicerón estaban establecido el usufructo y el uso y que ya los jurisperitos discrepaban acerca de si los hijos de una esclava estaban o no comprendidos en el número de los frutos y que, además, se conocía el cuasiusufructo que un senadoconsulto estableció con posterioridad, incorporándose más adelante como servidumbres personales el derecho de habitación y el de servicios, derecho este último consistente en el aprovechamiento del trabajo de un esclavo y aun de alquilarlo (*operarum servi*)²³". No hay dudas entonces que tales Derechos Reales excedían el objeto actualmente circunscripto a las "cosas" -salvo disposición legal- pues son claras las referencias a objetos inmateriales

²³ Musto: "Éstos reconocen dos aspectos bien definidos, un aspecto moral y un aspecto patrimonial. EL aspecto moral está referido al derecho a la obra en sí, al derecho que cada autor o inventor tiene sobre su creación artística o intelectual. El derecho moral de autor es inalienable e imprescriptible. También se sostiene que es perpetuo. EN este sentido se debe aclarar que el ejercicio de las facultades que le son inherentes son vitalicias para el autor y limitadas en el tiempo para los herederos. La ley 24.870 modificó la ley 11.723 y complementarias, extendiendo el plazo de cincuenta años, que ésta fijaba, a setenta años a contarse a partir del 1º de enero del año siguiente a la muerte del autor y en las obras en colaboración a partir de la muerte del último colaborador.

El aspecto patrimonial está relacionado con los beneficios económicos que pueden obtenerse ya sea con la enajenación de la obra (en su sustrato material), su difusión o publicación (edificación, grabación o ejecución musical, representación teatral, exposición, etcétera)".

²⁴ Musto(op.cit.) :El Estado, como los particulares y como persona jurídica de carácter público (art. 33) que es, puede ser titular del dominio común o, lo que es lo mismo, ser propietario de sus bienes privados (art. 2342).

Pero, paralelamente a esta forma de dominio normal, que no deja de ser tal por el hecho de que para la



hacen clara referencia a objetos inmobiliarios (arts, 2970, 3108, 3239 C.C.).-

EL objeto de los Derechos Reales en relación a los llamados “nuevos Derechos Reales”: Existe una notoria tendencia a conferir trascendencia real a una serie de modalidades de contratación, que se estudian, analizando si pueden caracterizarse como “nuevas formas de dominio”, según los denomina parte de la doctrina, tales como la multipropiedad, los sistemas de tiempo compartido, clubes de campo, cementerios privados, shoppings, etc.-

EL Proyecto del 98, así como la inclusión por parte de los doctrinarios de bienes taxativamente reconocidos por la ley como objeto de los derechos reales, ha permitido –ya sea como modalidad de alguno de los derechos tradicionalmente reconocidos por el numerus clausus- o como nuevos derechos reales, aceptar la inclusión de figuras que, vg. El tiempo

disposición de sus bienes los organismos del Estado requieran de procedimientos administrativos especiales, coexisten otras formas en que se exterioriza el poder del Estado o de los Estados sobre su territorio, los bienes que en él se encuentren y los que de una u otra forma se hallen sometidos a su jurisdicción. Distingue la doctrina entre el dominio público del Estado, el dominio eminente y el dominio internacional. Cita a Lafaille quien sostenía que el dominio público del Estado no tiene de dominio más que el nombre por transportar la terminología de disciplinas constituidas con anterioridad. Salvat se inclina a favor de la doctrina que lo considera un verdadero derecho de propiedad, aunque sometido a ciertas reglas especiales. La mayoría de los administrativistas se inclina por la tesis de que el Estado es el titular del dominio de los bienes públicos, aunque de derecho público y por tanto ajena al derecho civil (Villegas Basavilbaso, Sarría y Díez, entre otros). Bielsa sostiene que el Estado adquiere los bienes del dominio público por los mismos medios jurídicos que se adquiere la propiedad aunque con sólo destinarlos al uso público, ya dejan de formar parte de su patrimonio, lo que critica dado que no siempre el Estado adquiere por los mismos medios que la propiedad común (p.ej., aguas de mares y ríos navegables) y, por otra parte, porque que se liberen al uso público no es óbice para que continúen en su patrimonio. No entendemos la excepción que plantea para los mares y ríos navegables.- Marienhoff sostiene que la propiedad no pertenece al Estado sino al pueblo –que carece de los atributos de la personalidad.- Fiorini distingue el uso y goce o el destino, con la titularidad del dominio y desconoce la distinción entre dominio público y privado del Estado. Los bienes del dominio público forman parte del patrimonio del Estado. Díez, después de demostrar que este tipo de bienes no son res nullius, y que ningún particular puede ser titular de ellos, sostiene que los bienes del dominio público son de propiedad del Estado. Musto concluye que el dominio público es dominio y sólo en función de los fines a que se destina. La inclusión de los bienes en el patrimonio del Estado es un presupuesto esencial del dominio público -cuando se quiere afectar el bien de un particular, se debe comprar o expropiar y cuando han cesado los fines a que estaba destinado y producida la desafectación, pasa a pertenecer al Estado como integrante de su patrimonio privado. En el dominio público, hay un dominio del Estado subyacente y básico sin el cual la afectación a los fines públicos...(o del Estado) sería imposible. Finalmente cita a Mariani de Vidal que recoge una distinción entre dominio público natural y artificial (el primero sometido de acuerdo a como se presenta en la naturaleza, por ejemplo el mar territorial; y el artificial es aquél que se declara expresamente por el Estado, como una plaza), distinción, que no tiene -a juicio del autor- mayor relevancia. Lo que le importa es que algunas cosas son genéricamente consideradas del dominio público y otras, para tener ese carácter, deben ser concretamente afectadas por el Estado (nacional o provincial en su caso).

²⁵ Musto cita al codificador en la nota al art. 2507: “Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil, en otros términos dominio eminente y dominio civil”...“La Nación tiene el derecho a reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama Estado tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que...(es) una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho ...que no es un verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o la mayor bien del Estado”.



compartido, la cosa objeto del derecho varíe, pues admite que recaiga un tiempo sobre cada inmueble que sea parte en el condominio forzoso de base.-

Por último, en consideración al objeto de los Derechos Reales, mencionaremos la consideración de los llamados DERECHOS REALES SUPRIMIDOS³⁰ cuya reinscripción legal se propone, tal como el Derecho Real de Superficie, todos temas que constituyen objeto de una investigación particularizada y profunda y excede la mera exposición o planteo que por el presente se pretende.-

Particular atención merecen los supuestos con objeto tradicionalmente encuadrado como formas combinadas de algunos de los derechos reales enumerados en el 2503 C.C. y que hoy se plantea su condición de "nuevo derecho real o derecho real distinto".- Es el caso del dominio fiduciario hoy especialmente normado en el texto de la 24.441, cuya identidad se cuestiona respecto al tradicionalmente legislado en el art. 2662 C.C. y concords. Otro supuesto es el del derecho de propiedad horizontal, encuadrado tradicionalmente como forma mixta de

²⁶Musto: Desde el punto de vista estrictamente jurídico se recurre a la noción del dominio eminente del Estado para explicar el acto expropiatorio. "...se vincula con el concepto de soberanía... (que) se extiende a todos los bienes sobre los cuales se proyecta de una u otra manera la soberanía del Estado... la posibilidad de explotar una determinada frecuencia para emisiones radiales..., sobre el parque automotor, cosas muebles sobre las que el Estado ejerce un riguroso control de las matrículas (aeronaves, buques, etcétera). Es indudable que sin esta noción de poder, llámesele soberanía, iure imperii o dominio eminente, el instituto expropiatorio no tendría fundamento alguno, ni sería explicable. Otra teoría es la que centra su atención en el cumplimiento de los fines del Estado. Pero, si bien se observa, ella no es incompatible con la anterior...Una responde al porqué de la expropiación (o sobre la base de qué derecho) y la otra se coloca en el para qué..."

²⁷ Musto: Cuando se pretende ver el fundamento en la caracterización de la expropiación como una venta forzosa, lo que más determina la naturaleza pues el fundamento explica el porqué del carácter forzoso de la compraventa.

Esta vieja teoría, que aparece surgir del art. 1324, inc. 1º, como apoyada por el codificador y que -según Borda- pretende se revivida por los partidarios de la tesis contractualista, que en una versión se refiere al contrato social y cita el origen en una propiedad colectiva que evolucionó hacia la propiedad individual sin dejar de reservarse el derecho de sustraer la propiedad al dominio individual, cuando el cumplimiento de sus fines esenciales lo hiciera necesario (... "con reminiscencias de Rousseau- merece las críticas que se le formular al contractualismo")

Otros la ven como un modo de solucionar un colisión de derechos, debiendo prevalecer los de la comunidad ...(derecho público tiene supremacía sobre el derecho privado), colisión que no siempre existen, ni intereses contrapuestos, habiendo otros fundamentos como la necesidad o conveniencia (p.ej., un puente, una represa) en que el particular, debe ceder ante la necesidad pública o el interés general...

Si nos alejamos de la concepción individualista de la propiedad y la concebimos como una función social (Duguit), la fundamentación se nos hace fácilmente asequible... (pero).. podría dar justificativo -por esa vía- también de la confiscación... y por eso exigen requisitos que se relacionan a su eficacia: a) declaración de utilidad pública; b) calificada por ley, y c) previa indemnización.

²⁸ : "Todo lo que antes hemos dicho de los derechos absolutos y de los derechos reales es exactamente aplicable al dominio internacional, o propiedad de Estado a Estado"

²⁹ Sólo por encontrar un paralelismo, en actitud propia de los juristas de la época, demasiado influidos por su formación privatística, se puede considerar que "la Nación considerada en su conjunto, tiene respecto a las otras naciones los derechos de un propietario".

³⁰ Adrogué, Manuel I. : "Temas de Derechos Reales". Abeledo Perrot. Capítulo abordado por el Dr. Gutierrez Zaldívar, Alvaro.-



dominio y condominio, apostándose hoy –no sin disidencia- por su autonomía³¹ .-

EL Dr. Alterini (nota de pie), explica que el Título V del Libro Quinto del Proyecto de Código del 98 se corresponde en su contenido esencial con las soluciones elaboradas luego de una intensa labor legislativa que tuvo como centro a la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación entre 1990 y 1993.

A través de la enumeración entre los derechos reales de la propiedad horizontal y de su definición como tal, se puso el acento en su carácter de derecho real autónomo³² .

El autor de referencia pone de manifiesto la desventaja de encuadrar la propiedad horizontal en el tradicional dominio de las unidades o espacios exclusivos, combinándolo con un condominio sobre los espacios comunes (art. 2 del sistema de la ley vigente N° 13.512) en que se impone formular un distingo entre el nacimiento del estado de la propiedad horizontal y la configuración del derecho real de propiedad horizontal, ya que mientras los llamados bienes comunes pertenezcan sólo al propietario-vendedor, el régimen condominal supone la pertenencia a dos o más personas, o sea a “varias”, como lo establece la propia definición del condominio del art. 2673 del Cód. Civ. Recién con la transferencia al primer adquirente de alguna unidad se perfila el derecho real.

Expone su posición en el sentido que tales inconvenientes se solucionarían en la redacción del Proyecto de 1998 de unificación de las legislaciones, donde además de su autonomía se califica al reglamento que era “de copropiedad y administración”, por la referencia a que lo es “de propiedad y administración”, lo que declara coherente con la autonomía del derecho real, pues la alusión a la “copropiedad” tiene una reminiscencia de la idea de condominio.

Existen obviamente argumentos en contra de tal postura basados en que la propiedad horizontal adquiere mixtura condominal con las sucesivas transferencias y no antes.

³¹ALTERINI, J.H.: “El consenso en los Derechos Reales La Propiedad Horizontal”. FACA. Numero 1, Tercera Época
Noviembre 1999.-

³² Alterini, op. cit: “Distintas etapas signaron la existencia de la división horizontal de la propiedad. Mientras los juristas la prohibían o la rechazaban, se buscaron sucedáneos prácticos para resolver situaciones de hecho. Pero una vez que normativamente se la aceptó, al escudriñar la intrínseca naturaleza de la propiedad horizontal se pretendió que podía vaciarse en los esquemas clásicos, o bien que constituía una armazón superpuesta de esos esquemas. Sólo finalmente se aceptó que constituye una figura nueva autónoma, *sui generis*, esto es, algo específico e individual; lo que no significa –ciertamente- que, en su especificidad, no pueda contener elementos de otras formas jurídicas y que a la regulación de éstas haya de acudirse cuantas veces el instituto especial no dé soluciones propias, por imperio del sabio principio de la analogía. Pero la augusta función del hombre de derecho, que es interpretarlo, debe –en este caso- tener en mira que la eventual remisión a soluciones ajenas a la institución no debe desvirtuar sus contenidos autonómicos”.



LA DEONTOLOGIA NOTARIAL FRENTE A LOS CLIENTES, AL COLEGA Y AL ESTADO

Autoras: Es. María Gabriela Melano Ricci
Esc. María Cristina Palacios

Segunda Parte

SEGUNDA PARTE:

LOS PRINCIPIOS DEONTOLOGICOS NOTARIALES SU REALIDAD Y NORMATIVA EN LA PROVINCIA DE JUJUY:

a) **Marco normativo:** Está dado por:

-La ley notarial de la Provincia de Jujuy, N° 4884, (sancionada el 21-12-1995, promulgada el 14-02-1996, y publicada en el B.O., el 22-04-1996) y a la que en adelante denominaremos «ley notarial» o con las siglas «LN».

-El Código de Ética aprobado por Asamblea General Ordinaria del Colegio de Escribanos de Jujuy, en su sesión de fecha 28 de julio de 1989, (B.O. 4-9-89); al que en adelante aludiremos como «código de ética» o con las siglas «CdE».

b) **La realidad:** Se han tomado los datos surgidos del cuestionario específico formulado a todos los notarios en ejercicio en nuestra provincia, de los que, sobre un total de 61 notarios, han respondido 19; además de nuestras propias impresiones recogidas durante el ejercicio de la función notarial, así como la información brindada por miembros del actual Consejo Directivo y Tribunal de Superintendencia.

IV) APARTADO PREVIO: LAS EXIGENCIAS O CONDICIONES ÉTICAS REQUERIDAS PARA EL ACCESO A LA FUNCIÓN NOTARIAL:

Estas exigencias se encuentran legisladas en la ley notarial. Debe destacarse que ellas ya existían en la Ley Notarial 3374/77, anterior a la llamada «desregulación».

Entre los requisitos que ella prescribe para el acceso a la función, contempla uno vinculado a las condiciones morales del aspirante, ya que exige que el mismo sea de «...conducta, antecedentes y moralidad intachables...» (art.78 inc.3). Además, por el artículo 80, «Para ejercer funciones notariales, el Colegio de Escribanos recabará informes a sus similares de la República Argentina, a los fines de determinar si el peticionante no se encuentra inhabilitado por mal desempeño de sus funciones». Tal como está legislado, el cumplimiento de este requisito es excluyente y si bien no se expresa con exactitud el momento en que debe ser exigido, de la interpretación armónica de sus normas (art.78 inc.4, art.81), surge que ello tiene lugar en el momento en que el aspirante debe matricularse y por lo tanto, con carácter previo al examen de ingreso o al juramento, -según el caso-.

La cuestión es cómo evaluar estas exigencias. Actualmente se lo hace simplemente con la presentación por parte del interesado de la llamada «planilla prontuarial». Se trata de un informe expedido por la Policía de la Provincia de Jujuy, acerca de si el solicitante tiene o no antecedentes policiales (procesos o condenas). Esta forma de apreciación de tales requisitos no está establecida por la ley notarial, sino que ello queda librado a la determinación del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, encargado de «verificar» su cumplimiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 96 y 120 inc.2,3,4 y 16 de la ley notarial. Por una práctica impuesta por los usos y costumbres, los distintos Consejos Directivos han venido utilizando



desde hace años esta planilla como único medio de acreditar el cumplimiento de tales requisitos.

Entendemos que en nuestra jurisdicción al menos, este requisito no está siendo evaluado correctamente, sin darle la importancia que realmente tiene. Ello puede resultar grave si se tiene en cuenta, que a partir de la nueva ley notarial, se ha eliminado el número «clausus» y los aspirantes tienen mayores posibilidades de acceder a la función.

Si bien es muy difícil o quizás imposible establecer un medio único y certero, al menos se debe tratar de llegar a una estimación o apreciación lo más objetiva posible. Ello no se puede lograr únicamente con un informe policial, ya que éste en todo caso solo acredita parcialmente un aspecto de los requisitos (que no se poseen antecedentes penales), pero de ninguna manera sirve para establecer si se tienen buenos antecedentes y si además se cuenta con una conducta y moralidad intachables ¹. Por lo tanto, pensamos que deberían reunirse otros elementos además del citado, para poder emitir un juicio más completo y cercano a la verdad sobre este aspecto del aspirante:

En primer lugar, no solo debería solicitarse la planilla prontuarial de la Policía de la Provincia donde el aspirante reside actualmente, sino también el de las provincias donde la persona hubiere residido con anterioridad, si fuere el caso. Además podrían pedirse informes o constancias referidas a otros tipos de incumplimientos o infracciones (por ej., faltas de tránsito o contravenciones o informes de tipo comercial, o antecedentes o referencias laborales si los hubiere), que permitan a quien debe evaluar estas circunstancias, formarse una idea más acabada -aunque no definitiva-, de cuál es la conducta de esta persona, al menos en su vida en sociedad. También se nos ocurre la posibilidad de recurrir a entrevistas personales o evaluaciones al modo de las que se formulan para acceder a cualquier trabajo, aun el de la más mínima escala de responsabilidad. Como complemento de estos informes e indagaciones, podría utilizarse el acta de notoriedad o la información sumaria judicial, con impulso por parte del Colegio como se aplica en otras jurisdicciones. Es interesante recordar como lo hace Bernard ², el sistema seguido en el Reglamento Notarial Uruguayo de 1971 que establece la acreditación de estos requisitos a través de una información sumaria judicial que incluye un sistema previo de publicidad, con las debidas garantías procesales.

Sin duda son muchos los medios que pueden emplearse, y cuanto más complejos y serios sean, se avalará de mejor manera la función que debe cumplir en este caso, el Consejo Directivo -que no está constreñido por la ley en cuanto al medio a utilizar-, tanto para evitar subjetivismos y arbitrariedades, como una excesiva ligereza y laxitud en su apreciación. Insistimos en que un solo medio no resulta suficiente, y por tanto, tampoco indispensable. Lo importante, es que quien aprecie tales condiciones, a través de todos o algunos de estos elementos, pueda tener una idea aproximada y sin una duda razonable, acerca de la conducta, moralidad y antecedentes del aspirante.

V) APARTADO PRIMERO: LA DEONTOLOGIA DEL NOTARIO EN RELACION CON LOS DEMAS COLEGAS.

En relación a los deberes que impone la ética notarial frente a los colegas, el principio sería el siguiente: *El notario debe ejercer su profesión con absoluto respeto por los demás colegas, dentro de un marco de leal y sana competencia, preservando ante todo la imagen del notariado ante la comunidad y cultivando el espíritu de solidaridad y compañerismo, lo que incluye el deber indispensable de cooperación con el colegio respectivo.*

Nuestra Ley Notarial y nuestro Código de Ética disponen al respecto lo siguiente:



V.a) Supuestos de competencia ilícita:

V.a.1) Invasión de zonas territoriales de otros colegas: Los notarios tienen competencia para actuar, con prescindencia del domicilio de los requirentes y de la ubicación de los bienes objeto del acto, en todo el territorio de la Provincia. Ante el supuesto que un notario tuviere que autorizar escrituras fuera del asiento de su registro, deberá comunicarlo previamente al Colegio de Escribanos. Esta actuación notarial no podrá exceder de tres días. (art.4 LN) Se entiende por asiento del Registro, el ámbito delimitado por la jurisdicción departamental en que se divide políticamente la Provincia, dentro del que se encuentra el domicilio legal del notario.

Como consecuencia de esta normativa, el Código de Ética, en su artículo 2 inciso 2), preve como deber, «...actuar de modo exclusivo, en la esfera legal de su labor y dentro de la jurisdicción que corresponde a su Registro...».

No se han registrado entre nosotros denuncias o sanciones por violación a estos deberes.

V.a.2) Captación de clientes de manera reprochable:

V.a.2.1) Por cobrar honorarios por debajo de los oficiales: En nuestra provincia, como antes señaláramos se ha producido la desregulación de los aranceles notariales a partir de la ley 4884/96, que reformó la ley de aranceles 4142/85, derogando el carácter de orden público de los honorarios que ella establecía. En consecuencia, estos honorarios han quedado sujetos a lo que libremente los escribanos convengan con sus requirentes, subsistiendo los artículos que establecían los distintos tipos de aranceles como pauta indicativa para su determinación y conformación en caso de cobro por vía judicial. (art.149 LN)

Durante la vigencia de la ley 4142, el Código de ética imponía como deber del notario, «...ajustar la percepción de sus honorarios a lo que fije la ley de aranceles...» (art.4º inc.2 CdE), pero como un deber frente al cliente y no como presupuesto de competencia ilícita. En este período, era frecuente en la práctica, su inobservancia como un modo de captación de clientes y por ende de competencia ilícita, sin que hubiera un control por parte del Colegio de Escribanos ni se llegaran a aplicar sanciones por esta falta de ética, salvo en aquellos supuestos de percepción a través de fondos comunes (p.ej.en convenios con instituciones oficiales).

Desde la vigencia de este nuevo régimen con aranceles desregulados, se han experimentado las siguientes consecuencias:

- Aquella situación de reiterada ilegalidad, de alguna manera se sinceró. No obstante entendemos que no por ello el cobro de un arancel desproporcionadamente bajo con relación a la importancia y complejidad de la tarea desarrollada, no pueda llegar a constituir una falta de ética, especialmente si ello fue utilizado como un medio de captación masiva del cliente, al que luego, además, igualmente se le cobran los honorarios supuestamente «rebajados» bajo la forma de «gastos», con lo cual también hay una falta de ética frente al cliente que es engañado (esto ocurre con frecuencia en las llamadas «licitaciones» de escrituras de montos importantes). Adviértase que en las encuestas realizadas, un 36,84% de notarios no opina que haya aquí una falta de ética.

-Se ha generado un desconcierto e incertidumbre entre los mismos colegas a la hora de confeccionar un presupuesto de gastos y honorarios, pues pareciera no existir un único parámetro para fijarlos (la complejidad de la tarea, o el valor económico en juego, o el tiempo de trabajo empleado, etc.), tornándose en una cuestión meramente subjetiva y personal, con la consecuente distorsión que ello implica.

Entendemos que la única forma de cambiar la equivocada opinión de los requirentes debe partir de los mismos notarios, a través de la concientización en la comunidad de cuál es el verdadero valor de su trabajo, tratando de darle una imagen de uniformidad en los aranceles, ya que no puede haber un documento notarial de «mayor o menor calidad» que otro y por tanto «mas caro o mas barato». Con el objeto de lograr tal coherencia y uniformidad, por iniciativa de



un grupo de colegas, se intentó en nuestra jurisdicción suscribir un convenio de honorarios mínimos, pero el mismo lamentablemente no prosperó, entre otras razones, por no encontrarse la forma de tornarlo coercitivo y por no existir un total consenso para su aceptación. Sin embargo creemos que es una idea sobre la que habría que insistir pues mientras se mantenga este estado de cosas no cabe otra alternativa.

V.a.2.2.) Por asociación del notario con otras personas (de otras profesiones o no profesionales), participando sus honorarios: Es deber del notario no recibir ni conceder comisiones, participaciones y/u otros beneficios, con el objeto de obtener, gestionar, o acordar, designaciones de índole personal o la encomienda de trabajos profesionales (art.2 inc.10 CdE).

Vale la pena aclarar que esto no se refiere a la asociación con otros notarios, y hasta con otros profesionales de actividades afines, cuyo objeto sea brindar a la comunidad un servicio mas eficiente y multidisciplinario, lo que nos parece conveniente. En este sentido y especialmente en el caso de asociación de titulares y adscriptos, el Código de Etica dispone en su artículo 3, inciso 3º) que deben fijarse para los colegas que actúen como colaboradores o empleados suyos, retribuciones o compensaciones adecuadas a la dignidad de la profesión y a la importancia y modalidad de los servicios que presten.

V.a.2.3.) Por incumplimiento de requisitos no esenciales: Otra forma de captación reprobable de clientes que podemos apreciar en nuestra jurisdicción, y así lo percibe un 84,21% de los notarios encuestados, es la actitud de no pocos notarios de tomar con demasiada laxitud la observancia de determinados requisitos, que no son exigidos como esenciales o bajo pena de nulidad pero que no por ello son menos importantes u obligatorios, adoptando así una postura meramente individualista y buscando facilitar las cosas al cliente (y captarlo) creando en los requirentes una falsa imagen sobre lo que significa ser eficiente en la prestación del servicio notarial.

V.a.3) Publicidad no permitida: La utilización de los medios de comunicación y/o difusión deberá siempre ajustarse a las reglas de discreción, prudencia, y decoro profesional. Como pauta a tener en cuenta, el notario no puede usar propagandas que muevan a equívocos (art.2 inc.11 CdE). Se preve, también como supuesto especial, el no hacer figurar el nombre del escribano, en anuncios, membretes, sellos, propagandas y demas métodos análogos, junto al de otras personas o entidades cuya actividad sea ajena al quehacer notarial. (art.2 inc.8 CdE).

Entendemos que estas pautas son claras y deben ser respetadas en relación a la publicidad individual, por las especiales características de la función notarial y del objeto de su actividad. Felizmente no se registran violaciones a esta norma en nuestra jurisdicción, salvo algun caso excepcional que no ha revestido la gravedad descrita por la regla al punto de merecer la iniciación de un sumario.

La cuestión cambia radicalmente cuando nos referimos no ya a la publicidad individual sino a la institucional, la que consideramos debe estar a cargo de los Colegios y a la que apoyamos totalmente, por cuanto consideramos que resulta indispensable para poder integrar al notariado dentro de la comunidad, rectificando aquel error del que antes hablábamos, al transmitirle una correcta imagen de lo que es un notario y cual es su función. Ello constituirá un reaseguro de nuestra vigencia en la sociedad.

Creemos que esto sí es insertarnos en el mundo de hoy, en el que sin duda, los medios masivos de comunicación se han constituido en la principal fuente de poder y manejo de la opinión pública.



V.b) Supuestos de captación indebida de trabajo:

El notario debe abstenerse de cualquier intento de sustituir al colega en un trabajo iniciado por éste, no debiendo, en su caso, aceptar el ofrecimiento del reemplazo hasta tanto haya tenido conocimiento por comunicación fehaciente de la desvinculación del colega con el cliente. En este supuesto, el escribano deberá comunicar el hecho al escribano reemplazado y advertir al cliente acerca de su obligación de abonar al colega los honorarios de los que éste sea acreedor. Le está prohibido al escribano que reemplace al anterior, emitir opinión sobre la pertinencia o corrección del monto o condiciones de tales honorarios. (art.3 inc.2 CdE).

No está contemplado expresamente el supuesto especial de falta de respeto a la designación contractual del notario actuante, aunque el caso bien cabe incluirlo en la norma que acabamos de comentar, por cuanto entendemos que el notario que redactó el boleto de compraventa por ejemplo, verdaderamente ha iniciado el trabajo que culminará con el otorgamiento de la escritura respectiva.

Sin embargo, en opinión de algunos escribanos encuestados, la designación del notario en el contrato, efectuada por el mismo notario que lo redactó, constituiría en sí una falta de ética al no permitirle al requirente ejercer su libertad de elección del notario y que de todas maneras aquel buscará su intervención al momento de otorgar la escritura, si la labor desplegada por el notario ha merecido su confianza. Aceptamos que esto último es así, pero también que si la designación contractual proviene de un libre ejercicio de la voluntad de ambas partes contratantes -previa y debidamente asesoradas por el notario-, no constituye falta de ética alguna y que por el contrario, tal designación podría resultar conveniente a los fines de dejar establecidos los elementos necesarios para el cumplimiento de la obligación de escriturar.

Otro supuesto que cabría incluir es el de los convenios suscriptos por el Colegio de Escribanos con diversas instituciones para la distribución de trabajo oficial, en cumplimiento de la norma explícita de la ley notarial que así lo preve (Art.13º) y a los que se adhieren voluntariamente los notarios, conformando así un verdadero contrato colectivo, que al no ser respetado violando sus normas, en orden al turno, honorarios a cobrar o su forma de percepción, entendemos que se configura una falta de ética en el sentido que venimos hablando.

Se advierte en la práctica, que estos convenios suelen fracasar o tener fallas por una falta de sentido de solidaridad de quienes se adhieren a él, haciendo prevalecer sus intereses individuales y con la única preocupación de captar trabajo para sí, olvidando cuál fue el sentido del convenio, -es decir el posibilitar la «justa distribución de trabajo» para todos (art.13 LN)-.

Entre los notarios encuestados, un 63,15% siente que hay una falta de respeto a la previa o debida intervención del otro colega en los trabajos por él ya iniciados, pero solo un 15,78% admite que no cumple con este deber de advertencia. Un 42,10% opina que no se respeta la designación contractual o por turno.

V.c) Supuestos de falta de compañerismo y solidaridad:

Se percibe en general que la comunicación de soluciones para nuevos problemas jurídicos, solo es fluida entre colegas amigos o entre los que existe cierta afinidad sin extenderse a otros, lo que evidencia que falta un mayor sentido de cooperación y compañerismo entre los colegas. Así lo ha expresado un 78,94% de los encuestados.

No obstante, al momento de detectarse errores es habitual que se adopte una actitud de respeto y prudencia frente al otro colega para evitar desprestigiarlo ante el requirente, salvo supuestos excepcionales, los que constituirían verdaderas faltas de ética, tal como lo preve expresamente el art.3, inc.1º del Código de Ética: «Son deberes de todos los escribanos para



con sus colegas: «...-No difamar ni denigrar a colegas, ni contribuir, con manifestaciones o actos propios, en forma directa o indirecta, a su difamación o denigración con motivo de su actuación profesional». Este tema fue objeto de un sumario que derivó en una sanción para un colega que había cuestionado la actuación profesional de otro a través de un medio de prensa escrito.

V.d) Supuestos de falta de colaboración con el Colegio:

En nuestra legislación no existen normas que consideren obligatoria la aceptación de cargos de dirección del notariado para los propuestos, ni normas deontológicas específicas para los mismos. Tampoco está previsto en los casos de falta de colaboración como colegiado ante el requerimiento del Colegio, en diversas tareas.

Entendemos que hay en general, una actitud de indiferencia y falta de compromiso hacia el Colegio por parte de los colegiados, quienes anteponen sus razones personales ante este verdadero deber ético para con la institución que los representa y en definitiva trabaja por cada uno de ellos. Solo un 47,36% consideró que este era un deber como notarios.

Esta indiferencia se advierte no solo al momento de aceptar desempeñar cargos electivos -los que muchas veces se aceptan solo para completar una lista sin cumplir luego con sus deberes como dirigentes con la responsabilidad que les cabe-, sino también a la hora de participar en las distintas actividades en las que la institución requiere -sobre todo si son colegios pequeños-, de la mayor colaboración posible.

VI) APARTADO SEGUNDO: DEONTOLOGIA EN RELACION CON LOS CLIENTES

El principio que rige estas relaciones sería: *Es deber del notario ejercer su función observando estrictamente las disposiciones legales y prestando a los requirentes un servicio completo y eficiente, con la mayor diligencia, celo y dedicación, lo que implica que deberá estar altamente capacitado y actualizado en su materia, no olvidando jamás que el destinatario último de su función es la sociedad.*

Desarrollando este principio, los deberes regulados normativamente en nuestras disposiciones son:

VI.a) Obligación de secreto profesional:

Entre los deberes del notario que la ley notarial enumera está el de guardar el secreto profesional, el cual se extiende en forma expresa a sus colaboradores (aquí incluimos no solo a sus empleados sino también al escribano adscripto). Queda comprendido en el sigilo profesional: a) Lo conocido en relación directa con el negocio. b) Las confidencias que las partes hicieren al notario, aun cuando no estuvieren directamente relacionadas con el objeto de su intervención (art.14 inc.4, LN). Así lo entiende también el Código de Etica (art.2 inc.4º) que establece el deber del notario, de guardar celosamente el secreto profesional debido a su actuación notarial (art.2, inc.4 CdE).

En materia procesal, nuestros Códigos de Procedimiento sientan como principio general la obligación de toda persona citada como testigo, de comparecer y declarar ante el órgano judicial, bajo pena de arresto y cumplimiento forzoso. Se establecen excepciones a este principio: en el procedimiento civil están formuladas en una forma genérica, quedando librado a criterio del tribunal la dispensa de esta obligación (art.341 CPC de Jujuy); mientras que en el ámbito del procedimiento penal, se preve expresamente la posibilidad de abstención para, entre otros, los



escribanos «respecto de los hechos que se les hayan revelado con motivo del ejercicio de su profesión» (art.254, inc.3° CPP de Jujuy). No obstante, esta última excepción no libera al testigo de la obligación de «concurrir a la citación que se les haga, ni podrán ampararse en el secreto sino después de haberseles formulado la pregunta o preguntas a las que entienden no deben responder. Si la excusa no fuere admitida, el testigo está obligado a responder en el acto al interrogatorio» (art.255 CPP de Jujuy)

Surgirían de estas normas unas limitaciones a aquel deber de secreto profesional, que indudablemente pueden llegar a tener mayor peso que un cumplimiento a rajatablas de dicho deber toda vez que el notario es citado como testigo, ante la amenaza de la figura penal de la desobediencia (art.243 del Código Penal), que a su vez tiene como límite el propio delito de violación de secretos que se configura al producirse la divulgación sin justa causa que ocasione un daño concreto (art.156 del mismo Código).

En la práctica, no tenemos conocimiento de que en nuestra jurisdicción se hayan presentado conflictos de esta índole. Por lo general, algunas veces los notarios son citados en los procedimientos civiles para declarar sobre los instrumentos autorizados, especialmente actas, en cuyo caso el notario sabe que debe advertir a la autoridad judicial, que su citación es improcedente e innecesaria, pues por expresa disposición de la ley de fondo, solo puede remitirse a lo manifestado en el documento, quedándole prohibido variar o contradecir lo allí expresado (art. 992-C.Civil).

VI.b) Diligencia del notario en el cumplimiento del trabajo requerido:

Entre los deberes del notario establecidos por la ley notarial figuran: el cumplir con el Código Civil y otras leyes de fondo, la ley notarial y toda disposición atinente al ejercicio del notariado, que emanen de los poderes públicos o del Colegio de Escribanos (art.14, inc.1 LN); el estudio de los antecedentes de dominio, toda vez que se tratare de transmisiones o constitución de derechos reales (art.14, inc.3 LN); y los demás que la ley notarial u otras leyes impusieren (art.14, inc.5 LN). Estos deberes, también están contemplados ahora en el Código de Ética, que enuncia en su artículo 2 inciso 1°, como deber principal de la ética profesional: «Cumplir estrictamente las disposiciones legales y especialmente en lo que atañen a su labor como profesional del derecho»; por lo que queda incluida la observancia de todas las disposiciones legales y los requisitos exigidos por ellas en la labor notarial, independientemente de la sanción de invalidez o ineficacia del acto y de la jerarquía normativa de tales disposiciones.

Además, como deber genérico del escribano para con sus clientes está el de observar lealtad hacia los otorgantes y ejercer la profesión con el mayor celo y dedicación (art.4, inc.1° CdE). También se sancionan en este sentido, algunas situaciones concretas, como por ejemplo: el aconsejar a los requirentes la adopción de formas jurídicas o documentales inadecuadas, con el exclusivo propósito de obtener mayor remuneración (art.4, inc.4° CdE); no manejar con la mayor rectitud y discreción los fondos de los otorgantes, destinados a desembolsos exigidos por los trabajos a cargo del notario y demorar injustificadamente la rendición de cuentas de los fondos retenidos o recibidos en el ejercicio de su funciones (art.4, inc.5° CdE); o el instrumentar actos reñidos con la ley y la buena técnica, inclusive a instancia de autoridades, mandantes, o clientes (art.2, inc.6° CdE).

De la encuesta realizada entre nuestros colegas, la que apuntó fundamentalmente al cumplimiento de exigencias cuya inobservancia no acarrea necesariamente la nulidad del documento notarial (p.e., el tener a la vista los títulos antecedentes o documentos habilitantes originales, la lectura de las escrituras y el cumplimiento de la publicidad cartular), la mayoría (70,17%) se mostró respetuoso de la observancia de estos requisitos, pero un 24,55% admitió que «algunas veces» no los cumplía (aclaramos que para poder contar con esta información y que ella fuera lo más veraz posible, se permitió que las respuestas fueran anónimas). Esto



evidencia un cierto estado de laxitud o relajamiento en el cumplimiento de las disposiciones legales, que debe preocupar a nuestro notariado, ya que no se trata solo de meras «informalidades», sino de una tendencia que -mas allá de las causas que la originen y sobre lo cual habrá que investigar mas profundamente-, podría conducir a la desnaturalización de la función notarial, sin mencionar el daño que se ocasiona a la sociedad como consecuencia de esta mala praxis, al formar en ella una idea totalmente equivocada sobre lo que se debe esperar de un notario.

También se incluye como deber del escribano para con su cliente el no demorar injustificadamente la entrega de los testimonios de escrituras a los interesados (art.4,inc.3° CdE) pero no se contempla la morosidad en otros aspectos de la intervención del notario, aunque ello estaría previsto como deber general de la ética profesional (art.2, inc.1° CdE).

VI.c) Cobro de justos honorarios:

En nuestra jurisdicción, como en muchas otras, existieron y existen supuestos de reducción de honorarios, impuestos y regulados por convenios celebrados entre el Colegio de Escribanos y el Instituto de Vivienda y Urbanismo de Jujuy, Banco de la Provincia de Jujuy, Banco Hipotecario Nacional y Banco de Acción Social, para operatorias que fomenten la vivienda social.

Ademas, la ley 4142/85 de aranceles de la Provincia de Jujuy, -ya citada-, cuyas normas continúan vigentes en parte, dispone un honorario especial -que conforme a la actual ley, solo tiene carácter indicativo-, para «las escrituras que autoricen los escribanos de la jurisdicción, que tengan por objeto instrumentar la adquisición, construcción y ampliación de la vivienda única, propia y económica», con fondos provenientes de préstamos efectuados por las instituciones oficiales antes nombradas (art.22); así como las que «instrumenten adquisiciones de unidades económicas para la explotación agropecuaria agraria, pecuaria, o de granja», en similares condiciones (arts.23 y 24).

Cabe aclarar, que a la fecha las únicas instituciones financieras oficiales que subsisten como tales, son el Banco de la Nación Argentina, y en nuestra Provincia, el Banco de Acción Social, -las que también se encuentran en vías de privatización- lo que tornaría estas normas prácticamente inaplicables.

No existen, por otra parte, supuestos de actuación gratuita dispuestos por ley, por lo que es una cuestión que queda a criterio del notario.

Las disposiciones citadas nos demuestran que el notariado siempre ha estado dispuesto a ceder su derecho incuestionable al cobro de una justa contraprestación por su labor, -obviamente siempre dentro de un marco legal y a nivel institucional-, para apoyar o colaborar con el Estado en emprendimientos que fomentan aspectos sociales como la adquisición de la vivienda única y familiar o el crecimiento económico de los sectores productivos. Por eso resulta absolutamente injusto y sin fundamento el argumento esgrimido por los operadores de turno para justificar el tema desregulatorio notarial en la Argentina, atribuyéndonos a los notarios el haber sido responsables del llamado «costo argentino» que impidió el desarrollo económico del país.

Cabe agregar por otra parte, que entre nosotros no se han registrado casos en los cuales los notarios pretendieran por su trabajo un honorario superior al que establecía la ley cuando esta regía en forma imperativa, o que resultaran inequitativos con relación a la labor desempeñada.

VI.d) Deber de información y asesoramiento:

No hay una norma expresa que prevea concretamente la obligación del notario de dar



a sus clientes una información veraz y completa sobre las consecuencias del instrumento que otorga, y especialmente con el cliente mas débil intelectual y económicamente, pero sin duda ello surgiría como deber del notario con sus clientes, de acuerdo al artículo 4 inciso 1° del Código de Ética que dice: «Observar lealtad hacia los otorgantes y ejercer la profesión con el mayor celo y dedicación». Aclaremos que el asesoramiento al que nos referimos es justamente el que busca equilibrar las desigualdades entre las partes y que en modo alguno incursiona en el asesoramiento en caso de conflicto que está prohibido al notario por ser ámbito exclusivo del abogado (art.18, inc.2° LN, art.4 inc.6° CdE).

En cuanto a los derechos del requirente como consumidor, cabe destacar que en nuestro país ha sido sancionada recientemente la ley 24.240 ((B.O.15-10-93) de Defensa del Consumidor, de acuerdo a la cual, los servicios notariales no están incluidos en su normativa, aunque sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento (art.2, 2° párrafo).

Debemos agregar además, el deber que tiene el notario de dar una información adecuada y veraz a sus requirentes, que si bien no está previsto en esta ley específica como obligación para los profesionales -en este caso los notarios-, no deja por ello de ser un derecho garantizado ampliamente por la Constitución Nacional (art.42) a través de su última reforma en 1994, y por ende que entra en el haz de normas que el Notario tiene el deber ético de observar y hacer observar y que no puede ignorar.

Porque por otra parte, y siendo en esto coherentes con lo que señaláramos al principio, si hemos partido para nuestro análisis de la conducta humana -en este caso la notarial-, no aislada sino dentro de una comunidad, de un medio en el que interactúa y se desarrolla, resulta fundamental rescatar la revalorización ética de la relación notario-comunidad, que va mas allá de la relación notario-cliente o requirente.

Esta revalorización ha sido expuesta con notable precisión por el Notario español José Antonio Molleda en una conferencia pronunciada en la VI Convivencia de Notarios del Ilustre Colegio de Sevilla ³ partiendo especialmente de una consideración religiosa basada en las encíclicas papales, pero que según él mismo explica, fue en realidad redescubierta en el siglo XIX "...y no precisamente en el campo de la ortodoxia cristiana...". Porque aun cuando nos despojemos de todo enfoque religioso se advertirá que esta valoración ética a la que alude, subsiste como deber ínsito en la naturaleza humana racional, y que en el mundo de hoy, nadie puede conformarse con una ética meramente individual. "...todo hombre y todas las llamadas entidades intermedias humanas tienen una responsabilidad que podríamos denominar «responsabilidad social», en tanto ... están inmersos en la total comunidad o sociedad humana, de tal suerte que toda su actividad ... ha de tener una dimensión social, esto es debe estar delimitada por el bien común y enfocada al mismo..." ⁴

Señala con singular acierto, que la ética humana no es una exigencia meramente negativa, sino que es "una exigencia esencialmente positiva que obliga al hombre ... a contribuir activa y responsablemente ... a hacer el bien...En suma, no basta con no transgredir ningún precepto ético, sino que es necesario colaborar positivamente para que el ambiente ético general sea lo mejor posible" ⁵.

En este particular enfoque, Molleda nos muestra cómo, dentro de la actividad profesional y de sus organizaciones, constituye toda una obligación moral el contribuir a la correcta formación y educación de la sociedad, en el ámbito concreto de la materia que cada uno domine o se especialice. Obligación que se hace mas estricta en los profesionales universitarios -pues han recibido una educación superior-, y que adquiere ribetes de esencialidad en la función notarial, que es por definición intérprete y encauzadora de voluntades, no solo para mostrar y guiar a los requirentes por el camino mas adecuado, sino también para hacerles ver y alejarlos del incorrecto, llegando al extremo de denegar la prestación de sus servicios, si las partes insistieran no obstante en seguir la vía indebida. Entendemos que a ello alude nuestra ley notarial cuando claramente establece que el notario puede negar la prestación de

sus servicios si existieran -entre otros- impedimentos éticos (art.10 LN).

Por lo tanto, reconocemos como verdaderas faltas de ética aquellas actitudes profesionales que Molleda denomina “posibilismo”⁶ (creer que todos los problemas jurídicos deben solucionarse en la notaría y que la máxima es “todo se puede hacer mientras no haya perjuicio a tercero”, -aunque en verdad nunca se pueda estar seguro de ello-); o «eficientismo» (dejar de cumplir numerosas reglas que hacen a la función, pretendiéndose que mientras no haya responsabilidad jurídica -civil o penal- tales normas pueden obviarse y ser así «mas diligentes»); o el dar tratamiento desigual a las partes contratantes (especialmente cuando se trata del cliente débil en la contratación masiva). En todos estos casos, se mal educa a la comunidad, tanto por que se la educa mal, -se le da información que no es veraz-, como porque no se la educa, -no se le da asesoramiento, información-.

Esto ocurre, segun Molleda -a quien adherimos plenamente-, porque el notariado en general cree erróneamente que el destinatario de su ministerio es éste o aquel requirente, cuando en realidad lo es la sociedad toda. Y esto es algo que no debemos olvidar.

VI.d) Deber de capacitación:

Este deber tiene directa relación con el que acabamos de comentar, pues mal podría el notario asesorar e informar adecuadamente a sus requirentes, si previamente no se capacita, si no se mantiene permanentemente actualizado en sus conocimientos. De las encuestas realizadas surge que en general esta es una preocupación de la mayoría de los notarios (73,68%), pero muchos (52,63%) manifiestan no poder llegar a concretarlo, aduciendo como causa preponderante la falta de tiempo. No es esto entendido como una falta de ética ni está previsto normativamente como tal, sin embargo creemos que a tenor de todo lo que acabamos de decir en el punto anterior, no existe justificativo para dejar de cumplir con este deber.

Esto debe y puede ser revertido, sobre todo a través de los Colegios, cuya organización está estructurada como para concientizar a los notarios sobre la necesidad e importancia de esta capacitación, teniendo en cuenta los tiempos que se viven, que plantean situaciones con normativas distintas, nuevas y cada vez de mayor complejidad, al mismo tiempo que facilitar a los colegas, el acceso a la información y darles la posibilidad de perfeccionarse técnicamente, especialmente en aquellas jurisdicciones que se encuentran mas alejadas de los centros de estudio, como la nuestra, brindando ademas apoyo económico para estos fines a quienes recién se inician en el ejercicio profesional.

VII) APARTADO TERCERO: DEONTOLOGIA DEL NOTARIO EN RELACION CON EL ESTADO

El principio deontológico en este enfoque sería el siguiente: *El notario debe obrar teniendo siempre presente que la fe pública que imparte no le pertenece, sino que la ejerce por delegación estatal, bajo unas condiciones y requisitos que dan lugar a caracteres esenciales de la función, como la veracidad e imparcialidad, sin los cuales no hay fe pública ni notario.*

Enunciamos pues, normativamente, estos deberes esenciales para la existencia de la función notarial:

VII.a) Veracidad: El principio fundamental del instrumento público y por ende del documento notarial está establecido en el artículo 993 del Código Civil Argentino que dice: «El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos

por él mismo, o que han pasado en su presencia». Es decir que la fe pública únicamente puede recaer sobre esta clase de hechos, que son por lo tanto los únicos auténticos, en el sentido que hacen plena fe.

Como corolario de ello, nuestra ley notarial establece, al hablar de la formación del documento notarial, que es obligación del notario «...recibir por sí mismo las declaraciones, y tomar contacto directo con las cosas y hechos objeto de autenticaciones...»(art.18, inc.1º, LN). Por su parte, el artículo 2, inciso 7º del Código de Ética, también hace aplicación de este principio al disponer como deber del notario, «...no intervenir profesionalmente, a título oneroso o gratuito, en actos o instrumentos que no hayan sido controlados o redactados personalmente...».-

No obstante, de las encuestas efectuadas, un 27,5% de los notarios admite, que en casos muy excepcionales -que de un modo u otro intentan justificar-, ha dado fe de hechos no presenciados por él o no ocurridos en su presencia. Aun cuando esto no sea una práctica habitual ni el porcentaje sea mayoritario, debe mover a reflexión y autocrítica, pues es un principio que no admite excepciones ya que se trata de la piedra basal de nuestra función.

Por todo lo expuesto, queda claro que en nuestro régimen no es admisible bajo ningún punto de vista la delegación de la fe pública y la violación a ello no solo constituirá una evidente falta de ética, sino la ausencia total de veracidad, o sea un supuesto de falsedad que nuestro derecho tipifica como delito penal.

VII.b) Imparcialidad:

Nuestra ley notarial y el código de ética contemplan distintos supuestos de deberes o prohibiciones que encuentran su fundamento en este carácter esencial de nuestra función:

Por un lado, los artículos 6 inciso 1º y 8 de la ley notarial enumeran y contemplan los supuestos de incompatibilidades: «La función notarial es incompatible :-Con el ejercicio de las funciones de abogado, procurador y martillero..., «...Con cargos electivos... y funciones en la Dirección General de Inmuebles o Registro de la Propiedad». Por otro lado, el Código de Ética, preve puntualmente los supuestos , en que el notario no podrá: «...Compartir el ámbito de la escribanía con corredores de comercio, martilleros, comisionistas, comerciantes, o con personas de existencia física o ideal dedicados a actividades financieras, inmobiliarias, comerciales o industriales...»(art.2, inc.9º), (por cuanto en estos supuestos no solo se considera afectado el decoro profesional sino que se presume que podría vulnerarse el principio de la imparcialidad); «...Autorizar en su protocolo, o hacer autorizar, por su Adscripto o viceversa, escrituras en que intervengan o sea necesaria la posterior aceptación de parientes de uno y otro dentro del cuarto grado, salvo excepciones establecidas en la última parte del artículo 985 del Código Civil» (art.2, inc.13º); «...Autorizar, en el protocolo del registro notarial a su cargo, actos en los que intervengan instituciones, sociedades o personas físicas o jurídicas a las que el escribano esté vinculado por una relación de dependencia remunerada o con quienes tenga participación apreciable pecuniariamente...» (art.2, inc.14º).

La claridad de las normas y de los fundamentos de este deber, nos eximen de mayores comentarios.

VII.c) Colaboración con la autoridad tributaria:

En el orden nacional, la Dirección General Impositiva establece normas en virtud de las cuales, los notarios se constituyen obligatoriamente en agentes de información de la referida Dirección, como una carga pública (art.20 Ley 11.683 de Procedimiento Tributario). Estas obligaciones están referidas a ciertos y determinados datos y casos, establecidos en distintas resoluciones (p.e.RG 3026,3319,4056 y sus modif.). El incumplimiento de este deber de información está sancionado con multas de distinta gradación, que afectan exclusivamente al notario (art.42 y concordantes, Ley 11.683). Se trata como se ve, de una verdadera obligación legal imposible



de eludir. Normas similares se establecen en el Código Fiscal de la Provincia de Jujuy, con relación al Impuesto de Sellos o al Acto, que en nuestro país es de recaudación provincial; aunque por expresa disposición del mismo Código (art.25), este deber de información cesa ante normas que impongan el deber de secreto profesional.

No obstante entendemos que esta obligación no es ilimitada y que el marco está dado por las propias normas que la regulan e imponen, dentro de las cuales no cabría rehusar el proporcionamiento de datos bajo el amparo del secreto profesional. En los demás casos, solo mediando orden de juez competente -la que también deberá fijar los límites bajo los que se exige la información-, podría estar el escribano obligado inexcusablemente bajo pena de desobediencia, a brindar la información solicitada. La exhibición del protocolo solo esta autorizada por la ley cuando mediere orden del juez competente o a requerimiento de quien tuviere interés legítimo con relación a determinados documentos, (sujetos instrumentales y negociales o sus representantes y sucesores universales y singulares) (art.31 LN). Por lo tanto, si se hubiere configurado un supuesto de fraude fiscal -o cualquier otro delito-, y ya estuviere interviniendo el organismo jurisdiccional, el escribano debería, con la orden judicial pertinente, exhibir el protocolo. Al hacerlo, deberá «...adoptar las providencias que estimare pertinentes para que la exhibición no resulte incompatible con su finalidad, ni contraria a sus deberes fundamentales o las garantías de los interesados» (art.32, LN). Aquí entraría a jugar la limitación del secreto profesional y los casos en que puede ser opuesto dentro del proceso, según vimos antes (punto «V.a»).

Fuera del proceso, entendemos que el notario no solo puede, sino que debe valerse de esas normas ante cualquier requerimiento o intimación extrajudicial de la autoridad administrativa, -especialmente si es intempestiva y sin que asegure al notario la posibilidad de cumplir con las obligaciones a su cargo-, quien deberá recurrir a las vías correspondientes para obtener esta información.

Ninguna de estas obligaciones de información está prevista específicamente como un deber ético dentro de nuestra normativa, pero siempre surgirá por vía de su obligación de observar todas las disposiciones legales (art.2, inc.1º CdE).

En la práctica, ningún notario ha cuestionado estos deberes de información a los que antes nos referíamos, sobre la base del secreto profesional. Si bien hay en general respeto («temeroso» respeto diríamos) de los deberes de información ante la autoridad tributaria, la mayor parte de los casos de denuncias contra notarios se relacionan con temas tributarios, pero referidos específicamente a las retenciones y certificados de libre deuda por impuestos que gravan los inmuebles, los que muchas veces no pueden ser obtenidos por la burocracia e ineficiencia de las reparticiones estatales encargadas de expedirlos. Es por esto que nos permitimos en este punto hacer una pequeña digresión: sin perjuicio de aceptar que el Notario está obligado a cumplir con exigencias de tipo fiscal que el Estado le encomienda en su carácter de tal, -fundado en la íntima vinculación que existe entre ambos como poder delegante y depositario de la fe delegada-, cabría reflexionar sobre la necesidad de que este mismo Estado a su vez, proporcione medios más ágiles y sencillos, con normas claras y uniformes y un mejor trato en las oficinas y reparticiones públicas a quienes, como los notarios, debemos cumplir con tales cargas -*ad honorem*-, como una forma de lograr un mejor y mayor acatamiento a las mismas.



TERCERA PARTE:

EFICACIA DE LOS PRINCIPIOS DEONTOLOGICOS NOTARIALES

VIII) LOS MEDIOS PARA ALCANZAR LA EFICACIA:

Si recordamos los conceptos y terminologías que fijáramos en la primera parte de este trabajo, uno de los que habíamos definido era precisamente el de «eficacia». Aplicado ya a la materia objeto de nuestro estudio, con este término nos referimos pues, al real cumplimiento y observancia de los principios deontológicos notariales, los que serán «eficaces» en la medida que sean acatados.

Con el tema de la eficacia de los principios deontológicos hemos llegados al punto neurálgico de la cuestión: los datos de la realidad nos demuestran que no existe en la actualidad un absoluto acatamiento de estos principios. Tampoco esto nos autoriza a afirmar que hay hoy una crisis ética en el notariado, pues el término «crisis» hace referencia a una situación límite y extrema a la que se llega luego de un proceso mas o menos prolongado. Sin embargo, conforme a la bibliografía que hemos revisado, se advierte que los autores hablan de una crisis de valores en el notariado desde hace mas de cincuenta años. Resulta obvio que ninguna crisis podría durar tantos años, pues ningún sistema lo soporta. Por otra parte, carecemos de datos estadísticos de otras épocas que nos permitirían saber si las cosas han mejorado, han empeorado o siguen igual.

En verdad, pensamos que por tratarse de un tema tan íntimamente vinculado con la realidad, sufre los vaivenes que ella también presenta, con cambios lógicos de las valoraciones, hábitos y costumbres, en los que se produce una suerte de «movimiento sísmico» hasta que se llega al acomodamiento y encarrilamiento de las conductas y de las normas -porqué no-, a fin de que vuelvan a coincidir. Estamos viviendo una época de cambios, pero ello no es nuevo. La diferencia con los cambios de hace un lustro, es la velocidad con que éstos se producen, que es tan vertiginosa que pareciera no darnos tiempo a asimilarlos y adaptarnos, a través de un proceso selectivo y normal de valoración. Por eso lo importante en este proceso, y dentro del tema notarial estrictamente, es no perder el rumbo, el norte: saber qué es lo esencial y defenderlo con decisión, y aprender a descartar lo contingente. No todo está peor, en muchos aspectos el nivel de acatamiento es aceptable y tal vez hasta haya mejorado respecto de otras épocas, pero en otros es sin duda preocupante la laxitud y relajamiento detectada en la observancia de los preceptos deontológicos, motivados no siempre en una intencionada violación de los mismos, sino en la mayoría de los casos, en una inadecuada formación previa, que conlleva luego, durante el ejercicio de la profesión, al desconocimiento y desinterés en su acatamiento. Ante esto último, la cuestión es entonces, cómo lograr que los notarios se comporten y conduzcan de acuerdo a las conductas mentadas por estos principios. El adverbio «cómo» está hablando de los medios, técnicas o procedimientos a los que habría que recurrir para lograr el fin propuesto.

Para referirnos a estos medios apelaremos a una clasificación arbitraria, ideada por nosotros con un único fin metodológico: distinguiremos pues, los medios preventivos de los reparadores.

VIII.a) Medios preventivos:

Se trata de todos aquellos recursos que sirven para lograr que las conductas de los notarios se inordinen espontáneamente dentro de los principios aludidos, o por lo menos para lograr que el porcentaje de incumplimiento se reduzca a un nivel de excepción. Entre estos medios, estarían a nuestro juicio:



VIII.a.1) La formación universitaria: Sin duda que todo el tema moral y las consideraciones axiológicas se plasman en el ser humano por diversos motivos y vías. Uno de ellos es su formación. Como notarios, y desde el ámbito que exponemos estos pensamientos, solo podemos decir algo respecto del nivel universitario, pues como ex-graduados que somos seguimos perteneciendo a sus claustros. Desde esa posición nos animamos a decir que en la actualidad y hasta donde sabemos, la Universidad solo se viene ocupando de la formación científica y técnica de sus alumnos, habiendo descuidado el aspecto ético y mas específicamente el deontológico, es decir el propio de cada carrera o profesión, olvidando que ambas formaciones son importantes y complementarias y que de ambas depende que de este ámbito educativo surjan seres pensantes, idóneos en sus materias y sólidamente preparados para enfrentar la diaria y permanente lucha entre el bien y el mal, que comienzan a vivir apenas traspuertas las puertas del claustro y en la que no hay libro que indique qué hacer.

Debemos propiciar pues, que este estado de cosas cambie, ya que si bien hay algunos intentos, son muy tímidos y falta una actitud decisiva para encarar este tipo de formación dentro de las facultades de derecho. Es preciso que esta propuesta llegue realmente a los ámbitos universitarios, a través de nuestros Colegios.

Las formas de implementarlo son muchas, y son los expertos en el tema educativo quienes están en condiciones de elegir la mas adecuada. La idea es que el tema deontológico sea incluido en los programas de las carreras que otorgan título habilitante para acceder a la función notarial, ya sea como una materia específica o diseminada entre todas las de la carrera.

VIII.a.2) La apreciación de la formación moral del aspirante antes del ingreso a la función: Remitimos a lo dicho sobre este tema en el punto «IV» de este trabajo, recalcando aquí la importancia que esta apreciación tiene a la hora de prevenir el ingreso a la función, no solo de elementos absolutamente patológicos, -y creemos por suerte excepcionales-, sino para detectar a quienes tienen una idea equivocada de lo que es la función notarial y su finalidad y sobre cuál es el comportamiento que se espera de un notario; es decir, a quienes carecen totalmente de vocación.

En este sentido y al margen de los distintos medios que pueden utilizarse para esta apreciación y a los que ya nos refiriéramos en su oportunidad, queremos acotar aquí que tal vez a los Colegios Notariales quepa hacerles la misma crítica que a la Universidad: han puesto el acento en la preparación académica de los postulantes -lo que meritúan a través de estrictos exámenes de ingreso o concursos-, lo que nos parece apropiado, pero han olvidado la evaluación de estas condiciones morales, las que consideran acreditadas a veces -como es el caso de nuestra jurisdicción-, con un mero informe policial. Se nos ocurre pues, que sería conveniente incluir en estos exámenes, temas de deontología notarial, preferiblemente con planteos prácticos, con casos o situaciones similares a los que se dan en la realidad, en los que el examinado pueda demostrar -o no-, su solvencia moral.

Son solo ideas, propuestas. Seguramente susceptibles de ser mejoradas. Lo que nos importa es que ellas no queden solo aquí, en este papel, ni siquiera en el ámbito de este Congreso. Esperamos que ello al menos mueva a reflexión a los Colegios, a fin de que revaloricen esta función que el Estado también les ha delegado y que tiene tanta importancia y gravedad como la potestad disciplinaria de aplicar sanciones a la que nos referiremos mas adelante.

VIII.a.3) El sostenimiento del nivel ético durante el ejercicio profesional: Una sólida formación moral en la etapa educativa así como una conducta y antecedentes intachables al iniciar el ejercicio de la profesión podrían no ser suficientes a la hora de dirimir en lo mas íntimo de cada notario, el eterno conflicto entre lo que está bien y lo que está mal, lo que debe y no debe ser. Especialmente si recordamos lo que decíamos al comienzo acerca de la realidad

circundante, una realidad donde muchos de estos conflictos no se plantean en general en términos de «blanco o negro», sino que parecen entremezclarse y confundirse haciendo dudar hasta al mas virtuoso.

Por eso pensamos que otro método preventivo es el tratar de alimentar aquella formación inicial, a fin de mantenerla viva y fuerte, de la misma forma en que se mantiene viva una fe religiosa con ritos y celebraciones, o determinado nivel de conocimientos, a través del estudio y la permanente capacitación. Y para ello, qué mejor que ayudarnos entre todos, uniéndonos para buscar un mejoramiento y elevación del nivel ético general y el de cada uno recíprocamente, mediante la realización de jornadas, seminarios, talleres o cualquier otra forma de convocatoria, donde tratemos estos temas puntuales, con una frecuencia importante, y donde busquemos entre todos, apoyándonos, apuntalándonos, la solución conforme con estos principios de aquellos conflictos que la vida pone en nuestra oficina cada día.

En esto cabe una cuota de responsabilidad a los Colegios Notariales, quienes deben promover y organizar la realización de estos eventos; a cada uno de los colegiados quienes debe comprometerse a participar en ellos, y en forma muy especial, a los mayores frente a los mas nuevos, quienes con su experiencia y ejemplo pueden y deben aportar su consejo y enseñanza de indudable valor en estos temas.

VIII.b) Medios reparadores:

Los hemos llamado así pues son aquellos que suponen que la falta, el incumplimiento del deber ético ya ha acaecido y por tanto su finalidad es evitar que ello vuelva a ocurrir y que el responsable pague (repare) su falta a través de una sanción.

El problema aquí son las características de las normas morales y su sanción, que según lo que reseñáramos en la primera parte del trabajo, no está representada en la estructura de la norma y carece de coercibilidad, es decir de la posibilidad de conminar por la fuerza al cumplimiento de la conducta debida o a impedir la indebida, a través de un órgano del Estado legitimado para ello. Estos caracteres -normatividad específica y coercibilidad de la sanción- son propios en cambio, de las normas jurídicas como vimos.

Ahora bien, si nosotros conceptualizamos los principios deontológicos notariales en normas cuya estructura preve no solo la conducta debida, sino la posibilidad de su violación y la consecuente sanción, y esa sanción puede ser aplicada aun contra la voluntad del infractor, debemos admitir que tales normas no son morales sino jurídicas.

Y si esto es así, entonces, ¿dónde ubicamos a la deontología? Bueno, pareciera ser que a mitad de camino entre la moral y el derecho,⁷ y por tanto, las normas deontológicas serían normas que comienzan siendo morales para luego transformarse en jurídicas.

No entraremos en un análisis filosófico ni científico acerca de si la deontología tiene futuro como ciencia, o si terminará por convertirse en una rama del derecho, autónoma o tal vez accesoria de un derecho penal o administrativo, pues excede nuestro objetivo y el tema propuesto. Sí haremos una pequeña reflexión valorativa sobre esta tendencia o aparente aspiración de la comunidad notarial a lograr sancionar un código de ética como la solución al problema de la crisis moral que afecta a sus miembros.

Pero antes, señalaremos brevemente, lo que ocurre en la realidad de nuestra jurisdicción: En nuestra provincia existe un Código de Ética, el cual, como ya lo dijimos, ha sido aprobado por Asamblea General Ordinaria del Colegio de Escribanos, por expreso mandato de la Ley Notarial, art. 120 inciso 24, y 126 inciso c), que faculta expresamente a la Asamblea como órgano competente para legislar sobre la materia.

La fundamentación de su validez normativa está dada no solo por seguir formalmente el procedimiento fijado en una norma superior y esta a su vez en otra, y así sucesivamente hasta el fin de la pirámide, sino además, materialmente, al basarse en la voluntad del órgano



soberano de una comunidad notarial, lo que permitió recoger el consenso democrático sobre las conductas que esta comunidad entendía como debidas. Por otra parte, este nivel jerárquico normativo, al ser el mas cercano a la realidad, permite que las normas sean mas fácilmente modificadas y por tanto actualizadas, a fin de acompañar los cambios que las valoraciones y los usos y costumbres experimentan inevitablemente con el tiempo. En nuestra encuesta, la mayoría de los notarios manifestó que era necesario modificar este Código a fin de incorporar conductas no previstas y que hoy constituyen faltas de ética, así como para suprimir algunas que los cambios sociales y culturales no justifican sigan siendo incluidas como tales. (Adviértase que el Código no tiene aun diez años de antigüedad)

En el citado cuerpo normativo, que rige para todos los notarios matriculados en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Jujuy, se hace una enumeración detallada de los deberes éticos notariales, que hacen al decoro profesional, y que son impuestos para con los colegas y para con los clientes. Se preveen además normas sobre el procedimiento y su órgano de aplicación.

En realidad, estos deberes estaban ya previstos en forma diseminada en la ley notarial, y el código los reunió y desplegó con mayor detalle, ordenándolos de alguna forma. También estaban ya previstos en la ley, el órgano de aplicación y el procedimiento, aunque el código ha regulado mas puntualmente este último.

Es el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos quien tiene a su cargo, como facultad y como deber, «...Velar por el decoro profesional, por la mayor eficacia de los servicios notariales y por el cumplimiento estricto de las reglas de ética profesional» (art.120, inc.4º LN). Es asimismo, quien goza del poder disciplinario para sancionar las transgresiones a la ética profesional, pues debe «...Instruir sumarios de oficio o por denuncia sobre procedimientos irregulares de los notarios...»(art.120, inc.21º LN), y «...»Ejercer la acción fiscal en las causas sobre responsabilidad disciplinaria de los notarios que se tramitaren ante el Tribunal de Superintendencia...» (art.120, inc.22º, LN). Su competencia se encuentra limitada a aquellas causas que originan la aplicación de sanciones leves (menos de un mes de suspensión, apercibimiento, multas) (art.140 LN). Concordantes con estas normas, son las previstas en el Código de Etica (art.6).

Lo dicho es sin perjuicio de la competencia del Tribunal de Superintendencia, que actualmente se integra con cinco miembros titulares y cinco suplentes elegidos por la Asamblea Ordinaria de asociados, de una lista que llevará el Consejo Directivo, formado por los colegiados que tengan mas de diez años en el ejercicio de la profesión y no sean miembros del mismo, cuya duración en los cargos es de dos años (art.112, LN) y que debe intervenir directamente en las causas instruidas por irregularidades cometidas por notarios en el ejercicio de sus funciones, por las que les correspondan sanciones de mayor gravedad (mas de un mes de suspensión, destitución o inhabilitación) (art.113, inc.1º, LN) y en grado de apelación en las causas sancionadas por el Consejo Directivo (art.113, inc.2º, LN). Además sus resoluciones pueden apelarse con efectivo suspensivo por ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia (art.116, LN).

Otro órgano importante en el adecuado funcionamiento del poder -y deber- disciplinario que tienen los Colegios Notariales, es la Inspección Notarial, que sirve tanto como medio preventivo -en su aspecto docente, formativo-, como medio reparador -detectando las irregularidades de que debe dar cuenta al Consejo ante la eventual existencia de una falta susceptible de sanción-. Nuestra ley prevee la existencia de este órgano (arts.109 y 110 LN), pero lamentablemente no se ha implementado su funcionamiento hasta la fecha. Es propicia esta oportunidad para reiterar una vez mas, lo imperioso que resulta cubrir tal falencia, sin la cual el Consejo Directivo no puede cumplir acabadamente con su función de custodia de la ética.



Como se advierte, en nuestra Provincia se consiguió concretar aquella aspiración de contar con un Código de Ética, que ha dado normación jurídica a los principios deontológicos notariales. Si bien ello ha servido para sistematizar racionalmente estos principios, no por ello todos los conocen. En nuestra indagación, algunos escribanos manifestaron no saber de su existencia.

En cuanto a lograr una mayor eficacia de los principios normados, si tenemos en cuenta lo expuesto en los distintos apartados precedentes al respecto, debemos admitir que no ha habido un mejoramiento importante del nivel ético en general. Ello se debe a nuestro juicio, a las siguientes razones:

1°) Porque los órganos disciplinarios encargados de juzgar y aplicar las sanciones, son renuentes en hacerlo, entendiéndolo equivocadamente el concepto de «solidaridad» hacia los colegas al terminar encubriendo su falta a fin de mantener supuestamente, la buena imagen del notariado; o bien porque sienten temor al eventual rechazo o represalia de sus pares, si cumplen estrictamente su función.

Todo lo cual evidencia la necesidad de revisar cuál ha de ser la mejor composición de estos órganos dentro de los colegios, y que aquello de ser «juzgado por los pares», que surgió históricamente como una verdadera conquista de las corporaciones, hoy pueda no ser lo más conveniente. O quizás sí, pero sin duda, es indispensable emprender una verdadera concientización y formación (reaparece este tema) para aprender correctamente lo que significa la función de juzgar y ser juzgados y aceptar ser juzgados por aquellos a quienes elegimos para hacerlo.

Entre nuestros encuestados, un 56% entiende que el juzgamiento debe estar a cargo de los pares, un 22% que su integración debe ser mixta con una parte necesariamente compuesta por los pares, y un 22% que debe estar a cargo de funcionarios extraños a la función notarial.

2°) Porque en realidad, el verdadero conocimiento y concientización de los principios deontológicos debe producirse con anterioridad a la sanción y no después de ella. Rescatamos por lo tanto, la importancia de los medios que denomináramos preventivos, sobre los que es necesario insistir y lograr que cobren una verdadera entidad. Los medios reparadores deberán quedar para los casos excepcionales, extremos patológicos, aquellos que terminan con la expulsión del elemento espúreo del organismo.

VIII.c) Reflexión final

Aspiramos por tanto, a que algún día los Códigos de Ética -aunque suene paradójico decirlo-, sean «letra muerta» como normas jurídicas, como normas con sanción, porque ya no sea necesario aplicarlas. Que queden como un recordatorio permanente de los principios y normas morales que sean realidad viva y candente, cumplida espontáneamente, por hábito, por virtud, como algo normal del quehacer diario. Que el deber ser se convierta en ser, no por temor a una sanción, sino porque libremente valoremos esa conducta como la mejor posible para cumplir con nuestra finalidad en este mundo, como seres humanos y como notarios, sin perder de vista nunca nuestra dignidad, el respeto a nuestros pares, y especialmente a la comunidad en que vivimos y a la que prestamos nuestros servicios.

CONCLUSIONES

Cualquier estudio o análisis deontológico que pretenda un mínimo de validez y seriedad implica necesariamente el estudio o análisis de conductas humanas actuando en libertad dentro



de un determinado contexto histórico y geográfico.

Por lo tanto, CONSIDERANDO:

a) Que en la realidad circundante y el marco histórico, cultural y social dentro del cual, el notariado argentino desarrolla hoy su labor profesional, resaltan como elementos perturbadores los siguientes:

-En el plano económico, los efectos de la llamada «globalización», como el transplante de fórmulas y recetas financieras y sus necesarias figuras jurídicas, originadas en países con tradiciones y sistemas incompatibles con el nuestro, y los de la llamada «desregulación» que ha afectado algunos caracteres propios del sistema latino;
-y en el plano cultural y social consecuente de lo anterior, el cambio de hábitos y costumbres caracterizado por un exarcebado sentido individualista y materialista, que se traduce en una falta de compromiso social observable en todos los niveles de la vida.

b) Que si bien no contamos con datos suficientes como para hablar de una «crisis total de valores morales» con relación a otras épocas, debe admitirse que se han producido grandes cambios en las valoraciones y preferencias de la sociedad, caracterizados fundamentalmente por la vertiginosidad con que se suceden, impidiendo lograr una normal asimilación de los mismos, a través de un proceso selectivo y de preferencias.

c) Que ello se ve reflejado dentro del ámbito notarial, donde se detecta que si bien en algunos aspectos existe un nivel ético aceptable, en otros resulta preocupante la laxitud y relajamiento observados en el cumplimiento de los preceptos deontológicos, motivados no siempre en una intencionada violación de los mismos, sino en la mayoría de los casos, por una inadecuada formación previa, que conlleva luego, durante el ejercicio de la profesión, al desconocimiento y desinterés en su acatamiento.

PROPONEMOS como PONENCIAS las siguientes:

1) El desafío que plantea el mundo de hoy exige del notariado, como depositario de un poder delegado por el Estado y fiel guardador y realizador de uno de los valores fundantes de la justicia, que es el valor seguridad, la defensa decisiva de los caracteres esenciales que hacen a su identidad, sin dejar por ello de incorporarse en el proceso de adaptación y cambio que envuelve a la sociedad toda y sin olvidar nunca que ella es el principal destinatario de sus servicios.

2) Dentro de esos caracteres esenciales del notariado de tipo latino, se encuentra el contar con un elevado nivel de acatamiento de los deberes éticos.

3) Independientemente de su conceptualización normativa, que no debe ser entendida nunca en forma taxativa, formulamos los siguientes principios deontológicos, a los que corresponden sendos deberes:

-En las relaciones del notario frente a sus colegas: *«El notario debe ejercer su profesión con absoluto respeto por los demás colegas, dentro de un marco de leal y sana competencia, preservando ante todo la imagen del notariado ante la comunidad y cultivando el espíritu de solidaridad y compañerismo, lo que incluye el deber indispensable de cooperación con el colegio respectivo».*



-En las relaciones del notario frente a los requirentes: *«Es deber del notario ejercer su función observando estrictamente las disposiciones legales y prestando a los requirentes un servicio completo y eficiente, con la mayor diligencia, celo y dedicación, lo que implica que deberá estar altamente capacitado y actualizado en su materia, no olvidando jamás que el destinatario último de su función es la sociedad.»*

-En las relaciones del notario con el Estado: *«El notario debe obrar teniendo siempre presente que la fe pública que imparte no le pertenece, sino que la ejerce por delegación estatal, bajo unas condiciones y requisitos que dan lugar a caracteres esenciales de la función, como la veracidad e imparcialidad, sin los cuales no hay fe pública ni notario.»*

4) La eficacia de los principios deontológicos implica el real cumplimiento y observancia de los mismos, la coincidencia entre las conductas reales y las conductas mentadas por las normas. Por lo tanto, admitido que existe un determinado nivel de incumplimiento de los deberes deontológicos, deben encontrarse los medios para lograr su encauzamiento dentro de las conductas normadas.

5) Dentro de los medios para lograr la eficacia de los principios deontológicos, distinguimos:

a) **Medios preventivos:** Son aquellos que sirven para lograr que las conductas de los notarios se inordinen espontáneamente dentro de los principios aludidos, o por lo menos para lograr que el porcentaje de incumplimiento se reduzca a un nivel de excepción. A ello conducen:

-Una formación universitaria que contemple específicamente el aspecto deontológico, propiciando desde nuestra posición de ex-graduados su inclusión en los programas de las carreras que otorgan título habilitante para acceder a la función notarial.

-La apreciación de la formación moral del aspirante al momento de ingresar a la función, tarea que debe ser redimensionada por los encargados de velar por ello, es decir por los Colegios Notariales, quienes deben valerse de todos los elementos que sean posibles -sin contentarse con uno solo de ellos-, que les permitan tener una idea aproximada y sin una duda razonable sobre la solvencia moral del aspirante.

-El sostenimiento del nivel ético durante el ejercicio profesional, que debe estar a cargo de cada uno de nosotros en unión con nuestros colegas, apoyándonos en la búsqueda entre todos de la solución conforme con los principios deontológicos a aquellos problemas que la vida diaria presenta, así como de los Colegios Notariales en la promoción y organización de eventos como talleres, seminarios de reflexión u otros encaminados al mismo fin; toda vez que la formación moral de la que hablamos debe ser sostenida y reforzada cada día.

b) **Medios reparadores:** Son aquellos que suponen que la falta, el incumplimiento del deber ético ya ha acaecido, y por tanto su finalidad es evitar que ello vuelva a ocurrir y que el responsable pague (repare) su falta a través de una sanción. Consiste en lograr que las normas morales que consagran el deber ser, se conviertan en normas jurídicas que prevean la sanción aplicable coercitivamente en caso de incumplimiento, agrupándolas en cuerpos normativos denominados Códigos de Ética o Códigos Deontológicos.

6) Si bien la sanción de un Código de Ética puede contribuir a una racionalización de los principios y por tanto a su mejor conocimiento, entendemos que el verdadero conocimiento y concientización de los principios deontológicos debe producirse con anterioridad a la sanción y no después de ella. Rescatamos por lo tanto, la importancia de los medios que denomináramos preventivos, sobre los que es necesario insistir, y lograr que cobren una verdadera entidad. Los medios reparadores deberán quedar



para los casos excepcionales, extremos patológicos, aquellos que terminan con la expulsión del elemento espúreo del organismo, sin perjuicio de que puedan servir en una coyuntura determinada para lograr un inordinamiento en situaciones de evidente crisis.

7) Aspiramos por tanto, a que algún día los Códigos de Ética solo queden como un recordatorio permanente de los principios y normas morales que sean realidad viva y candente, cumplida espontáneamente, por hábito, por virtud, como algo normal del quehacer diario. Que el deber ser se convierta en ser, no por temor a una sanción, sino porque libremente valoremos esa conducta como la mejor posible para cumplir con nuestra finalidad en este mundo, como seres humanos y como notarios, sin perder de vista nunca nuestra dignidad, el respeto a nuestros pares, y especialmente a la comunidad en que vivimos y a la que prestamos nuestros servicios.

BIBLIOGRAFIA

D) LIBROS, REVISTAS, PUBLICACIONES:

- AFTALION, ENRIQUE y otros-«Introducción al Derecho»-Ed.Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales-Bs.As., 1980.
- AMAYA, N. ENRIQUE, «Algunos aspectos de la ética notarial»-RN Cgio. de Escribanos de la Pcia. de Córdoba, Córdoba, N° 21, año 1971, pag.47.
- ARATA, ROBERTO MARIO-«Ética Notarial»-Ed.Abeledo Perrot, Bs.As.,1974.
- ARECO, ISAAC, «El notariado: la moral del oficio»-R del N, Bs.As., Año 1, N° 3, pag.39.
- BARDALLO, JULIO R., «La ética profesional y los vicios que mas preocupan»-R del N, Bs.As., N°723, 1972, pag. 685; y Rev. de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo, T.58, N° 3-4, 1972, pag.89.
- BARRIO OLIVARES, JORGE, «Ética notarial»-RN, La Plata, 1961, N° 735, pag.517.
- BERNARD, TOMAS DIEGO (h), «Acotaciones al decálogo del buen notario»-R del N, Bs.As., 1947, N° especial 556, pag. 991.
- BERNARD, TOMAS DIEGO (h), «El notariado como carrera universitaria», La Plata, 1943.
- BERNARD, TOMAS DIEGO (h), «El secreto profesional en el notariado»-Edit.A.Perrot, Bs.As., 1958.
- BERNARD, TOMAS DIEGO (h), «Los valores esenciales del notariado. Las exigencias en cuanto a moralidad y conducta ética como presupuesto para el acceso a la función fedataria»-RN, La Plata, 1971, N°799, pag. 1585.
- BLANK, RICARDO MARIO, «La responsabilidad profesional del notario»-Gaceta del notariado, Santa Fe, N° 45, 1968, pag.64.
- BOLLINI, JORGE A., «La jerarquización profesional»-Anales, VIII Jornada Notarial Argentina, 8, Bs.As., 1959, pag.215.
- CALVIÑO, AGUSTIN A., «Vocación, función y ética notarial»-R del N, Bs.As., 1943, N° 499, pag.77; y R del N, Bs.As., 1972, N°723, pag.709.
- CARACCILO, DOMINGO L., «Aspectos de ética notarial»-RN, La Plata, 1961, N° 735, pag.495.
- CARAZO, JUAN E., «El notario, la ley, la moral y las buenas costumbres»-RN, La Plata, 1966, N° 767, pag.1201.
- CICHERO, NESTOR, «Ética profesional»-La Ley, Bs.As., t.1987-I,pag.303, 18/11/87, Año 51, N° 221.
- CUENCA ANAYA, FRANCISCO y otro-«El notariado y las perspectivas para responder a las necesidades individuales y colectivas»-RN N° 878, año 1985, pag.19.
- Ética Notarial-RN, La Plata, 1961, N°635, pag.513. (Trabajo delegación Mar del Plata a las V Jorn.Not.Bonaerenses)
- GARCIA CONI, RAUL, «El arancel, custodio de la ética»-RN, La Plata, 1961, N° 735, pag.353.
- GARCIA CONI, RAUL, «El notariado como medio de vida»-RN, La Plata, 1952, N° 683-684-685, pag.111.
- GARCIA CONI, RAUL,«Regateo o prorrato»-RN, Col.de Escribanos de Córdoba, 1965, N° 11, pag.10.
- GOMEZ FLEYTAS, JOSE G., «El abogado. Su misión ético-jurídica; su función social y necesidad de un redimensionamiento global»-La Ley, Bs.As., año 49, N° 31, T.1985, pag.1008, (13/2/1985).
- GUIMERA PERAZA, MARCOS, «Moral profesional del notario»-Rev.de Derecho Notarial, Madrid, N° 28, 1960, pag. 245.
- HOFFMANN, OSCAR E., «Ética notarial»-RN, La Plata, 1961, N° 735, pag. 507.
- LANFRANCHINI, DOMINGO L., «Ética profesional»-Rev.Not. Colegio de Esc. de la Pcia. de Córdoba, Córdoba, 1970, N° 19-20, pag. 56.



- LEY 22.192-Organización de la matrícula de abogados y creación del Tribunal de Ética Forense-R del N, Bs.As., Año 83, N° 772 (jul-ago 1980), pag. 1193.
- MERELES, ARTEMIO, D.»La ética y la magistratura»-La Ley, Bs.As., t.142, 1971, pag. 784.
- MOLLEDA, JOSE A., «Perfil comunitario de la ética notarial»-Rev. de Derecho Notarial, Madrid, 1975, N° 87, pag.103.
- MONESTIER, JAIME, «La formación del notario y su función en la vida jurídica»-VIII Jornada Notarial Uruguay, Maldonado-Punta del Este, 1955, pag. 87.
- MORELLO, AUGUSTO M., «La ética y los profesionales»-Jurisprudencia Argentina,1991-IV, Bs.As., N° 5753, 4/12/91, pag.746.
- MUSTAPICH, JOSE M.»El sigilo notarial» en su «Tratado teórico y práctico de derecho notarial»-Ed.Ediar, Bs.As., 1955, t.2, pag. 174.
- NEGRI, JOSE A., «Comentarios sobre la legislación notarial argentina-Características y problemas notariales en la República Argentina»-Conferencias, editadas por la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1929.
- NEGRI, JOSE A.»El problema notarial»-Bs.As., 1932.
- OCHOTECO, FELIX (h), «El secreto profesional en el derecho angloamericano»-Rev.Internacional del Notariado, Bs.As., 1958, N° 38, pag.167.
- PAZ, JOSE MAXIMO, «El notariado ante la estructuración de la universidad oficial y privada»-Publicación del Col.de Escribanos de la Pcia.de Bs.As., año 1956.
- PELOSI, CARLOS A., «Colegiación obligatoria; su relación con el decoro del cuerpo notarial y los principios de ética profesional»-Anales, VIII Jornada Notarial Argentina, Bs.As., 1959, pag. 429.
- PEREZ, JULIO, «Importancia de la ética notarial en la evolución del derecho»-III Jornadas notariales argentinas, Mendoza, 1946, pag.79.
- PONDAL, ROQUE V., «Ética-Moral Notarial-Deberes notariales»-I Congreso Internacional del Notariado Latino, Bs.As., 1948, pag.403.
- PONDAL, ROQUE V.»El secreto profesional»-Rev.Internac.del Notariado, Bs.As., 1958, N° 37, pag.104.
- PONDE, EDUARDO B., «El estudio notarial de tío latino»-IV Congreso Intern.del Not.Latino, Brasil, 1956-Tomo 2, Delegación Argentina, pag.160.
- QUIAN SOLARI, EDUARDO A., «Hacia una mayor jerarquización notarial»-VIII Jornadas notariales argentinas, Bs.As., 1959, pag.313.
- ROMERO LOZADA, RODOLFO, «Los que honran la profesión»-RN, La Plata, 1949, N° 651, pag.511.
- ROSENKRANZ, OFELIA»Ética Notarial»-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Ciclo de Mesas Redondas (18/10/94)-Versión taquigráfica, Biblioteca José A.Negri-Col.Esc.Capital Federal.
- RUIZ DE LUQUE, FRANCISCO J., «Ética y vocación notariales»-R del N, Bs.As., 1948, N° 562/63, pag. 309; y Rev. del Col. de Esc. de Entre Ríos, Entre Ríos, 1948, N° 31-32, pag. 17.
- SANABRIA, MANUEL J., «Ética y solidaridad notarial»-RN, La Plata, 1961, N° 735, pag. 497 (V Jorn.Not.Bonaerense).
- SAVRANSKY, JOSE, «Moral y economía notarial»-Ed.Depalma, Bs.As, 1957.
- SAVRANSKY, JOSE, «Visión esquemática de la ética notarial»-R del N, Bs.As., N° 652, pag. 545, y separata de la misma revista.

II) CONGRESOS, JORNADAS, Y OTROS EVENTOS:

- XXIII Jornada Notarial Argentina. Córdoba, 1994. Tema 4. Conclusiones en Rev.Colegio de Escribanos de Córdoba, 1994, N° 68, pag.175. Trabajos presentados.
- VIII Encuentro Nacional del Notariado Novel. Setiembre de 1994, Termas de Río Hondo, Sgo.del Estero. Tema:»Ética Notarial».
- XXXI Jornadas Notariales Bonaerenses-Tandil,1997-Conclusiones.



DISTRACTO

Autor: Gastón R. Castelnuovo

Buenos Aires

Segunda Parte

TEMA DE LAS PRIMERAS JORNADAS URUGUAYAS DE DERECHO CIVIL

Este encuentro despertó mi inquietud por conocer la opinión que sobre algunos aspectos del distracto, podrían tener juristas extranjeros, pues el tema elegido para estas jornadas fue la “Investigación aplicada a la eficiencia negocial” y, precisamente, el subtema 2, que planteaba la resolución del contrato, estaba especialmente referido a los límites operativos del mutuo disenso, a las consecuencias de la reasunción de titularidad y a la incidencia de la resolución con respecto de terceros.

Sin embargo, tratándose de una jornada extranjera, y teniendo en cuenta alguna otra experiencia, para quienes como nosotros llegaban de otro país a participar en ellas, las expectativas no podían ser demasiadas. Sabemos que por más que estudiemos el derecho extranjero, por más que tratemos de acercarnos, nunca nos moveremos con comodidad en él, sencillamente por no vivir su clima interno.

Supuse que la discusión, si la había, se centraría en problemas particulares del derecho local. Bueno, supuse mal.

Estas Jornadas de Derecho Privado, tuvieron lugar en Montevideo, en mayo de 1993, y las recordaré siempre gratamente. En primer lugar, por la cordialidad con la que fuimos tratados quienes participamos, lo que no hace sino confirmar una de las cualidades de las que hace gala el uruguayo con el extranjero en general, y con sus invitados, en particular, y también por el nivel científico que tuvieron. Se escuchó a prestigiosos civilistas, y tuvimos la oportunidad de participar en los debates.

Comenzaré por las conclusiones a las que arribó, para luego entrar en el análisis, a mi juicio, de otro de los meollos del mutuo disenso que allí se debatieron: la causa.

Tuve la satisfacción de integrar la comisión redactora del subtema mencionado, donde junto con la escribana Eleonora Casabé, nos preocupó dejar aclarada una problemática común a uruguayos y argentinos y donde se logró exteriorizar lo relativo al mutuo disenso, con una redacción que juzgamos apropiada.

En lo pertinente, el despacho dice:

1. El mutuo disenso extingue la eficacia de la relación contractual cuando el proceso de la ejecución está pendiente.
2. No encuadra como supuesto de mutuo disenso cuando sobreviene con posterioridad a un contrato ya agotado”.

El relator, Doctor Roberto López Cabana, añadió: “Estos últimos dos puntos marcan, de alguna manera, las líneas divisorias del tema del mutuo disenso, que es exactamente cuando se extingue o no se trata de dicho tema. Me place señalar que en estos aspectos hubo unanimidad en la comisión”.

3. En este último caso, toda voluntad semejante es vinculante, no como mutuo disenso, sino como otorgamiento del mismo tipo contractual de signo contrario, no obstante las partes lo hayan denominado como mutuo disenso o distracto”. (...)
4. Cuando el mutuo disenso extingue la eficacia contractual se vuelve a la situación jurídica anterior, reasumiéndose en su caso la titularidad respectiva.
5. Cuando el negocio jurídico a revertir fuere a título gratuito, la retransmisión de titularidad puede acarrear consecuencias previstas por la normativa sucesoria, de la misma naturaleza que las que alcanzaban al negocio inicial”.



Aquí, el relator dijo: “Me place destacar que este punto ha sido de interés coincidente en los delegados argentinos y uruguayos, quienes se preocuparon por tratarlo y dejar aclarada una problemática común rioplatense”¹.

Veamos cómo se planteó el tema en estas jornadas.

Al inaugurar el debate, luego de las exposiciones del coordinador internacional, Dr. Roberto López Cabana, y que quienes presentaron trabajos, las palabras del escribano Roque Molla –coincidentes con nuestra posición-, dieron lugar a un interesantísimo intercambio de opiniones.

Comenzó por entender que el examen debía partir del análisis de la eficacia del negocio jurídico, hilo conductor para llegar a conclusiones acertadas, metodología que también debía realizarse cuando media incumplimiento del contrato o cuando las partes resuelven desandar el camino recorrido. En ese proceso encontramos la forma –en función de la disciplina legisla-, el contenido –vinculado con las prestaciones- y la finalidad, que es lo que las partes persiguen a través de ese intercambio de prestaciones. El contrato de nacimiento a la relación jurídica, como nexo entre dos sujetos de derecho. El quid de la cuestión es determinar si cuando se pretende operar con mutuo disenso, se tiene o no el presupuesto para hacerlo; si hay o no una relación jurídica. Dejó de lado, acertadamente, aquellos supuestos en los que se carece de esa relación por existir vicios intrínsecos que nos llevan al tema de la nulidad, ajeno al tema que nos ocupa. Se refirió a la paga, extinción natural de la relación, para concluir que de darse este supuesto –el cumplimiento- desaparece el presupuesto para que pueda convenirse mutuo disenso, y sólo puede hablarse de un nuevo negocio, de sentido contrario.

Aludiendo al famoso tríptico romano, dijo que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene, que resuelto el derecho del constituyente se resuelven los derechos por el constituido y que no se puede dar lo que no se posee. Todo debía aplicarse a la situación en cuestión, ya que en una situación de relación jurídica existente, el derecho que tiene un comprador es resoluble, ya que está sujeto a la vicisitud de la acción relativa de las partes de convenir mutuo disenso.

Agregó, que el centro de la discusión, que se traslada equivocadamente a la zona de retroactividad real o personal, está, entonces, en la causa del negocio. Esto es, determinar si ella –en el sentido de finalidad del negocio, de la función económica que cumple- está actuando o no. Si el contrato se cumplió, se agotó su causa. Si ella, en cambio, actúa, al operar el mutuo disenso, se produce su decaimiento. No debe recurrirse a la ficción de la retroactividad, porque de lo que se trata es de esa decadencia de la causa.

Allí el escribano Raúl Anido, planteó el problema de la causa del segundo negocio y la colega Teresa Gnazzo esbozó un argumento que, en principio, a cualquiera arroba; si bien lo esgrimió con respecto a una donación, entiendo que puede generalizarse: parecería que no es lo mismo “devolver” una cosa (adquirida por compra, donación o cualquier otro contrato) que “vender”, “donar”, etcétera, nuevamente esa cosa a la persona que me la transfirió; no sería lo mismo. Dijo que porque le daríamos otro nombre al instituto en este caso- de un negocio totalmente satisfecho y no tenemos intención de realizar un negocio de liberalidad, sino que deseo devolver algo que estaba en mi patrimonio por efecto de una donación, es decir que no estoy realizando una donación-, tenemos que analizar la causa de este segundo negocio y ver si no existen una serie de negocios –que calificaremos oportunamente- que no tengan la misma causa que los contratos, que no generen obligaciones pero sí la restitución; en este caso deberemos analizar el régimen jurídico. Pienso que el punto no es totalmente blanco o negro y

¹ DE FINANCE, Joseph; Conocimiento del ser. Tratado de ontología; versión española de la obra francesa “Connaissance de l’être. Traité d’ontologie”, de Salvador Caballero Sánchez, Gredos, Madrid 1971.



que el planteo del Esc. Anido no es desatendible, porque la cuestión está en la causa del segundo negocio, que tal vez no se llame mutuo disenso².

Creo que aquí encontramos otro quid de la cuestión: la causa de este nuevo contrato.

Cuando incursione en las "cuestiones previas", advertí los riesgos que ello implicaba: podíamos alejarnos del distracto, y ya habrán juzgado ustedes cómo nos fue. Pese a ello, realicé el intento de tratar algunos temas cuya comprensión juzgue imprescindible para dilucidar el que nos ocupa, y presentar una exposición que se bastara a sí misma. ¡Resulta ahora que les planteo el apasionante tema de la causa!

En rigor, deberíamos haberlo tratado allí, en esas cuestiones previas, pero lo he postergado, de propósito, por dos motivos: uno, porque recién llegados a este punto, luego de analizado el tema del contrato agotado por su cumplimiento, creo oportuno hacerlo; el otro, porque de comenzar con esta especial cuestión previa, como lo es "la causa", me hubieran abandonado aún los pocos que hasta aquí han llegado. Confío en que quienes lo han hecho, esfuerzo extra mediante, continúen hasta las conclusiones.

VIII. LA CAUSA

A) Planteo del tema

Podemos imaginar al derecho como una gran casa y advertir, entonces, que ella se puede acceder por cualquiera de sus grandes puertas y, también, por la más pequeña de sus ventanas, pero ocurre que ni bien nos encontramos instalado, el problema que se nos presentaba como el más simple e insignificante, si ahondamos en él, nos hará llegar, irremediamente, a los grandes temas.

Desde ya, no analizaré el de la causa con miras a agotarlo. Sólo decir lo imprescindible para aproximarnos al tema y, lo que es más importante, aplicar el concepto a nuestro "distracto".

Aristóteles, distinguió cuatro tipos de causa: eficiente, material, formal y final; no había lugar en su pensamiento para el ejemplarismo, al que rechazó abiertamente³

Analizados estos principios internos, estas "causas intrínsecas", constituidas por la causa material (la potencia) y la causa formal (el acto), el espíritu no queda satisfecho. "Sigue buscando, fuera del objeto que hay que explicar, las 'causas extrínsecas' y, en primer lugar, la causa eficiente, aquella que, por su acción propia, da cuenta de la existencia o del devenir de ese objeto. Decir 'por su acción propia 'equivale a decir 'por su existencia', pues para obrar es preciso existir. Lo propio de la causa eficiente, lo que la distingue radicalmente de la causa final y de la causa eficiente, lo que la distingue radicalmente de la causa final y de la causa ejemplar (.....), consiste en no poder, en ningún caso, reducirse a una idea, en no ser principio del devenir o del ser sino mediante su realidad existencial"⁴

Esta búsqueda es universal. Preguntas tales como ¿Quién hizo eso? ¿De dónde procede aquello? Muestran la reacción espontánea ante cualquier acontecimiento insólito, y constituyen la manifestación del principio de razón suficiente: todo aquello que es, tiene una razón de ser. Para conocer algo, debemos encontrar una respuesta a su porqué.

Descubierta esa causa eficiente, el espíritu busca entonces una explicación más plena del ente. "Este no reclama solamente que se le relacione 'por detrás' y como más acá de su acto, a un origen, a una fuente, a un fundamento; para dar razón de él plenamente, hace falta también

² Asociación de Escribanos del Uruguay. I Jornada Uruguayas de Derecho Civil "Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro". Plenario de clausura, 5: también en REVISTA NOTARIAL 915, pág. 508.

³ ARISTÓTELES; Obras completas, Últimos análogos, XI, 1 Bibliografía Omeba, Bs. As. 1967.

⁴ DE FINANCE, op. cit., pág. 347

⁵ Idem. Pág. 402.

⁶ Ibídem.



unirlo y, por así decirlo, suspenderlo, 'por delante', a un término hacia el cual el ente 'existe' y que dará su significación a su existencia; dicho de otro modo: es preciso asignarle, además de una causa eficiente, un fin"⁵.

Pareciera que esta cuestión acercadle fin, tiene prioridad con respecto a la cuestión sobre la causa. "¿Por qué? Tiene en primer lugar el sentido de ¿con que propósito? ¿con qué intención?. Las cosas nos parecen estar definidas ante todo por su función; el mundo, como observa Heidegger, se presenta –al menos en cierto aspecto- a la manera de un sistema de instrumentos, de los cuales unos remiten a otros y, finalmente, al sujeto que se realiza por ellos"⁶.

A estas causas mencionadas, dijimos, algunos autores agregan la ejemplar. La noción es de origen platónico y fue adoptada y transformada por la escolástica, para situarla en Dios.

B) La causa en el Derecho

Ya dije que no hablaríamos de la causa con miras a agotar el tema. Ello no sólo excede el propósito inicial: me excede también a mí (como suele decirme un amigo, universitario de extramuros, agudo observador, filosófico recibido en estaños y cordones, al que no podría citar sin granjearme su sorna: "¿vos?, si apenas sos escribano").

Daré sí un ejemplo que permita distinguir las causas enumeradas, para ver a continuación qué significa la palabra "causa" para el derecho y su aplicación en el distracto.

Lo primero. Voy a fabricar un auto de juguete, pero de esos que "andan" como los de verdad; tengo en mente su representación. Pronto advertiremos que soy la causa eficiente de "eso" que voy a construir. La causa material estará constituida por los elementos que emplearé, utilizando mi potencia. La causa formal será lo que resulte y estará constituida por el aspecto que lo construido tenga, que lo haga ser "auto" y no la simple suma de engranajes, chapa, pintura, etcétera: el acto en sí. La causa final tendrá que ver con mi querer, con mi intención, y será, por ejemplo, un simple pasatiempo o la alegría de hijo, a quien el objeto está destinado, etcétera. Más difícil es "ver" la causa ejemplar, pues ella puede confundirse con la final y más aún, con la formal: podemos decir que en el ejemplo estaría representada por el auto que quise imitar, el que mi padre me dijo haber tenido de niño, o el que en realidad quiso tener, o el que quise tener yo.

Lo segundo. Para Lopez de Zavalía, si reflexionamos sobre los cinco tipos de causa mencionados, podemos advertir que todos son útiles para explicar un determinado fenómeno, y también que, en primer lugar, si pretendemos responder a la pregunta ¿cuál es la causa? La respuesta habrá de variar según cual sea el fenómeno respecto al cual se formule, y así, una cosa será preguntarse por la causa eficiente del contrato y otra por la causa eficiente de la obligación que de aquél deriva; en segundo lugar, advertir también que el empleo del vocablo "causa" en el lenguaje jurídico moderno, no abarca todos los enfoques de la escolástica, o, al menos, no lo hace siempre. Así, se pregunta sobre la causa eficiente de la obligación, a la que denomina "causa fuente", pero no sobre la causa eficiente del contrato, tema que trata bajo otros rubros, como el de capacidad. Ahora bien, el hecho de que el vocablo no sea utilizado en forma directa, no significa que el concepto no esté igualmente allí: en el ejemplo recién mencionado, nadie podría dudar que la falta de capacidad es la "causa" de nulidad del contrato. De ello colige que si la falta de algo, como la capacidad, es "causa" de nulidad, indudablemente su presencia será "causa" de validez⁷.

Este jurista, fija su posición en cuanto a la lucha entre causalistas y anticausalistas, así: está con los causalistas en cuanto ellos sostienen la utilidad y necesidad lógica del concepto, pero discrepa en que mientras sólo se ocupan de la causa de algunos fenómenos, y con

⁷ LOPEZ de ZAVALIA, op. cit., pág. 243

⁸ Idem. Págs. 243/4



referencia a la obligación sólo se preguntan por la causa fuente, la final y la ocasional, él entiende que el tema abarca todos los fenómenos y que las causas pueden ser tantas que su estudio desborde las clasificaciones conocidas, por lo tanto, concluye que cada vez que encontremos la palabra en el Código, deberemos indagar a qué fenómeno se alude. Y está con los anticausalistas, cuando sostiene que muchos de los problemas que los primeros creen resolver con la causa, se solucionan directamente con los preceptos que la ley trae acerca de ciertos temas como el objeto, el consentimiento, etcétera. Ello no significa que la causa carezca de interés, sino que se ha llamado, por ejemplo, "objeto" a una de las causas constitutivas del acto. Si designáramos con un vocablo distinto y especial a cada una de las "causas" que puedan presentarse, ya no tendría utilidad hablar de "causa",. Como algo distinto⁸.

Podemos agregar nosotros, que así, estaríamos realmente frente a una discusión acerca de "palabras" y no de conceptos o ideas, pues este de la causa está siempre presente: siempre habrá una causa, aunque la denominemos de otro modo.

"La palabra 'causa' tiene en el derecho dos acepciones diferentes: a) designa, a veces, la fuente de las obligaciones, o sea, los supuestos de hecho de los cuales derivan las obligaciones legales: contratos, hechos (...) b) otras veces, en cambio, es empleada en el sentido de causa final; significa el fin que las partes se propusieron al contratar..."⁹.

Como bien señala, sólo nos interesa el segundo significado, pues el primero resulta ajeno a la teoría del acto jurídico.

Mucho se ha discutido en la doctrina si la causa es o no un elemento esencial del acto jurídico; si debe o no ser considerada. Es más, se ha discutido también acerca del vocablo y de su significado jurídico, y las distintas opiniones subsisten hasta hoy.

Para la doctrina clásica, la noción de causa es definidamente objetiva, y debe distinguirse entre la causa fuente, la causa fin y la ocasional. No existen discrepancias acerca de la causa fuente, como hecho generador de la obligación. La verdadera "causa", es decir la causa-fin, es el "fin abstracto, inmediato, rigurosamente idéntico en todos los actos jurídicos correspondientes a una misma categoría, que persigue fatalmente el autor o los autores de un acto jurídico determinado"¹⁰. Cuando se habla de causa fin, no puede entenderse que están en consideración los motivos personales y psicológicos de cada contratante, sino sólo los elementos materiales que están presentes en todos los contratos, por lo tanto, en los sinalagmáticos, la causa de la obligación de cada parte es la contraprestación a cargo de la otra. No habría causa si no hay contraprestación o si no hay *animus donandi* o intención de beneficiar, en los actos a título gratuito. El derecho debe desestimar la causa ocasional, ya que la variabilidad de los motivos, la ubica en un terreno totalmente subjetivo e irrelevante.

Esta doctrina, a partir de ERNST, fue atacada por ilustres juristas "Planiol la impugnó por falsa e inútil"¹¹. Falsa, porque existiría una imposibilidad lógica de que en un contrato sinalagmático la obligación de una de las partes sea la causa de la obligación de la otra, ya que las dos nacen al mismo tiempo. Inútil, porque la noción se confunde con la de objeto (la causa ilícita no es otra cosa que el objeto ilícito). Por último, el *animus donandi*, en los contratos gratuitos, resulta vacío de contenido si se lo considera de manera abstracta y con independencia de los motivos que verdaderamente inspiraron el acto.

Como bien señala BORDA, el primer argumento no es sólido, ya que, lógicamente, si bien el efecto no puede ser contemporáneo con su causa, no existe, en realidad, esa contemporaneidad: el efecto, que es el acto jurídico, se produce porque las partes, con antelación, han querido obtener lo que la otra prometió al contratar: quiero una determinada cantidad de dinero y por eso vendo mi casa. Por lo tanto, la causa es anterior al acto y no contemporánea con éste.

⁸ BORDA, op. cit., Parte general, II, N° 842, pág. 90.

¹⁰ BONECASSE, Julien: "Supplement" al traité de Baudry-Lacantinerie. 613 : Recueil Sirev. París.

¹¹ Conf. BORDA, op. cit., Parte general, II, N° 844, pág. 91



Los otros son más convincentes: no se advierte con claridad en la teoría clásica, la distinción entre la causa y el objeto en los contratos bilaterales, y tampoco satisface afirmar que el *animus donandi* es la causa en las donaciones; así, también podría sostenerse que la causa de la obligación del vendedor es el propósito de vender. La redundancia es manifiesta y el concepto resulta estéril¹².

Si para la doctrina clásica, la causa es siempre la misma, tratándose del mismo tipo de contrato, no podría explicar este modo de pensar, cómo en algunos la causa es lícita y no lo es en otros, lo que resulta evidente en los contratos gratuitos: el ánimo de beneficiar no tiene en sí nada de ilícito y sólo puede ser considerado así, si se analizan los motivos. También en los contratos sinalagmáticos puede afirmarse lo mismo, ya que "si la causa de la obligación del vendedor es siempre la obligación del comprador de pagar el precio, no se advierte cómo en algunos casos pueda ser ilícita, pues el dinero es siempre el mismo y nada de ilícito puede encontrarse en él"¹³.

Veámoslo con un ejemplo novelesco: una sociedad constituida para cometer crímenes, sería ilícita para la doctrina objetiva, por su causa (cometer crímenes), pero al mismo resultado llegarían los anticausalistas, al demostrarnos que el contrato mismo es nulo por su objeto prohibido*.

A esta concepción objetiva de la causa, se ha opuesto la subjetiva, cuyo mérito es separar una parte de los motivos para introducirlos en el tema causal y permitir así, por parte de los jueces, una apreciación amplia sobre la moralidad del acto en cuestión. "Cuando se una con la concepción objetiva, formando una vertiente subjetiva-objetiva, reúne los méritos de ambas, pues la objetiva juega un gran papel cuando se trata de problemas como el de la *exceptio non adimpleti contractus*, y el del pacto comisorio"¹⁴.

Podemos afirmar que la tesis anticausalista está hoy desacreditada. Así lo confirman la doctrina y jurisprudencia más modernas, que entienden que la causa es uno de los elementos esenciales del acto jurídico.

De todos modos, las críticas de los anticausalistas tuvieron el enorme valor de profundizar el análisis, para lograr un concepto de causa más útil y fructífero, en el que la labor de los jueces ha sido importantísima.

Es evidente que la sola voluntad de los otorgantes, no basta para explicar la existencia, con la tutela jurídica correspondiente, de la obligación. Esa tutela "...no se brinda a una voluntad cualquiera, vacúa e incolora, sino a aquella que tiene un contenido socialmente ponderable. La sola voluntad, escindida de un interés plausible que la determine, no es justificación suficiente de la validez del acto jurídico, puesto que no es un fin en sí misma. Quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende pura y simplemente a despojarse de un bien, transmitirlo, sino que mira a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación"¹⁵.

Por lo tanto, "En los contratos onerosos, la causa para cada uno de los contratantes será la contraprestación del otro, integrada por todos los elementos que han sido determinantes del consentimiento. En los actos gratuitos, la causa será el propósito de beneficiar a un amigo o pariente, a alguien con quien se mantiene una deuda de gratitud, o simplemente a un extraño; o bien el deseo de crear un institución benéfica o de ayudar a las existentes. No se trata ya solamente del *animus donandi*, abstracto y vacío, de la doctrina clásica sino también de los motivos concretos que inspiraron la liberalidad"¹⁶

¹² Idem. Nº 92

¹³

* "Cotizar en bolsa"; original novela que combina todos los elementos del submundo del crimen con el ámbito de los negocios, escrita por David Westheimer, Emecé, 1974

¹⁴ Idem, pág. 248.



Hemos dicho que la concepción subjetiva tuvo el mérito de introducir algunos de los motivos en el tema causal, pero ello no debe llevar a confundirlos en general con la causa. Esta está constituida por el fin concreto e inmediato que ha determinado el consentimiento, que ha llevado a las partes a contratar, mientras que los motivos son aquellos móviles indirectos, más o menos remotos, que impulsan a las partes y que no se vinculan necesariamente con el acto. Por ser subjetivos, intrínsecamente variables y contingentes, resultan imponderables y jurídicamente irrelevantes. Sin embargo, cualquiera de esos motivos puede integrar la noción de causa si expresamente se le otorga tal jerarquía en el acto mismo o si la otra parte conocía que ese era el móvil determinante para la contraparte¹⁷.

Volvamos al ejemplo novelesco: si constituyo una sociedad, será irrelevante para el derecho si realizo el acto para qué, llegado el momento, mis hijos tengan un medio para costearse sus estudios, o, como sigan así las cosas, para vivir dignamente con las ganancias que distribuya, una vez recibidos y ya literalmente «colgados» cual curiosos adornos, sus diplomas de abogados, escribanos, o cualquier otro que los acredite como investigadores de alguna rama científica. Sin embargo, si quien contrata con la sociedad en cuestión, para proveerla de armas o veneno. sabe que se usarán para matar por encargo, el contrato será nulo, porque su causa es inmoral. Aquí el motivo es conocido por ambas partes y ha sido determinante común del contrato. Por lo tanto, ha dejado de ser un simple motivo para convertirse en causa.

C) La causa en nuestro Derecho

La cuestión está controvertida, y no poco ha contribuido en ello la ambigüedad de los textos del Código.

Creemos que cuando el artículo 499. dice que: «No hay obligación sin causa. es decir, sin que sea derivada da uno de los hechos o de uno do los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles», se refiere, indudablemente, a la fuente do la obligación. No existe aquí dificultad alguna.

El problema se plantea con los artículos siguientes: «Aunque la causa no esté expresada en la obligación se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario»(500). «La obligación será válida aunque la causa expresada en ella sea falsa, si se funda en otra causa verdadera» (501). «La obligación fundada en una causa Ilícita es de ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a las leyes o al orden público»(502).

MACHADO, LLERENA, LAFAILLE Y BORDA, entre otros de un amplio sector de la doctrina, con quienes coincidimos, sostienen que ellos aluden a la causa fin, es decir, al significado propio que la palabra tiene en el derecho. Esta es la opinión que ha terminado por prevalecer en nuestra doctrina y jurisprudencia, que ha hecho una aplicación constante y muy fecunda.

COLMO, que había participado de la opinión anticausalista, modificó luego su criterio¹⁸. Cabe mencionar que el propio PLANIOL, en el tratado que escribió en colaboración con RIPERT y ESMEIN, termina aceptando, si bien con reparos, la teoría de la causa¹⁹.

Creo que no sólo se alude en esos artículos a la causa final, sino que también debemos concluir en que la causa constituye en nuestro derecho un elemento autónomo de los actos jurídicos.

Entre los anticausalistas, podemos mencionar a SEGOVIA, SALVAT, GALLI y LLAMBIAS. Este último entiende que en el sistema del Código sólo el sujeto, el objeto y la forma, son los únicos elementos constitutivos de los actos jurídicos. la causa final -apreciada

¹⁵ BORDA; op. cit., Parte general, II, Nº 846, pág. 93, con cita de Belti, Teoría general del negocio jurídico

¹⁷ BORDA, op. cit., Parte general, II, Nº 847. pág. 94



como la causa impulsiva, el móvil o fin determinante de la actividad del sujeto- queda comprendida en la noción de «intención». De carecer el acto de causa final, de intención, será inválido por tratarse de un acto involuntario. Ello no significa que la ley admita la eficacia de cualquier acto intencionado, pues no basta el hecho de serlo, y entrará en el análisis de esa intención para verificar que ella no se tienda en procura de fines ilícitos o inmorales, que tiñan así al objeto del acto: el fin ilícito del acto hace ilícito su objeto (recordemos el ejemplo de «Cotizar en bolsa»). Este autor llega a la conclusión de que en los únicos supuestos en que la causa final tiene relevancia -causa inmoral o ilícita- constituye un aspecto del objeto del acto²⁰.

Esta opinión, compartida por SPOTA, implica sostener la tesis anticausalista, ya que con la interpretación que efectúan del artículo 953 del Código Civil, la noción de causa se ve resumida en la de objeto, pero a diferencia de los causalistas clásicos, que identifican causa y objeto, ellos amplían este último concepto hasta hacerlo abarcar el de causa final. Así, entienden que el artículo mencionado, alude no sólo a la materia del acto en sí mismo, sino también al fin perseguido por las partes y al fin social del acto²¹. Con esta particular interpretación la noción de causa fin resulta inútil.

Por nuestra parte, adherimos al concepto subjetivo de causa, repudiando así la idea de la causa como una finalidad constante en cada acto, Independientemente de la voluntad de los sujetos. Pero, como señala BORDA, sin caer en subjetivismos excesivos y estériles, que no hacen sino desprestigiar la teoría.

Siguiendo, creo que la causa está integrada por todo aquello que fue determinante de la voluntad del sujeto, siempre que esa finalidad haya sido incorporada expresa o implícitamente al acto. Comprende, entonces: 1) *el objeto* en los actos bilaterales (la contraprestación); 2) *los fines o motivos mediatos o personales* (con la salvedad ya dicha de que ellos integren la declaración o sean conocidos por la otra parte de modo tal que de las circunstancias que lo rodean deba concluirse que fueron fundamento de la volición); 3) *el ánimo liberal y la razón inmediata por la cual se hace la liberalidad*, en los contratos gratuitos (reiterando lo dicho, el motivo de la liberalidad será considerado como causa siempre y cuando integre la declaración)²².

Todo aquello que no ha sido expresado al contratar y no se encuentra implícito en la declaración o en la naturaleza del acto, no integrará la causa final determinante del acto. Sólo serán motivaciones íntimas, irrelevantes para el derecho.

La Suprema Corte de Buenos Aires, ha sostenido que «Sin participar de la acepción que a la palabra 'causa' se le ha atribuido en la sentencia, o sea la de ser fuente de las obligaciones, opino no obstante, que la aplicabilidad legal ha sido justa y arreglada a derecho. Entiendo por 'causa', según el concepto prevaleciente hoy en la doctrina, el fin que las partes se han propuesto, o, en otros términos, la razón de ser suficiente de la obligación, lo cual posibilita analizar si ésta, tiene un contenido moral y si no vulnera un principio esencial de justicia...»²³.

De lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que también en nuestro derecho, para que el acto jurídico pueda ser considerado como fuente de derechos y obligaciones, debe tender a una finalidad socialmente útil; debe tener una causa, una razón de ser suficiente, que lo haga merecedor de la protección legal.

Antes de concluir, debe advertirse que existen ciertos actos a los que se denomina abstractos, como los títulos de crédito, en los que la declaración es válida, independientemente de la causa. Ello así, pues es la única forma en la que pueden desempeñar la función económica buscada por el legislador. Esta particular característica puede llevar a error en la consideración

¹⁸ COLMO, Alfredo. Sobre la causa de las obligaciones, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. T. 9, págs. 1 y ss.

¹⁹ Conf. Borda, op. cit., Parte general, II, nota 1.59 al N° 844, pág. 92

²⁰ Conf. LLAMBIAS; op. cit., N° 1480, págs. 354/5.

²¹ Conf. SPOTA, Tratado de derecho civil, 8, Nros. 1825/27.



de tema de la causa: no es que carezcan de ella, sino que la excepción de falta de causa no podrá ser opuesta a terceros. Estamos entonces frente a una cuestión de Inoponibilidad y no de un acto que pueda carecer de causa final.

D) La causa en el distracto

Planteado y analizado el tema de la causa, podemos y debemos afirmar que el distracto busca una finalidad. Debe tener, entonces, una causa o una razón de ser suficiente. Contará, de este modo, con la protección del derecho.

Es lógico que así sea; este contrato no puede celebrarse porque sí, sin un motivo o causa valedera; ello sería irrazonable.

¿Cuál es esa causa? **Ella está constituida por el fin buscado por las partes (la recíproca conveniencia) de no dar curso ulterior al contrato, por razones sobrevinientes; podrá estar comprendida, además, por las contraprestaciones recíprocas (integrantes del objeto del acto), en los casos en que se haya pactado la restitución mutua de lo que cada parte percibió de la otra.** Hablamos entonces de la causa final de este nuevo contrato, cuando analizamos su presupuesto práctico (infra, V. B.).

IX. EL DISTRACTO COMO MEDIO PARA SUPUESTAMENTE SUBSANAR TÍTULOS PROVENIENTES DE DONACION

Recordadas las «nociones previas» y analizado el mutuo disenso, estamos en condiciones de abordar su estudio como medio de supuestamente «bonificar» títulos emanados de donaciones.

Como en el ejercicio de cualquier actividad, científica o no, el derecho y, dentro de éste, la práctica notarial, tiene también sus «modas».

Así, desde hace algún tiempo, nos encontramos que se ha hecho carne en parte del notariado, sobre todo en la Capital Federal, la necesidad imperiosa de distractar donaciones, especialmente aquellas que fueron realizadas a favor de herederos no forzosos del donante. El motivo no es otro que la imperfección, supuesta o no, que tendrían estos títulos.

En otro lugar, ya citado²⁴, hemos efectuado serias críticas a la doctrina que podríamos llamar «clásica», y digo «podríamos» porque, como recordarán quienes hayan leído el artículo, los fallos que allí comenté y que abonan nuestra opinión favorable, en ganara!, a las donaciones, no son precisamente actuales, y sostienen la Improcedencia de la llamada acción reivindicatoria, salvo en los especialísimos; casos en los que surja la existencia de circunstancias positivas y actuales que puedan entrañar el temor de la efectiva acción reipersecutoria.

Por lo claro de sus conceptos, recordaré aquí lo que al respecto dijo el doctor COLMO en un interesantísimo voto: «Por lo demás no hay en el Código Civil ni un sólo texto, ni en el mismo Art. 787 que autorice la acción reivindicatoria contra un adquirente a título oneroso y de buena fe, como el del caso. (Se refiere al típico de impugnación de un título porque entre sus antecedentes nos encontramos con una donación realizada a favor de un heredero no forzoso del donante). Todo transmite en él la protección que para la ley merecen terceros así, que representan el interés general, la firmeza y seguridad de las relaciones jurídicas... **Por ello, preceptos como el del Art. 3955 deben ser entendidos con relación a los casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita** (...) Como en el supuesto de la dación en pago (...), el

²² Conf. BORDA; op. cit. Parte general, II. N° 849 quater. Pág. 98

²³ Voto del doctor SERVINI en autos "Balda. Domingo y otro c/Curuchet. Alejandro P.", del 15/6/54, LL. 76 págs. 204/5.



de autos entraña un exceso de suspicacia: el inmueble cuyo origen se remonta a una donación, es de título impugnabile, no perfecto, ante posible temor de una acción reivindicatoria por parte de eventuales herederos forzosos cuyas legítimas hubieran podido ser afectadas.

El exceso, justificado en buena parte por la tradición jurídica de nuestros primeros comentadores y de varios fallos nada modernos, surge de esta triple y conjunta posibilidad: 1ra. que el donante tuviera herederos legítimos al tiempo de la donación; 2da. que las legítimas de los mismos quedasen disminuidas con la donación; 3ro. que los herederos perjudicados entablaran o amenazaran entablar la acción restitutoria o integradora que les correspondiese.

No es eso, a buen seguro, lo que en el Art. 1425 se mira como 'motivo fundado de ser molestado por la reivindicación de la cosa'. El precepto supone, pues, circunstancias positivas, actuales, que puedan entrañar el humano temor de la efectiva acción reipersecutoria. (...) Todo cuanto se arguye es que no consta que el donante no tuviera hijos naturales. Pero eso es circunstancia negativa, y no positiva; hipótesis y no hecho real. Con ese criterio, el mejor título podría ser observado: la eventualidad de una oculta suspensión de prescripción, de un falso estado civil afirmado en una escritura de venta y otras circunstancias análogas podrían ser alegadas contra el título más formal y categórico»²⁵.

Pero supongamos, por un momento, que la reivindicación pudiera proceder en los casos en que sostenemos lo contrario, o que se tratara de esos especialísimos supuestos, y analicemos entonces la solución que nos proponen: efectuar distractos.

Previo a ello, creo útil efectuar una aclaración y una advertencia:

La primera, que nada de todo lo que podamos decir, tendrá sentido si no partimos de un presupuesto, cual es, de entender que estas donaciones que se pretende distraer, constituyeron contratos ciertos (no simulados), en los que concurrieron los presupuestos externos y estuvieron presentes los requisitos de validez y que, por lo tanto, resultaron eficaces y, también, que quedaron agotados.

La segunda, que pese a haber efectuado una búsqueda exhaustiva en la doctrina civilista, tanto nacional como extranjera, nada he encontrado a este respecto: esto es, no se ha planteado la aplicación del mutuo disenso en las donaciones y, desde ya, tampoco como medio de subsanar la supuesta o cierta imperfección de los títulos emanados de ellas.

« Estamos, por lo tanto, frente a una «creación» estrictamente notarial, que creo absolutamente equivocada, consecuencia de enrolarse, sin mayor detenimiento, en la corriente de quienes se imaginan, en todos los casos, lo que no fue o, aun pudieron haber sucedido, no pueden probar, y, lo que es más importante, ninguno de los supuestos interesados ha intentado. En suma: hipótesis y no hechos reales; circunstancias negativas y no positivas que, obviamente, el derecho no puede tener en cuenta sin grave riesgo para la seguridad y la circulación de los valores.

¿Qué nos proponen?

Efectuaremos el análisis desde dos puntos de vista: el primero, que la propuesta es efectuar un mutuo disenso de estos contratos de donación; el otro, que, pese al nombre elegido, no se trata de esta figura, sino de otra, innominada. No sea que se nos acuse de logomaquia, sosteniendo que atendemos a las palabras y no al fondo del asunto en cuestión.

²⁴ DI CASTELNUOVO; op. cit.

Todo ello, sin dejar de destacar el esfuerzo de quienes han tratado de buscar una solución práctica para que los bienes adquiridos por donación puedan reintegrarse al comercio y sus títulos circular, dando, precisa y generalmente con sorprendente liviandad, primero lucran desestimados.

A) La solución propuesta es el distracto

Si esta es la propuesta, luego de lo dicho hasta aquí, ha quedado descartada: **de ningún modo puede calificarse de distracto» a este nuevo contrato que tiene por fin “bonificar»** (supuesta o ciertamente) **títulos emanados de donación.**

Esta conclusión se impone. luego de haber contestado negativamente la pregunta inicialmente planteada, lo que reiteramos: **no es posible hablar de mutuo disenso, como negocio extintivo de la eficacia, cuando sobreviene con posterioridad a un contrato ya agotado por su cumplimiento.**

Nótese que en los casos en que esta solución es aconsejada, o para decirlo sin eufemismos, impuesta a las partes como medio de subsanación, no encontramos el presupuesto jurídico necesario para la aplicación del mutuo disenso (la relación jurídica existente) y tampoco el práctico (la reciproca conveniencia de las partes en no dar curso ulterior al contrato).

Recordemos que la relación jurídica creada por el contrato de donación, salvo los supuestos que enseguida analizaré, ha cesado. Resulta impensable que se pretenda extinguir un contrato cuyas consecuencias obligacionales han quedado extinguidas por su cumplimiento. Insistimos: un razonamiento lógico se impone: no puede extinguirse lo que ya no es, no puede disentirse sobre lo que no existe.

Obviamente, tampoco podemos hablar de una «conveniencia reciproca» de las partes -debidamente a razones sobrevivientes- de no dar curso ulterior al contrato, justamente porque no hay ya curso ulterior alguno que esté pendiente.

Partiendo del presupuesto o aclaración previa que efectuamos para poder entendernos, la donación que se pretende distractar fue cierta, resultó eficaz y se encuentra concluida.

Veamos por qué: en nuestro ordenamiento, la donación es un contrato unilateral que, en principio, sólo impone obligaciones al donante y no al donatario.

La obligación esencial que tiene el donante es la entrega de la cosa donada. A ella pueden sumarse, eventualmente: 1) la entrega de los frutos, a partir del momento en que fue constituido en mora, de acuerdo con lo prescripto en el artículo 1833; 2) la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios, en los casos determinados en el artículo 2146; 3) la responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa, de acuerdo con los principios generales aplicables a las obligaciones de dar (artículos 579 y 581) y a lo dispuesto por el artículo 1836.

Cumplidos los requisitos formales que deben tener la oferta y la aceptación, y entregada la cosa donada, el contrato ha quedado agotado con respecto a la obligación esencial del donante, ya que las demás obligaciones mencionadas no constituyen sino consecuencias accidentales del contrato, que de ningún modo lo caracterizan y que sólo otorgan a favor del donatario acciones personales contra el donante o a sus herederos, para lograr su cumplimiento o la indemnización de los daños y perjuicios sufridos.

Esa es la situación con la que se encuentran quienes fueron partes de esa donación, que ahora pretenden distractar para supuestamente «bonificar» el título, o, dicho sin ambages, la situación con la que se encuentran los profesionales del derecho, que aconsejan esta singular práctica, por sorpresa de aquellos.

.....
²⁵ Voto del Dr. COLMO en autos “Viero v. Bonahora”, Cám. Civ.1ª de la Capital del 12/8/27; JA. XXV. Págs. 926 a 931.



Dijimos que, en principio, el donatario no tenía obligaciones. «Todo lo demás, el donatario tiene una obligación general de gratitud (...) pero ella no se refiere al cumplimiento del contrato en si mismo, sino a una conducta permanente que es razonable exigir de quien ha recibido un beneficio»²⁶.

Sin embargo, «puede ocurrir que en el mismo contrato el donante imponga al donatario ciertas obligaciones accesorias llamadas 'cargos', que no dependen de la naturaleza misma del contrato sino de estipulaciones especiales»²⁷.

No entraré en el análisis de estos cargos; sólo diré que la inejecución de los mismos, provoca el nacimiento de las acciones por cumplimiento y por revocación; esta última, por su carácter personalísimo, sólo compete al donante y a sus herederos.

Ahora bien, fundado en la obligación general de gratitud, antes mencionada, existe un supuesto en el que ella debe manifestarse positivamente, ya que el donatario, además de abstenerse de realizar actos que importen ingratitud hacia el donante -lo que podría acarrear la revocación de la liberalidad-, debe prestar alimentos al donante, cuando éste no tuviese medios de subsistencia y la donación haya sido sin cargo.

El artículo 1837 del Código Civil, que impone esta obligación, también establece que *el donatario puede librarse de ella «devolviendo los bienes donados, o el valor de ellos si los hubiese enajenado»*.

Entiendo que esta liberación, a la que puede recurrir el donatario «devolviendo» lo donado, constituye un supuesto de rescisión legal.

Con el solo propósito de recordar nociones ya vistas, esta rescisión tiene ese carácter porque no fueron las partes las que previeron en el contrato esta facultad del donatario, sino que fue establecida por la ley. Es también una rescisión unilateral.

Esta obligación del donatario, en caso de incumplimiento, constituye también una de las causales de revocación para el donante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1858 del Código Civil.

Dejando de lado la impropia terminología utilizada por el codificador, circunstancia a la que en general ya nos referimos, de la lectura de los artículos 2665 a 2667 del Código Civil, surge otra excepción.

Ella se presenta cuando las partes están de acuerdo en la existencia de ciertos hechos, como son la ingratitud del donatario y la Inejecución de las cargas que le fueron impuestas, y resuelven rescindir el contrato, sin necesidad de probar el donante en sede judicial las circunstancias mencionadas. Constituye también un supuesto de rescisión legal.

Por analogía, podemos concluir que las partes también podrían ponerse de acuerdo en la existencia de la circunstancia prevista en el artículo 1837 (que el donante no tuviese medios de subsistencia), sin necesidad de probarlo.

Creo que son éstas las únicas excepciones previstas por el ordenamiento para rescindir el contrato de donación.

²⁶ BORDA; op. cit., Contratos, II N° 1562, pág. 358

²⁷ Idem.

²⁸ Conf. LLORENS, Luis Rogelio; Dictado de clases en la U.N.A.

*** "Donar y retener no es válido".

²⁹ RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Tratado de Derecho civil, según el tratado de Planiol, XI, Liberalidad. La ley, Buenos Aires. 1965.

³⁰ GATTARI, Carlos N.; Práctica Notarial, 4, Pág. 113, Depalma, Bs. As. 1987.

³¹ GATTARI: op. cit., idem.

Al respecto, otra aclaración y otra advertencia: la primera, que únicamente podrán aceptarse estas rescisiones, si se dan las circunstancias mencionadas en las normas, lo que deberá mencionarse; la segunda, que aunque resulte obvio decirlo, el supuesto de «bonificación» del título no está previsto.

Agrego que tampoco podría estarlo; *jamás el codificador pudo pensar en esta posibilidad, que implicaría destruir los cimientos sobre los que «edificó» el contrato de donación: su especial y característica irrevocabilidad*, tema que trataré inmediatamente.

Sí, en cambio, puedo imaginar la sorpresa de VÉLEZ SANSFIELD, ante el ensayo de tanto dislate, para supuestamente sanear contratos que, en virtud de su apariencia, no «padecen» de enfermedad alguna que pueda vulnerar las defensas de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (los más), o para evitar las posibles consecuencias de otros (los menos), que sólo el transcurso del tiempo perfeccionará.

Nótese que las consecuencias que eventualmente puede acarrear una donación -para las partes, sus herederos y los eventuales terceros-, han sido impuestas por la ley, que en esta materia es de estricto orden público, y que pretender eludir las es ir en su contra.

Parece que no lo advierten quienes nos proponen solución tan curiosa.

Si bien no es el propósito de este empeño analizar todos los aspectos de la donación, creo necesario recordar aquí cómo ha caracterizado nuestro codificador a este contrato tan especial, al que alguna vez se lo calificó, con singular *acierto*, como un «acto anómalo».

Ello así, pues siempre constituirá un interrogante el fin último que motiva a las partes, especialmente al donante. La ley ha querido, entonces, proteger a quienes pudieran verse perjudicados por esta «anomalía».

Así, puede enumerarse: 1) al propio donante, mediante la imposición de formas solemnes y las previsiones de otras normas, tales como el artículo de nuestro Código; 2) a la familia del donante, con las acciones de reducción y colación; 3) a los acreedores del donante, con lo establecido por los artículos 967 y 970 del mismo Código y algunas disposiciones de la ley de quiebras; y, finalmente, también 4) al donatario, para que la donación no se convierta en un instrumento de dominación del donante sobre él, especialmente, mediante dos institutos: en primer lugar, el requisito de la expresa aceptación de la donación, exigida por el artículo 1792 del Código Civil, y la especial irrevocabilidad del contrato, resultante de lo establecido por el artículo 1802 del mismo ordenamiento²⁸.

Resulta sumamente interesante detenerse en la evolución histórica que condujo a la inclusión de esta última característica del contrato de donación en diversas legislaciones.

No lo haremos pormenorizadamente aquí, pero sí diremos que bajo la influencia del

³² DI CASTELNUOVO: *Mandato oculto. Simulación lícita. Subsanción*. Respuesta a una consulta efectuada a la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires REVISTA NOTARIAL. 915 págs. 415 a 428

³³

³⁴

³⁵

³⁶ ACADEMIA ARGENTINA DEL NOTARIADO. XXVII Seminario Teórico Práctico *Laureano A. Moreira* **** LIN YUTANG, Peonía Roja, Emecé Editores.

³⁷ *Idem*. Pág. 8.

³⁸ *Idem*. Págs. 8 y 9.

³⁹ Cám. Civil 1ra de la Capital, octubre 22 de 1920, «Cosentino v. Chaffardón», JA.. V. pág. 392.

⁴⁰

⁴¹ CARGAT (seudónimo de GATTARI, Carlos N.). La donación convertida y edictada, Revista del Notariado 820, pág. 87.

⁴² ZINNY, Mario A; Las desventuras de Bosenbiente. Perfeccionando un título de donación, 19.

⁴³ *Idem*, págs. 38 y 39.

⁴⁴ DI CASTELNUOVO; Donación a terceros..., op. cit., pág. 559-



Al respecto, otra aclaración y otra advertencia: la primera, que únicamente podrán aceptarse estas rescisiones, si se dan las circunstancias mencionadas en las normas, lo que deberá mencionarse; la segunda, que aunque resulte obvio decirlo, el supuesto de «bonificación» del título no está previsto.

Agrego que tampoco podría estarlo; *jamás el codificador pudo pensar en esta posibilidad, que implicaría destruir los cimientos sobre los que «edificó» el contrato de donación: su especial y característica irrevocabilidad*, tema que trataré inmediatamente.

Sí, en cambio, puedo imaginar la sorpresa de VÉLEZ SANSFELD, ante el ensayo de tanto dislate, para supuestamente sanear contratos que, en virtud de su apariencia, no «padecen» de enfermedad alguna que pueda vulnerar las defensas de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (los más), o para evitar las posibles consecuencias de otros (los menos), que sólo el transcurso del tiempo perfeccionará.

Nótese que las consecuencias que eventualmente puede acarrear una donación -para las partes, sus herederos y los eventuales terceros-, han sido impuestas por la ley, que en esta materia es de estricto orden público, y que pretender eludir las es ir en su contra.

Parece que no lo advierten quienes nos proponen solución tan curiosa.

Si bien no es el propósito de este empeño analizar todos los aspectos de la donación, creo necesario recordar aquí cómo ha caracterizado nuestro codificador a este contrato tan especial, al que alguna vez se lo calificó, con singular *acierto*, como un «acto anómalo».

Ello así, pues siempre constituirá un interrogante el fin último que motiva a las partes, especialmente al donante. La ley ha querido, entonces, proteger a quienes pudieran verse perjudicados por esta «anomalía».

Así, puede enumerarse: 1) al propio donante, mediante la imposición de formas solemnes y las previsiones de otras normas, tales como el artículo de nuestro Código; 2) a la familia del donante, con las acciones de reducción y colación; 3) a los acreedores del donante, con lo establecido por los artículos 967 y 970 del mismo Código y algunas disposiciones de la ley de quiebras; y, finalmente, también 4) al donatario, para que la donación no se convierta en un instrumento de dominación del donante sobre él, especialmente, mediante dos institutos: en primer lugar, el requisito de la expresa aceptación de la donación, exigida por el artículo 1792 del Código Civil, y la especial irrevocabilidad del contrato, resultante de lo establecido por el artículo 1802 del mismo ordenamiento²⁸.

Resulta sumamente interesante detenerse en la evolución histórica que condujo a la inclusión de esta última característica del contrato de donación en diversas legislaciones.

No lo haremos pormenorizadamente aquí, pero sí diremos que bajo la influencia del

³² DI CASTELNUOVO: *Mandato oculto. Simulación lícita. Subsanción*. Respuesta a una consulta efectuada a la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires REVISTA NOTARIAL. 915 págs. 415 a 428

³³

³⁴

³⁵

³⁶ ACADEMIA ARGENTINA DEL NOTARIADO. XXVII Seminario Teórico Práctico *Laureano A. Moreira* LIN YUTANG, Peonía Roja, Emecé Editores.

³⁷ *Idem*. Pág. 8.

³⁸ *Idem*. Págs. 8 y 9.

³⁹ Cám. Civil 1ra de la Capital, octubre 22 de 1920, «Cosentino v. Chaffardón», JA.. V. pág. 392.

⁴⁰

⁴¹ CARGAT (seudónimo de GATTARI, Carlos N.). La donación convertida y edictada, *Revista del Notariado* 820, pág. 87.

⁴² ZINNY, Mario A; Las desventuras de Bosenbiente. Perfeccionando un título de donación, 19.

⁴³ *Idem*, págs. 38 y 39.

⁴⁴ DI CASTELNUOVO; Donación a terceros..., op. cit., pág. 559-



espíritu consuetudinario, la máxima del Derecho Francés «*Donner et retenir ne vaut*»^{***}, fue adquiriendo un nuevo significado.

Se descartó así el principio romano que negaba a las donaciones la fuerza obligatoria de los contratos y subordinaba su eficacia a la exigencia concreta de la entrega de la cosa donada (sentido literal de 9 la máxima).

La máxima tomó, entonces, un sentido jurídico distinto al anterior, lo que permitió la posibilidad de otorgar donaciones sujetas a plazo o condición, aun las vinculadas con la muerte del propio donante,

RIPEAT y BOULANGER sostienen que todo ello llevó a crear una irrevocabilidad más rigurosa que para los otros contratos.

Lo explican, diciendo que «todo convenio es irrevocable, en el sentido de que una vez concluido no puede ser destruido por la voluntad de una de las partes: es ley para todos los que han participado en el (Art. 1134), Pero esa irrevocabilidad está basada en la presunta voluntad de las partes. Estas pueden, pues, reservar a una de ellas los medios de romper el contrato; nada los impide estipular una cláusula de arrepentimiento o subordinar el efecto de su convenio al cumplimiento de una condición que depende de la voluntad de una de ellas.

Los convenios ordinarios son por lo tanto susceptibles de una cierta facultad de revocación. *Eso es justamente lo Imposible en las donaciones. Su Irrevocabilidad especial y característica excluye todo cuanto pueda permitir al donante una retractación de voluntad; no puede reservarse ningún medio, directo o indirecto, de recuperar lo que ha donado*²⁹.

Insistimos en que nuestro codificador ha caracterizado también así a nuestro contrato de donación: es especialmente irrevocable. *Esta es la característica más importante: el donante debe despojarse irrevocablemente de la cosa donada.*

Nótese que el desamparamiento del donante es más irrevocable que actual, ya que no necesariamente debe ser inmediato.

Dijimos que la donación puede realizarse a plazo o aun bajo condición suspensiva, o con reserva de usufructo.

Por lo tanto, *aun cuando fuera posible el distracto, de recurrir a él para obtener la pretendida «bonificación», se estaría otorgando también un contrato de objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 953 y con la noción de causa que hemos aceptado.*

Esa ilicitud surge claramente, por cuanto tras las bambalinas de la «perfección» del título, se burla la ley que ha querido proteger a los herederos otorgándoles las acciones de reducción y colación.

Una vez más no se ha tenido en cuenta que ninguna acción carece de consecuencias y que, por lo tanto, una cosa trae aparejada otra.

La *desacertada interpretación del artículo 3955 del Código Civil* -como portador de una acción reipersecutoria contra terceros adquirentes de buena fe y a título *oneroso*-llevó a la *desaparición de las donaciones de nuestros protocolos, y lo que es peor, terminó por desproteger totalmente a quien se dijo querer defender a toda costa: al heredero preterido, quien difícilmente podrá probar la simulación y quedará carente de toda acción, aun la personal contra el donatario.*

Consecuente con esta postura, se desestiman hoy los títulos de donación a terceros y se pretende que los bienes puedan «volver» al comercio -del que nadie los debió «sacar»-, otorgando contratos contrarios a la ley cuya ilicitud surgió claramente del propio título.

B) La solución propuesta es el otorgamiento de otro contrato, hoy innominado, que subsanaría la supuesta imperfección y constituiría, a su voz, título suficiente para ¿' transmitir el dominio al primitivo donante

Bien podría suceder que al no poder calificar como «mutuo disenso» a este contrato cuya instrumentación nos proponen para supuestamente «perfeccionar» los títulos cuestionados, la propuesta sea en realidad el otorgamiento de otro, aun innominado, que pueda lograr el fin perseguido.

Estaríamos, entonces, frente a un nuevo contrato.

Hablamos ya de la causa del distracto y creo útil retomar la idea, para analizar la causa de este «segundo negocio», al que nos presentan como un distracto, pero que no puede serlo, según vimos. y que no generaría otra obligación que la de restitución, tomando las palabras que utilizara la escribana Teresa Gnazzo, en las ya comentadas Jornadas uruguayas.

Vuelvo entonces al debate a que diera lugar el planteo de este problema en dicho encuentro.

Yo también creo que no es «lo mismo» donar una cosa que «devolverla» a quien me la donó.

Sin embargo, la diferencia entre aquello (donar) y esto otro («devolver»), sólo está constituida por los motivos personales de los antiguos donatario y donante que, aun cuando integren la causa, no pueden por sí descartar otros elementos de la misma y hacernos olvidar la indiscutible gratuidad del acto.

Previamente, y teniendo en cuenta la palabra elegida por la colega, debo aquí reiterar parte del supuesto: la primera donación fue aceptada y el contrato se cumplió, pues si no, «devolver» significaría «no aceptar».

Veamos, pues, cuál es la causa de este nuevo contrato y cuáles son los elementos que la integran.

Creo que aquí radica una cuestión importante, porque conocer la causa de este nuevo negocio, nos permitirá calificarlo.

En primer lugar, es evidente que forma parte de ella el ánimo de entregar gratuitamente la cosa al que de propósito no llamo «ánimo liberal», aunque lo es-, y también la razón inmediata por la cual esa entrega se realiza, si este motivo integra expresa o implícitamente la declaración de las partes.

En la solución propuesta, ese motivo sería la pretendida «bonificación del título»,

Quienes nos proponen esta solución, nos dicen que la liberalidad no forma parte de la causa del nuevo contrato, pues no tiene ese ánimo el donatario al «devolver» la cosa que le fue donada.

Supongamos que ello es así. De este modo, los motivos personales que impulsan al donatario, pueden ser innumerables.

Aquí es la pretendida «bonificación», pero podrían ser otros, tan válidos como aquél. Puedo haberme enojado con el donante y al «devolverle» lo que de él recibí (léase entregarle gratuitamente), sentir que nada le debo; puedo considerar que los motivos que lo llevaron a donar no son hoy aceptables para mí, y mil más.

Sin embargo, no pudiendo desandar el camino, dada la especial característica de irrevocabilidad de la donación recién analizada, sean cuales fueren los motivos concretos que inspiran ahora al donatario y aun cuando ellos integren la causa de este nuevo contrato, lo cierto es que analizada la función económica, se produce un empobrecimiento del último y un enriquecimiento del antiguo donante, hoy aceptante.

Hemos adherido al concepto subjetivo de la causa, pero, repetimos, sin que ello implique



caer en subjetivismos excesivos y estériles.

Podrán las partes calificar como quieran a este nuevo contrato. Pero, como hemos demostrado, *si no podemos hablar de mutuo disenso como negocio extintivo de la eficacia*, pues no puede extinguirse lo que ya no es (la donación quedó agotada), *es evidente que estamos en presencia de un nuevo negocio de efecto obligacional y no extintivo*.

De haber sido oneroso el primer contrato, no dudaríamos en calificar al nuevo como otro también oneroso, pero de sentido inverso. independientemente de otros motivos que las partes puedan tener. ¿Por qué dudar cuando el primero fue una donación?

Al producirse el empobrecimiento patrimonial del donatario, la única categoría que puede tener este nuevo negocio es la de la donación, pues no hay contraprestación.

Esto nos lleva a concluir que en el momento en que se «devuelve» sin contraprestación alguna, existe allí una parte de la causa que es abstracta y que está fuera de la voluntad de los sujetos, y entonces estamos en presencia de una liberalidad distinta a la originaria.

No son las partes las que pueden calificar este negocio, sino el intérprete. Ocurre lo mismo que en otros: cosa por precio es compraventa, cosa, por nada es un contrato gratuito, lo llamen como lo llamen.

Poco es lo que encontramos escrito con respecto a la causa del distracto utilizado como medio para subsanar títulos provenientes de donación. Es más, creo que lo que podemos advertir es un comprensible *lapsus* acerca de ella en el nuevo contrato o el ensayo de alguna explicación, a mi juicio, no satisfactoria.

GATTARI, luego de entender que el distracto es un negocio jurídico en el que las mismas partes que intervinieron en un contrato original o sus derechohabientes, extinguen las obligaciones y retiran los derechos reales, dice que ello se produce “*invocando los mismos títulos, condiciones y causa con el fin de volver determinada situación jurídica, al estado anterior...*”³⁰

Dejo de lado, para no reiterar, lo dicho sobre la imposibilidad lógica de «extinguir» lo que ya no existe y, también, acerca de la impropiedad de decir «retirar los derechos reales», para concentrarnos en el tema de la causa.

GATTARI continúa diciendo: «Con tales explicaciones se puede, contestar esta pregunta: si observamos la donación a tercero, ¿con el retracto no nos hallamos en la misma situación?, porque quien retracta y retransmite el dominio por el mismo título, ¿resulta que ahora dona él también a tercero! Pero no es así: determinada situación jurídica vuelve al estado anterior, *como si el contrato originario no se hubiese celebrado do. Lo que predomina es la situación originaria,* en consecuencia, el tercero donatario no dona, sino que retracta la donación en favor suyo. No hay aquí una donación distinta de la anterior: se trata de una única donación que queda como si no se hubiese celebrado»³¹.

Creo haber demostrado que no puede sostenerse esta opinión.

El nuevo contrato nada tiene que ver con la primitiva donación, con excepción de la cosa, que fue objeto antes y lo vuelve a ser hoy.

Tampoco la propuesta podría ser interpretada como el otorgamiento de donaciones mutuas, porque *las donaciones mutuas no son reducibles, siempre y cuando se trate efectivamente de donaciones mutuas, las que, de acuerdo con el artículo 1819 del Código Civil, son aquellas que dos o más personas se hacen recíprocamente en un solo y mismo acto*³².

Si tuvo lugar la primera donación, de ella se derivaron derechos.

Recordemos, una vez más, que *no es posible que las partes destruyan a través de la destrucción del negocio, los efectos que ya se han producido para los terceros o aquellos sobre los que se fundamenten posteriores efectos para dichos terceros*³³.



Es evidente que los herederos del donante, son también «terceros», para quienes el otorgamiento de la donación, aceptada y cumplida, *eventualmente puede generar consecuencias* sobre las que se «fundamenten posteriores efectos».

La eventualidad, será que la donación resulte inoficiosa; *las consecuencias*, el nacimiento de las acciones previstas por el ordenamiento. Consecuencias, insisto, imperativamente impuestas.

Pretender neutralizar los efectos de una donación con otro contrato gratuito, lejos de «bonificar» el título, complica la situación jurídica ya querida por la ley, pues *el nuevo otorgamiento implica sumar a los posibles herederos legítimos del donante, que supuesta o realmente tengamos, otros, también posibles y, por qué no, también supuestos, cuales son los del donatario, ahora transmitente*,

Si antes se temía por el posible ejercicio de una acción de reducción, se deberá ahora temer por el de dos,

Sostuvimos que no es posible hablar de mutuo disenso, como, negocio extintivo de la eficacia, cuando sobreviene a un contrato agotado por su cumplimiento.

Lo hicimos porque entendimos que toda voluntad posterior semejante es vinculante como alargamiento del mismo tipo contractual, pero con signo contrario: quien fue donante es ahora donatario y viceversa.

He citado recién al colega y amigo CARLOS GATTARI. Sé que lo guía la búsqueda constante de la solución práctica para cada uno de los problemas que se nos presentan en nuestras notarias. El «distracto» no es una excepción.

Me siento cómodo cada vez que nos encontramos y discurrimos, aun en el disenso, acerca de cualquier tema.

También hemos conversado del que aquí nos ocupa y sé que cuento con su aprobación al decir que guarda serias dudas acerca de estas «bonificaciones». A su respecto, dos cosas: la primera, mi agradecimiento por sus enseñanzas y por su obra; la segunda, el reconocimiento a su honestidad intelectual.

Me ha dicho que hoy ya no aconseja «invocar los mismos títulos, condiciones y causa con el fin de volver a la situación anterior».

Ello no es casual. El mismo me informó que el Registro de la Propiedad de la Capital Federal, ha rechazado algunos de esos «distractos». pues solicita se aclare que, de ser así, en realidad se está donando nuevamente.

Esta interpretación no hace más que darnos la razón al entender que tras la fachada de estos «distractos» que invocan la misma causa fin, si son ciertos, no hay otra cosa que nuevas donaciones. Claro que sigue aceptando su inscripción si el instrumento porta «rescisiones», con lo que, obviamente, no concordamos.

C) Una consideración común a ambas propuestas

Con el fin de «reintegrar» estos bienes al comercio, no faltarán quienes propongan el otorgamiento del distracto, invocando las excepcionales circunstancias que surgen de los artículos 1837 y 2665 a 2667 del Código Civil, cuando ellas no se dan, o simulen el otorgamiento del negocio de signo contrario.

Descontando el fin práctico perseguido y la sana intención que los impulse, *la simulación no sólo será ilícita (su causa lo es) sino también fácilmente demostrable.*

Tengo ante mi vista un ejemplo clarísimo:

En 1978, dos personas -hombre una, mujer la otra-, adquieren en condominio y a título



de venta, un inmueble: en 1981, él-soltero-, le dona a ella -divorciada- su mitad indivisa; en 1992, ella vende la totalidad del bien a un tercero; en 1993, este último lo promete en venta a otra, con quien otorga un instrumento privado y el vendedor percibe algo más del cincuenta por ciento del precio pactado.

Todo había transcurrido sin tropiezos, bajo la aparente perfección de los títulos.

Pero... -siempre hay un pero- hete aquí que el escribano designado, de cuya buena fe no puedo dudar, observó el título *«como consecuencia de la donación formalizada por (...) a favor de una persona que no es heredera forzosa y que, por ello está sujeta a reducción mediante una acción reipersecutoria (...). Por ello, y a efectos de sanear el título observado, han convenido en retrotraer; mediante distractos, la situación al estado original de condominio...»*.

Bueno ¿qué tenemos ahora? Habemos un instrumento de cuya primera, simple y lega lectura, se deduce que todo es una gran farsa. La realidad no puede ser más que una: tras la fachada de esta singular piola jurídica, no podemos imaginar qua haya vendido sino quien dobla hacerlo: el último titular, quien, por supuesto, debió cobrar el precio.

Me pregunto y pregunto: ¿quién puede creer otra cosa? Podemos discurrir y disentir acerca de la apariencia del título que tenía el titular; dirán unos que era buena; creerán otros que no.

Nadie, en cambio, puede crear en la apariencia del distracto otorgado.

Dejando de lado su inviabilidad jurídica como mutuo disenso (primera propuesta) o su objeto ilícito considerado como otro negocio de signo contrario (segunda), la simulación surge a primera vista, y sin duda surgirá también para Su Señoría, cuando le corresponda juzgar.

Cuando me entrevisté por primera vez con la titular actual, le pedí que exhibiera tu título de propiedad.

Al entregármelo, lo hizo con aprehensión. Empezaba a leerlo, cuando revivió -en un instante- todas las dificultades pasadas. Un momento más y narró los hechos:

Efectuado el «diagnóstico», y luego de dos meses de angustia, consiguieron reunir a todos los que habían participado en cada una de: las transmisiones.

Nadie entendía nada (tampoco pudieron hacerlo después) y quien había donado trece años antes era quien más se negaba a firmar.

Este buen señor no quería manifestar que «recibía» lo que no recibía. esto es el precio de la venta, dinero que. le «entregaba» quien nada le entregaba, o sea la compradora por boleto. Caprichoso el hombre.

A su vez, me preguntó: «¿todo está bien, no?», pues «si algo habrá que aclarar», no podía hoy conseguir al primitivo donante, con quien ya había discutido con motivo de la firma del instrumento mencionado, y con quien había hecho lo propio quien le compró a la ex condomina.

Nada le había preguntado yo al respecto. A mi vez, pregunto: ¿qué otra cosa que lo narrado le diría al juez al absolver posiciones?

También dijo que le pagó el saldo de precio a quien le vendió por boleto: «Escribano, los papeles dicen otra cosa, pero ¿a quién otro podía yo pagarle, más que al dueño?».

Por lo tanto, el escribano, mientras redactaba que los hechos ocurrían de un modo, vera que sucedían de otro. ¿Cómo podemos nosotros, depositarios de la fe pública, defender semejante instrumento?

Así las cosas, cualquier heredero del donatario podría Impugnar con éxito este supuesto distracto.

Claro qua me dirán: «Escribano... piense que quizá la primera donación tampoco fue cierta ...piense que seguramente los titulares eran concubinos y quizá él el único dueño ...quizá la 'donación' formó parte del arduo punto final a su relación ... Así las cosas, ¿creo realmente que alguno de los herederos de la donataria vendrá a oponerse?».



Yo les contestaré: No, no lo creo. Aun cuando les sería muy fácil probar la simulación, difícilmente se presenten. Por otra parte, en este caso, la donataria no ha quedado totalmente al margen del «nuevo negocio», pues hubo de «vender» nuevamente su parte indivisa.

También les diré, con mucha más seguridad, que tampoco los supuestos herederos del donante se hubieran presentado a ejercer la acción que tanto temen y que de hacerlo tendría carácter personal contra la donataria.

Sin embargo, en tren de suponer, como lo hacen, mi imaginación también puede tomar vuelo:

Quizás no eran concubinos sino amantes, quizás él tampoco era soltero sino viudo, vuelto a casar en segundas nupcias, divorciado, reincidente en terceras y padre de diez hijos, y por eso simuló su estado civil, engañándola también a ella y quizás a otras... y quizás...

Claro que también podríamos imputar al «donante», si no fue tal, un error más grave, aunque no muy jurídico. Como diría mi confidente -el ya citado filósofo recibido en estaños y cordones- «mi amigo a las amantes se las debe amar, no convertirlas en propietarias y menos con título».

Bromas aparte, el intérprete podrá imaginar, suponer o sentirse tentado de utilizar su capacidad deductiva, al mejor estilo del Dr. Bell -inspirador del famoso personaje de Arthur Conan Doyle-, para descubrir la realidad de los hechos que puedan ocultarse detrás de cada título.

Sin embargo, lo probable es que no tenga el virtuosismo del notable galeno, para sus acertados «diagnósticos», y aunque así fuera, no será ésa la conducta que de él espera el derecho.

Al analizar un título, el intérprete debe tener en cuenta los hechos y las circunstancias que surjan inequívocamente de él. No pueda ni debe atender circunstancias negativas o meras hipótesis.

Esa es la tarea que debió realizarse con respecto al título en cuestión.

En definitiva, reiteramos que *el camino elegido complica la situación, porque o bien estamos frente a una simulación ilícita y comprobable o, de tratarse de otro negocio de sentido inverso, la acción -tan temida se duplica.*

El título primitivo era el que debía circular, pues su apariencia así lo imponía. La reivindicación (cuánta veces más lo diremos) será afectivamente posible, ya por la mala fe en la última adquisición, ya porque la adquisición de referencia es gratuita, lo que habrá que demostrar.

Pero no, tendremos ahora que resignarnos a la pésima apariencia de estos títulos «saneadores» y rogar para que realmente esos herederos del donatario no se presenten o citar a todos nuevamente para que manifiesten en un nuevo acto que el último fue simulado y todo quede como estaba.

Mientras tanto:

- 1) La colega que había autorizado la donación fue denunciada en la delegación correspondiente a su registro. lo que, obviamente. no pasó a mayores.
- 2) Como no podía ser de otro modo, quedó en el ánimo de alguno de los involucrados la sensación de que «algo mal había hecho», porque el «escribano de la capital era una persona muy versada que gozaba de gran reputación», según dijo.

Tema aparte es el fiscal: justificación del dinero invertido por la donataria en la compra o inversión que a continuación habrá hecho: nueva declaración del donante que ahora enajena

onerosamente lo que ya declaró fue una operación gratuita, etcétera.

Más importante aún es la transformación de bienes propios en gananciales.

Probablemente el donatario sea hombre casado, o haya contraído nupcias después de recibir la liberalidad.

Mi amigo, el filósofo, tiene muy clara esta cuestión: teniendo la felicidad asegurada al alcance de la mano ¿por qué no se iba a casar? (no deja de preocuparme que mi amigo continúe soltero).

Lo cierto es que el donatario-propietario, luego de estos otorgamientos, seguramente adquirirá otro bien, el que ya no será propio, lo cual contraviene el orden público que impera en la materia, convirtiendo en ganancial el bien de reemplazo.

Consecuencia ésta evitable si se otorgara una donación de dinero en efectivo del donante al donatario. ¿Por qué no? Ya que estamos, sigamos simulando.

No hay, por lo tanto, un verdadero consenso en dejar sin efecto el contrato, lo que sólo es posible -como sabemos- en determinadas y especialísimas circunstancias, sino que lo que se pretende es una mejor circulación del título, justamente en donde primero se lo ha cuestionado.

El mutuo consenso en convenir un mutuo disenso en los casos de «bonificación de título», no tiene como objeto dejar sin efecto la donación, sino simular el acto para obtener (de acuerdo con lo que se sostiene) el fin buscado.

X. POSIBILIDAD DE QUE EL DISTRACTO SEA OTORGADO , POR LOS SUCESOSES DE UNA O DE TODAS LAS PARTES QUE INTERVINIERON EN EL CONTRATO ORIGINAL

Con rigurosa metodología, debimos haber tratado este tema, cuando analizamos las características del distracto en general (concepto, presupuestos de su aplicación, límites, formas, posibilidad en un contrato agotado, etcétera).

Sin embargo, lo hacemos aquí, examinada ya la figura, en la creencia de que ello ayudará a nuestros lectores a comprender definitivamente la inviabilidad de estas supuestas subsanaciones.

Al respecto, creo que *estando presentes los presupuestos del instituto. es jurídicamente posible que el distracto sea otorgado por los sucesores, singulares o universales, de las partes.*

No veo inconveniente alguno en qua, cedidos los derechos a un tercero, o fallecida alguna o todas las partes intervinientes en el contrato original, el distracto sea otorgado por los sucesores.

Un ejemplo puede ayudarnos: se otorgó un contrato de alquiler. Transcurrido un cierto lapso, el inquilino, con el consentimiento del locador, cedió sus derechos: luego, falleció este último; posteriormente, las partes (cesionario singular del locatario y herederos universales del locador), por recíproca conveniencia debida a razones sobrevinientes, resuelven rescindir el contrato.

Ello es jurídicamente viable. Se han transmitido derechos; en el primer caso, por acto entre vivos; en el segundo, por disposición de la ley. Los titulares actuales de esos derechos, con los límites ya analizados, deben tener la libertad de disponer de ellos, de la manera que entiendan más conveniente para sus intereses, lo que el ordenamiento no puede impedirles.

GATTARI parece opinar que ello es posible. Así, de su definición de distracto, antes citada, surge «... es aquel negocio jurídico en que las mismas partes que intervinieron en un contrato original o sus derechohabientes.. »³⁴

Digo «parece», porque en otra parte de la misma obra sostiene lo contrario, cuando expresa: «El carácter básico del distracto es la identidad objetiva y subjetiva con el contrato



originario. (...) Las partes -deben ser las mismas...». También: «... es un derecho que no pasa a los herederos...»³⁵.

Pero, repetimos, deben estar presentes los presupuestos del instituto.

Cuando ellos no se dan y los sucesores de las partes pretenden distractar, es quizás cuando más fácilmente se puede apreciar lo que antes, citando a MESSINEO, dijimos sobre el principio de irresolubilidad del contrato.

Veamos. En el XXVII Seminario de la Academia Argentina del Notariado, el Dr. Miguel N. Falbo se refirió al distracto. Allí expuso la posibilidad de que el mutuo disenso fuera otorgado por los herederos de una de las partes, y dió ejemplos³⁶.

Tomemos el de la donación del tío -casado- a favor de su único sobrino, efectuada varios años atrás. Fallece luego el donatario o, agreguemos, el donante, o ambos. Del ejemplo surge que la donación fue cierta, gratuita y, también, que el contrato quedó agotado por su cumplimiento.

No surgen cargos ni se invoca su existencia luego. Tampoco ingratitud del donatario. Vendrían ahora el donante y los herederos del sobrino, o viceversa, o los herederos de uno y otro, a decir que la dejan sin efecto.

¿Cómo podemos sostener que agotado el contrato, no ya quienes fueron parte (lo que dadas las circunstancias mencionadas tampoco podrían hacer) sino sus herederos, pueden más tarde decir que lo que ocurrió queda sin efecto?

En palabras sencillas: mi padre donó, vendió, etcétera, a determinada persona. Sus herederos. «invocando las mismas causas» o invocando ninguna. venimos hoy a decir que todo ello queda *como* si nada hubiera ocurrido. ¿Cómo no advertir que lo que pasó ya fue? ¿Cómo no advertir que no podemos volver atrás en el tiempo para cambiar lo que ya es historia?

Podemos sí cambiar las consecuencias no realizadas de los hechos. Podemos decir que el contrato de alquiler termina aquí y ahora, aunque el término estipulado inicialmente no haya transcurrido en su totalidad. y quienes lo celebraron ya no existan.

No podemos, en cambio, decir que hubo contrato de donación o compraventa o cualquier otro, y ahora volver sobre el camino andado, como si nada hubiera sucedido.

Ello sólo sería posible en el «Túnel del tiempo», interesante serie televisiva que todos recordarán.

Pues bien, no existe el «Túnel del tiempo». El tiempo que pasó. ya no es. y debiéramos tratar de no perder el presente pergeñando construcciones jurídicas que no terminamos de evaluar.

Nos encontramos aquí con convenciones que generaron obligaciones para las partes, que fueron cumplidas en su totalidad. y por ..lo tanto. cesó la eficacia de esos contratos, que permanecen entonces como «títulos», que justifican la adquisición de los derechos transmitidos, como vimos al comienzo. *¿Cómo fundamentar este derecho que tendrían los sucesores de cambiar la voluntad de los primitivos otorgantes volcada en contratos ya agotados?*

Toda nueva voluntad semejante, reitero, será vinculante para las partes (originales o sus herederos) como otorgamiento de un nuevo contrato, que de ser gratuito, lo será tanto como el primitivo, sobre cuyas consecuencias se quiere intervenir.

« Hablé recién del «Túnel del tiempo» y dije que no existía. Sin embargo, existe un «TUNEL» en cierto modo. Lo contrario, significaría -negar el admirable y sorprendente misterio de quienes "ven" antes que los demás o «hacen» y operan de forma distinta al resto de los mortales, tema éste vinculado hoy con la religión o con la magia.

Creo, en cambio, que él está ligado a cierta «fuerza», que quizá algún día nos será dado conocer.

Me refiero a esa fuerza entendida en sentido antropológico, que debe ser interpretada no como la adhesión a un culto en especial, sino como la capacidad que todo hombre tiene



de revincularse con los demás, con el mundo y también con DIOS, para hacerla, por último, consigo mismo y obtener; así una ligazón especial por la cual puede lograr aquello que habitualmente consideramos imposible.

Hablé antes, utilizando el lenguaje adolescente de nuestros hijos, de las cosas que «fueron». Ellas no son hoy ni pueden volver a ser mañana. Así ocurre en los distractos que nos proponen.

En el sentido del «TUNEL» que sí existe, en cambio, ciertas cosas que nos sucedieron ayer; nos permiten vivir nuestro presente hoy y nos posibilitan un mejor futuro mañana.

Cosas que han sido pero que, da ese modo, siguen siendo hoy y estarán también presentes mañana.

Alguna vez leí algo que dejó una particular impronta en mi ser adolescente y que ahora vuelve a mi memoria. «Hay cosas que hacemos en la vida que nos sobrevivan. Ciertos acontecimientos pasan, pero queda su recuerdo que nos asalta por sorpresa». Seguía luego la frase con una advertencia muy dura: «La pasión es transitoria, el remordimiento, eterno»***.

Habrá que tenerla en cuenta. Podría resultar cierta.

XI. CLAUSULAS COMPLEMENTARIAS EN ESCRITURAS DE VENTA DE INMUEBLES PARA «SANEAR» TITULOS PROVENIENTES DE DONACION

En el seminario recién citado, también fue presentada una cláusula para «PREVENIR LAS CONSECUENCIAS DE UNA INCIERTA ACCION REIVINDICATORIA», sin tener que llegar al distracto y, a juicio del autor, con igual resultado práctico y saneador.

En el comentario preliminar, el Dr. Falbo efectúa un análisis de la fijación de la legítima en nuestro Código y de la acción de reducción, a la que considera de alcance «personal», de acuerdo con el artículo 3477.

Sin embargo, dice que «no puede dejarse de lado el Art. 3955 (...). Por más que el donante haya declarado que no tiene cónyuge, ni ascendientes, ni descendientes (...). Siempre cabe la duda (de) que en el futuro, aun después de su fallecimiento, tal declaración pueda quedar invalidada por circunstancias y pruebas que la desvirtúen»³⁷.

No volveré sobre esta cuestión. Sólo recordar al lector el voto del Dr. Colmo ya citado: «Con ese criterio, el mejor título podría ser observado: la eventualidad de una oculta suspensión de prescripción, de un falso estado civil (...) y otras circunstancias análogas podrían ser alegadas contra el título más formal y categórico». (supra IX).

Veamos sí la cláusula.

«Como una manera de aventar el peligro de esa eventual acción reipersecutoria, consideramos conveniente que si el donante está vivo y es persona capaz, en el momento en que el donatario transmita el inmueble a un tercer adquirente, a título de venta, comparezca al acto notarial y formule una declaración (...) de manera que quede probado que la donación que había efectuado no perjudicó la legítima del eventual heredero por no haber disminuido valor líquido de la masa hereditaria»³⁸.

Instrumentada la compraventa por el donatario (sobrina de la donante en el caso) a favor de un tercero, entregada la cosa y pagado su precio, comparece entonces la donante y después de referirse a la donación antecedente «Agrega que en -virtud de no tener herederos forzosos, efectuó la antedicha donación con la Intención que su nombrada sobrina (...) resultara ser la única beneficiaria de ese bien al producirse su fallecimiento. Que sin embargo.



circunstancias y necesidades económicas posteriores, la condujeron a modificar su decisión, razón por la cual, con la conformidad de su sobrina (...) reciba en este acto el importe total del precio de la venta de dicho inmueble que en este acto se transmite al comprador (...) por lo que su patrimonio personal no se ha reducido en absoluto como consecuencia de la donación antes dicha, debiendo considerarse a los efectos legales, que la actual vendedora (...) ha actuado como su mandataria, y que la donación tuvo la categoría de un negocio jurídico indirecto de mero apoderamiento. Por tanto, en cuanto resulte procedente conforme a derecho, por su parte, ratifica y confirma en todas sus partes el contrato de compraventa que se formaliza por la presente».

Analicemos esta cláusula:

- 1) La donación otorgada transmitió la propiedad a la donataria en forma irrevocable, de manera tal que pudo disponer de ella como dueña que era.
- 2) Ninguna circunstancia o necesidad económica posterior, (aunque estuviere prevista en el contrato de donación -artículo 1802 del Código Civil-) le da derecho a «cambiar de opinión». Podrá revocar la donación -lo que no es lo mismo- de acuerdo con el artículo 1858 de nuestro Código. si el donatario se negara a prestarle alimentos, ante la circunstancia prevista en el artículo 1838 del Código Civil (donante sin medios de subsistencia), que también puede dar lugar al distracto (supra IX. B.).
- 3) ¿Quién vende? La cláusula puede interpretarse de dos formas: una, que lo hace la donataria quien luego entrega el producido de la venta a la donante: dos, que es la donante quien lo hace, ya que afirma que la donataria actúa como su «mandataria».

La donante dice al final que ratifica la compraventa, con lo cual no hace sino reiterar que existe un contrato de mandato con la donataria-transmitente, pero también dice confirmar el acto, para lo cual sería imprescindible mencionar el vicio del que el acto adolece, lo que no se hace: claro. ¿de cuál vicio se podría hablar?

En fin, solo cabría agregar que el hecho de que la sobrina-donataria entregue el producido de la venta a la tía-donante, con lo que el patrimonio de la última no tendría mengua, no significa que no haya lugar para las acciones de colación y de reducción, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1819 del Código Civil (donaciones mutuas), lo que parece tampoco se ha tenido en cuenta.

Lo contradictorio, amén de complejo. y la multiplicidad de las eventuales derivaciones de la cláusula, creo que me eximen de otros comentarios.

XII. UN CASO DE JURISPRUDENCIA

Son pocos los casos de «distractos» de donaciones, supuestos

He aquí uno, muy interesante.

Como sucede en otros casos, la síntesis del fallo puede inducir a *error* (igual que la de «Escary v/Pietranera»).

La de éste, dice: «Devuelta la donación por la hija a su padre, no existe nueva donación, sino anulación de la primitiva, siendo en tal carácter un título perfecto el del padre sobre el inmueble donado»³⁹.



De tratarse de una donación concluida y agotada, la doctrina mencionada Sería contraria a nuestra postura. Sin embargo, de la lectura del fallo, surge otra conclusión. Veamos.

Se trata de un fallo de segunda instancia, de la Cámara Civil 1ra de la Capital del 22 de octubre de 1920.

JUAN CAZALES donó a su hija «legítima y heredera forzosa» Adela, un inmueble. Posteriormente, la hija «devolvió» la cosa a su padre por escritura a la que se calificó como «renuncia» o «restitución».

Del voto del doctor Juárez Celman, surge que posteriormente el padre vendió el inmueble a un tercero, pactándose títulos perfectos; *el comprador se negaba a escriturar* por entender que los del vendedor no lo eran, toda vez que los herederos de Adela Cazales podrían demostrar la inoficiosidad de la donación e intentar la acción reivindicatoria.

No entraré en el análisis de si asistía o no razón al comprador y de su temor, que solo podía fundarse en lo estipulado en el artículo 1425 del Código Civil. Lo hemos hecho en otro lugar⁴⁰, y aquí también algo dijimos, al transcribir en parte el voto del doctor Colmo (supra IX).

Sí me detendré en la calificación del segundo negocio, pues, el doctor Juárez Celman *no duda en decir que esa «renuncia» o «restitución» es una nueva donación*. Esto es, reiteramos, un nuevo negocio de efecto obligacional y no extintivo.

Así, dice: «Dentro del sistema de nuestra ley, *aceptada y escriturada una donación*, el donatario no puede después dejarla sin efecto; sino en los términos establecidos por el Art. 1200 del Código Civil, es decir, que las partes pueden por mutuo consentimiento *extinguir las obligaciones creadas en el contrato de donación, pero no pueden aniquilar retroactivamente dicho contrato al punto de considerar como si nunca hubiese tenido lugar*.

En el caso de autos la renuncia o restitución (...) importa en realidad, una nueva donación hecha por la segunda al primero y sujeta a todos los principios legales que rigen el acto...».

De todos modos, el juez encuentra en el caso una circunstancia que, para él, aleja toda duda en cuanto a la perfección del título, que estaría dada por la obligación que tenía la hija de colacionar oportunamente, ya que al hacer la donación «no se expresa que deba ella imputarse al quinto del donante, en el silencio (...) debe entenderse que es hecha como un adelanto de la legítima...» por lo que, «el acto que ella realizó en vida del padre no era más que anticiparse a una obligación.».

Hasta aquí, encontramos contradicción, pues por un lado sostiene que las partes no pueden aniquilar retroactivamente la primera -donación -aceptada y escriturada- (léase cumplida) y que la «renuncia o restitución» es una nueva donación, y por otro nos dice que la hija no hizo sino anticiparse a una obligación, que era la de colacionar el valor o «lo que era mejor aún, el mismo inmueble».

Sin embargo, del voto del doctor de la Torre, surge la circunstancia que realmente se tuvo en cuenta.

Si bien distingue entre donaciones efectuadas a herederos forzosos y a terceros, luego de mencionar la nota al artículo 3477 del Código Civil, entiende que en el primer caso «la donación es un contrato que tiene por efecto transferir el pleno dominio de las cosas al donatario, y sin que quede sujeto a revocación a la muerte del donante por haberse excedido éste en su parte disponible».

Agrega que «de acuerdo con estos principios legales, es indudable que si la donación hecha por don Juan Cazales a su hija legítima y heredera forzosa Adela (...) hubiese sido un acto perfectamente válido y eficaz, y debiese, en su consecuencia, reputarse que, en su virtud, la donataria adquirió el dominio pleno de la finca donada, sin más responsabilidad que colacionar oportunamente su valor en la sucesión del donante, *los títulos* presentados por el vendedor *no serían en realidad perfectos, desde que la segunda donación hecha por aquélla a favor de su propio padre*, de la misma finca que éste antes le había cedido gratuitamente, *podría, en caso*



do ser inoficiosa, dar lugar a una ulterior acción reivindicatoria de parte de los hijos de la donante, por no ser hecha en favor de un heredero forzoso... «.

Recién aquí aparece la circunstancia que no surge de la síntesis ni tampoco de lo dicho por el preopinante.

De la Torre, continúa, diciendo: «... pero como, a mi Juicio, *no es posible acordar a la primera de dichas donaciones plenos efectos civiles, por adolecer de defectos que la hacían anulable, en razón de haberse efectuado violando la disposición legal que prohíbe al marido donar los bienes raíces del matrimonio sin consentimiento de la esposa mayor de edad*, creo que son infundados los temores que manifiesta el comprador.

Dado el vicio que hacía anulable la primera donación, debe presumirse que el propósito e intención de las partes hacer y aceptar, respectivamente, la segunda, no fue celebrar un nuevo contrato independiente del primero, sino simplemente anular éste, restableciendo las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración, a fin de evitar los perjuicios e incomodidades que les podría ocasionar su nulidad posterior».

La única duda que queda, y que habría que considerar en otra oportunidad, es si pueden invocar el vicio para distraer a quienes no están habilitados para ejercer la acción de nulidad.

Vemos entonces que *el juez votó como lo hizo porque el primer contrato era anulable y que de no haberlo sido, el segundo hubiera constituido una nueva donación, tan gratuita como la primera*.

XIII. ANTES DE LAS CONCLUSIONES

Convencido de que el distracto no es el medio idóneo para «sanear títulos», estupendo sería aquí aportar soluciones válidas para las dos posiciones acerca de las donaciones, y quedar bien así, con tirios y troyanos.

Para los primeros, de cuyas huestes formo parte, en aquellos pocos casos en que la apariencia del título no es buena; para los segundos, en todos los casos de donación o en aquellos en los que fue otorgada a favor de un tercero, no heredero forzoso del donante.

No tengo, empero, soluciones mágicas.

Brego sí. constantemente, para imponer nuestras ideas en todos los ámbitos, especialmente en el notarial y en las entidades bancarias y financieras.

Así, insistimos en que:

- 1) Los títulos que portan contratos de donación a favor de herederos forzosos del donante son perfectos (la doctrina es, en este sentido, prácticamente unánime).
- 2) De tratarse de terceros (donatarios no herederos forzosos del donante) la apariencia del título es la que debe tenerse en cuenta; aunque no lo consideramos imprescindible, creemos que hace a la buena fe del tercer adquirente que no sólo no surjan de él circunstancias que la empañen o la hagan caer, sino también que el donante manifieste que no tiene herederos forzosos.

Además:

- 3) En ambos casos. instruir al donante sobre la posibilidad de testar, legando al donatario la parte que sea disponible al momento de su fallecimiento e imputando la donación, o instituyendo heredero al tercero, si esa fuera su voluntad.



4) Fallecido el donante, aconsejar que:

a) Los herederos legítimos del donante declaren, si así corresponde, que la donación no fue inoficiosa.

b) El donatario (heredero forzoso o tercero, ya que tiene interés legítimo) abra la sucesión, con el fin de demostrar dicha circunstancia.

c) Los herederos legítimos renuncien a la eventual acción de reducción.

También menciono la solución propuesta por GATTARI: «La donación convertida y edictada»,⁴¹ aunque, como señala ZINNY, «el orden público en juego en materia de legítimas no admite los efectos que en otros casos cabe asignar a los edictos»⁴².

Entiendo que tampoco es jurídicamente viable, la solución propuesta por el último autor citado, de recurrir a la justicia para obtener la anulación del contrato de donación, basada en que «la causa que el legislador ha previsto en abstracto, al tipificar el negocio de que se trata, se ha tornado, de hecho, inexistente»⁴³.

En primer lugar, no creo que pueda hablarse de falta de causa o de que ella ha devenido en inexistente.

La causa final de la donación -ya lo analizamos- es el ánimo liberal y la razón inmediata por la cual la liberalidad se hace (el motivo, siempre y cuando integre la declaración).

La causa final se ha concretado con el cumplimiento de la donación. El donatario tiene el dominio pleno de la cosa, usa y goza de ella, y es el dueño de sus frutos y productos. Y, desde ya, también puede disponer de ella.

El hecho de que sean observados algunos títulos, lo que sin duda puede restringir la circulación del bien, es tema aparte del que no pueda deducirse que la causa ha dejado de existir. El pacto de retroventa -como otros muchos posibles- también restringe la circulación del bien, pero es legítimo si fue sincero y no encubrió, por ejemplo, un préstamo con intereses usurarios.

En este caso la restricción es la consecuencia -querida o no- de la voluntad de las partes al pactarlo.

En la donación es la voluntad de la ley la que impuso determinados efectos al contrato. Sólo en aquellos pocos casos en los que la apariencia del título no es buena y pueda hacer caer la buena fe del tercer adquirente o acreedor hipotecario, la circulación debiera verse comprometida.

Pero de ningún modo en todas los casos. Justamente, la apariencia en el caso que llega a la notaría del pobre Bonsenbiente, de la mano de la simpática y casi novelesca pluma de ZINNY -tío soltero y sin herederos forzosos que donó al sobrino- es buena. Yo por lo tanto, el título es perfecto.

Por otra parte, también lo vimos, tampoco puede hablarse de nulidad: «... es la sanción que nuestro ordenamiento prevé para privar de sus efectos propios al acto jurídico en virtud de una causa existente en el momento de su celebración.

Ciertamente, no puede sostenerse que la donación inoficiosa lo sea por esas circunstancias, ya que ella devendrá en ese carácter en el momento de abrirse la sucesión del donante y de computar los valores por él dejados...»⁴⁴.

XIV. CONCLUSIONES

A) Generales

Concepto

El distracto es un acto jurídico bilateral y patrimonial de carácter extintivo, mediante el cual las partes decidan dejar sin efecto una relación jurídica creada por un negocio anterior, que se encuentra en vías de cumplimiento.

Por lo tanto, en cuanto a:

1. Su naturaleza jurídica: *es un contrato.*
2. Sus presupuestos: *el jurídico, esta constituido por la existencia de un relación obligacional, creada por un negocio anterior; el práctico, por la reciproca conveniencia de las partes en no dar curso ulterior al contrato.*
3. Su objeto: *extinguir una relación jurídica y, eventualmente, las contraprestaciones reciprocas.*
4. Su causa: *el fin buscado por las partes de no dar curso ulterior al contrato, por razones sobrevinientes (lo que coincide con el presupuesto práctico); puede comprender, además, las contraprestaciones reciprocas (objeto del acto), en el caso de haber pactado la restitución mutua de lo que cada parte percibió de la otra.*
5. Sus efectos:
 - Dependen de la voluntad de las partes.*
 - No puede negarse a las mismas, la posibilidad de pactar una retroactividad personal o real que las beneficie, lo que deberán convenir expresamente.*
 - Son ellas las que pueden acordar que el contrato, cuya eficacia desean hacer cesar, quede sin efectos para el futuro o retroactivamente, con obligación -en este último caso- de restituirse mutuamente lo que cada una ya percibió de la otra.*
6. Su límite: *los derechos de los terceros constituyen el límite de la retroactividad acordada; es una consecuencia de que, en principio, los contratos tienen efectos sólo entre las partes; ellas no pueden, al destruir el contrato originario, destruir los efectos que ya se produjeron para los terceros y tampoco aquellos otros sobre los que se fundamenten posteriores efectos para dichos terceros.*
7. Su modo de manifestación: *es de aplicación lo dispuesto por el artículo 1145 del Código Civil.*
8. Su forma: *el nuevo contrato debe guardar la misma que la de aquél contra cuya eficacia se dirige.*
9. La posibilidad de su otorgamiento por los sucesores de las partes: *estando presentes los presupuestos, es jurídicamente posible que el distracto sea otorgado por los sucesores, universales o singulares, de las partes.*

De estas características, además, surge que:

10. *El mutuo disenso, como negocio extintivo de la eficacia, no es posible cuando sobreviene con posterioridad a un contrato ya agotado por su cumplimiento; no pueda extinguirse lo que ya no es.*
11. *Por lo tanto, resulta inapropiado calificar de mutuo disenso, el contrato por el cual se pretende dejar sin efecto otro, agotado por su cumplimiento; toda voluntad*



posterior semejante es vinculante, no como mutuo disenso, sino como otorgamiento del mismo tipo contractual, pero de signo contrario, en el cual cada parte asumirá la posición contraria a la primitiva: así quien fue vendedor; será comprador; quien fue donante será donatario y viceversa.

B) Especiales

1. Cuando el negocio jurídico a revertir fue gratuito, la retransmisión de titularidad queda alcanzada por las mismas y eventuales consecuencias que el negocio inicial.
2. La rescisión de un contrato de donación, agotadas por su cumplimiento las obligaciones del donante, solo es posible en los casos previstos en los artículos 1837 v 2665 a 2667 del Código Civil (liberación por, el donatario de su obligación de prestar alimentos al donante «devolviendo» lo donado y acuerdo de las partes en cuanto a la Ingratitud del donatario o al incumplimiento de las cargas que le fueron impuestas).

Asimismo, teniendo en cuenta que:

-la especial y característica irrevocabilidad de la donación, excluye todo cuanto pueda permitir al donante una retractación de voluntad.

-El donante no puede reservarse ningún medio, directo o indirecto, de recuperar lo que ha donado.

-la excepcional facultad de revocación de la que son susceptibles los convenios ordinarios no es, entonces, aplicable a las donaciones.

-las consecuencias que, eventualmente, puede acarrear una donación -para las partes, sus herederos y los terceros- han sido impuestas por la ley, que en esta materia es de estricto orden público.

3. Aun cuando fuera jurídicamente posible en los contratos agotados (cuando el caso no es de los previstos por la ley), recurrir al distracto para obtener la pretendida «bonificación», implica el otorgamiento de un contrato de objeto ilícito, de acuerdo con el artículo 953 del Código Civil y con la noción de causa que hemos aceptado.

4. Por iguales consideraciones, resulta también ilícita la simulación de la existencia de las causales mencionadas, para rescindir un contrato de donación. «

XV. RECOMENDACION FINAL (Copiando a Zinny, pero no tanto)

Ya ha citado al colega MARIO ZINNY y a «las desventuras de Bonsenbiente». Hablé de su simpática y novelesca pluma.

Bueno, habrán comprobado que no es mi caso. Dos motivos, al menos, lo explican, aunque de todos modos no alcancen a justificar:

El primero, obvio, nos; lo recuerda el conocido dicho popular: *lo que natura non da, Salamanca non presta*.

El otro, que este empeñó, cuyo borrador no alcanzaba veinte carillas. fue «sufriendo» agregados al pasarlo a letras de molde y termina por ser muy extenso, consecuencia del ánimo



quo me ha guiado en el intento de brindar un trabajo que se baste a sí mismo.

Esto es, encontrar en él no sólo al «distracto», sino también aquellas nociones cuyo conocimiento juzgo imprescindible para su acabada comprensión.

También porque es difícil resultar agradable cuando en las conclusiones no se brindan soluciones mágicas, sino sólo se muestra lo que se cree es la realidad jurídica del tema que nos ocupa.

A este respecto, basta con un ejemplo. Hace poco tiempo fui invitado a una disertación acerca del distracto.

Algunos de los allí presentes expresaron su descontento cuando las colegas Eleonora Casabé y Cristina Armella, desde el propio panel, integrado también por el doctor Miguel Falbo, el escribano Luis Rogelio Llorens y el que esto escribe, desde el auditorio, cuestionamos la solución propuesta.

Nos dio la sensación de que lo único que buscaban era «un formulario», válido y siempre eficaz, para solucionar las observaciones que se hacen habitualmente a los títulos de donación, la mayoría de ellas, con o sin conocimiento del tema, por los mismos que luego requieren el «formulario saneador»,

Ojalá no haya sido así, pues todo profesional debe tener a la excelencia como meta y no diagnosticar primero enfermedades donde no las hay, para luego aconsejar grandes intervenciones, o recetar antibióticos de cuarta generación «por las dudas» a un insolado.

Pues bien, eso es lo que ocurre con los títulos de donación. La mayoría son «individuos sanos» que no requieren intervención alguna y los otros, los pocos otros, están «insolados» y sólo el tiempo habrá de mejorarlos (léase perfeccionarlos),

Volviendo a Bonsenbiente, quienes han leído sus desventuras, recordarán que logrado y aceptado por el asesor del banco el proyecto de «anulación judicial» del título observado, luego de atravesar la plaza, llega a su casa y, papel y birome en mano, escribo cómo proceder de allí en más; dice que hará así:

Auto recomendaciones de Bonsenbiente

- I** Autorizará sin más trámite las donaciones a favor del hijo del , donante y las onerosas a favor de quien no lo es.
- II** Si estas últimas, fueran gratuitas; sólo lo hará cuando las partes asuman el riesgo y lo liberen de toda responsabilidad.
- III** Si la escritura a otorgar fuera la de disposición de un Inmueble por quien lo hubo por donación gratuita de quien no es su padre, entiende que caben distintas posibilidades:
 - 1. Que las partes asuman el riesgo y lo liberen.+
 - 2. Que no lo asuman; entonces puede perfeccionarse el título de alguna de estas formas:
 - a. Si el donante vive y el valor del inmueble es equivalente al de , los servicios prestados por el donatario y adeudados por el donante o al del cargo impuesto por éste, y toda vez que dichas circunstancias puedan ser probadas, previo a la nueva transferencia. que las partes otorguen escritura de rectificación o aclaración.



- b. Si el donante vive y el valor aludido guarda relación con el de los alimentos que el donatario está obligado a pasarle, ambas partes pueden desistir de la donación, dando pie al distracto.
- c. Ambas partes o el donatario y los herederos de aquél, si hubiere fallecido, pueden:

- c'. Requerir al juez que anule la donación.
- c», Anularla ellas (también da pie al distracto).

IV. Si lo requieren para autorizar escritura mediante la que dispondrá del inmueble quien lo hubo por título entre cuyos antecedentes hubo una donación gratuita a favor de quien no es hijo del donante, caben estas posibilidades:

- 1. Que las partes asuman el riesgo y lo liberen.
- 2. Que no lo asuman, Entonces. puede perfeccionarse el título en la forma prevista en 111-2-a.

«*Ahora te creo*», piensa Bonsenbiente, desliza el papel debajo del vidrio que cubre su escritorio, se dirige al baño y —ya bajo la ducha- estremece las paredes de la casa con las estrofas de *o sole mio*.

Mi recomendación final

Creo que cada uno debe empeñarse en decir lo que piensa y en hacer lo que dice, aunque en las épocas en que vivimos sea ello de rara avis.

Consecuentemente con ello recomiendo lo que sigue, lo que, por supuesto. también hago:

Si me requieren para el otorgamiento de un acto, instrumento ese acto, tal como me lo requieran, previo debido asesoramiento a las partes de su alcance y consecuencias jurídicas.

Dicho esto, me iré a practicar mi deporte preferido. En el *tee* del hoyo 1 de la antigua y querida cancha del Ituzaingó, me esperan algunos amigos.

No sin cierta vergüenza, debo confesar que, como dijo un gran espectador, en ese universo mágico que es el golf, la operación de empujar con un palo una pelota (SIC) adquiere un rango supremo, y basta para dar sentido a la existencia.

Después del primer *drive* y antes de «meterme» definitivamente en el juego, yo, que como muestra de mi ignorancia o de una imperdonable soberbia, «*ya me creta*», cantaré, por lo bajo, «*A mi manera*»; (es que en este juego están vedados tanto el ampuloso gesto como la fuerte voz).

Parte de la letra -que me perdone Paul- se oirá en la lengua de Cervantes. Ocurre que en un país donde los valores parecen haber cambiado tanto, es bueno recordar que tenemos un idioma común, cuyo uso quizás nos ayude en el intento de ser una nación.

Después del partido, como Bonsenbiente, también me ducharé. Las paredes se estremecerán sólo si mi juego resultara brillante. Si no, una vez más, habrá que conformarse.

Aquí tampoco es posible el distracto.



JURISPRUDENCIA



RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ESCRIBANOS.

Autor: Dr. Anibal Massaccesi¹

Con esta nota, nos introducimos a la delicada situación del Escribano que en ejercicio de sus incumbencias corre el riesgo de que se le reprochen conductas ilícitas, que sancionada con pena es delito. Corre el riesgo decíamos que en un contexto histórico, modo, tiempo y lugar, que a veces desconoce, o que cuyas precauciones debió extremar para conocerlas, o por la inercia profesional o delegación ineludible, se derive en la sorpresa de un proceso penal. Para ello nada mejor que repasar antecedentes jurisprudenciales, para conocer las tendencias interpretativas de los tribunales.

Por el régimen de las leyes 19279, 22499 y Decreto 1382/88, se permitió a los discapacitados, previa autorización de la Dirección Nacional de Rehabilitación, la adquisición de un automóvil de industria nacional con exención de pago de derechos y gravámenes, o un automóvil de origen extranjero modelo standard, sin accesorios opcionales, con los mecanismos de adaptación necesarios, también con las mismas exenciones impositivas, pero de uso exclusivo del discapacitado y por el término no menor de cuatro años. Aquel plexo normativo tuvo como finalidad "facilitar mediante una franquicia estatal la adquisición de automóviles a personas lisiadas para que "ejercen una profesión o realicen estudios, otras actividades y/o desarrollen una vida normal de relación que propendan a su integral habilitación dentro de la sociedad".

Sin embargo en 1991 se conocieron variados secuestros de automóviles importados que no eran conducidos por discapacitados, y allanamientos en concesionarias y escribanías con secuestro de poderes irrevocables y promesas de ventas.

De los variados e interesantes temas que los Tribunales abordaron para juzgar los hechos, nos hemos de limitar a la responsabilidad penal de los escribanos que otorgaron poderes, que en algunos casos fueron penados según las circunstancias del caso. No obstante ello hemos elegido un antecedente con dispar solución en la gradación judicial, concluyendo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pronunciamiento del cual daremos una síntesis, sin dejar de señalar la literatura en que abrevamos.(1)

Se trató de la conducta de "C" que ingresara al país un automóvil extranjero, para lo cual se valió de su ordenanza "A", discapacitado motriz y beneficiario de una franquicia de importación para lisiados, que fuera presentado ante la Aduana como destinatario aparente del vehículo, y la Escribanía "G" que previamente formalizó un poder por el cual "A" concedía a "C", de modo irrevocable, amplias facultades de uso, administración y disposición del rodado con anterioridad a su ingreso a plaza.

El Juez de grado absolvió a los tres, considerando que la conducta no se adaptaba a ningún tipo penal; revocando esta decisión la Cámara Nacional Penal Económico, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, confirmó la condena a "C" y "A" como coautores del delito de contrabando, art. 864 inc. b) Código Aduanero, al "discapacitado que tramitó una franquicia para importar un automóvil y quien se benefició de tal franquicia mediante un acto simulado, y considero participe secundario a "la escribana que intervino en el otorgamiento de un instrumento destinado a reducir los riesgos de quien fue el verdadero beneficiario de la importación de un automóvil simuladamente en beneficio de un discapacitado", art. 46 código penal.

¹ abogado, estudiante de posgrado en Der. Penal en la Univ. de Bs. As., Profesor auxiliar de la Facultad de Derecho de la Univ. de Santiago del Estero.

Y aun cuando escribimos para una revista jurídica repasaremos , que el bien jurídico protegido por el delito de contrabando es la función de control de la Aduana en el “trafico internacional de mercaderías, con fines arancelarios y de cumplimiento de las prohibiciones sobre las importaciones y exportaciones”. El art. 864 inc. b) del Código Aduanero describe uno de los tipos básicos especiales de contrabando, “Será reprimido....el que realizare cualquier acción u omisión que impidiere el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere a los fines de su importación o de su exportación “, y el art. 865 inc. c) CA. , describe una de las figuras agravadas , “...interviniere en el hecho tres o mas personas en calidad de autor, instigador o cómplice...”. Por otro lado, se aplicó tambien art. 46 del código penal referido al partícipe secundario, “...los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho...”, o sea como conducta accesoria , tomar parte en un hecho ajeno , integrado con convergencia objetiva, contribución al curso causal, convergencia subjetiva, querer contribuir, y aquellas objetiva y subjetiva, “deben integrarse en un mismo modo de ataque el mismo bien jurídico”, convergencia jurídica. (2).

El Juez de grado no encontró prueba incriminante por la cual la Escribana hubiera tomado conocimiento que el poder que formalizó y a través del cual el empleado otorgó a su empleador de modo irrevocable amplias facultades de uso, administración y disposición del rodado antes de su ingreso a plaza, ocultaba un propósito ilícito. No apartándose de la normativa que regula su incumbencia profesional, “ya que la actividad del notario no concurre al nacimiento de aquella expresión de voluntad ni tampoco certifica la existencia del hecho invocado; su función se agota en la reproducción de esa manifestación de voluntad y la certificación de que la misma ha sido formulada ante sí, por aquel a quien se le atribuye y en los términos que se recogen en la escritura otorgada y no le compete indagar sobre las motivaciones que impulsaron al mandante y al mandatario a realizar el negocio jurídico de cuya existencia el notario da fe”.

En cambio la Cámara , el Procurador Fiscal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideraron sucesiva y alternativamente, que no resultaba “trascendente la circunstancia alegada por la defensa para justificar la conducta de la mencionada escribana, en cuanto a que dicho poder no fue presentado ante la Aduana, ni resultaba un recaudo condicionante para la importación del vehículo”. Sino que “el propósito ilícito que se persiguió con el otorgamiento del poder surgía de su propio contenido y que la procesada no podía ignorarlo atento su actividad profesional y sus conocimientos sobre el derecho....Por el contrario , consideró además “...que de la expresión de voluntad del mandante “A” surgía que : 1. el automóvil aun no se había importado y, por ende, tampoco patentado; 2. el ingreso del automotor se produciría con motivo de la franquicia otorgada y bajo el regimen previsto en la ley 19279 ...(es decir, bajo un régimen de excepción a la prohibición general de importación); 3. por el poder la persona discapacitada otorgaba irrevocablemente amplias facultades de uso , administración y disposición a otra persona no discapacitada , con anterioridad a que el vehículo haya ingresado a plaza...”. El aporte de la fedataria al hecho principal fue “la confección de un instrumento orientado a reducir al mínimo los riesgos que conllevaba para “C” la simulación de la identidad del importador que se iba a realizar ante la aduana..., la naturaleza ilícita de la operación que se iba a llevar a cabo emergía del propio texto de lo manifestado por las partes, en la medida en que de él surgía que un lisiado, beneficiario de una franquicia según la ley 19279, expresaba su voluntad de conceder amplias facultades de uso - respecto de una automóvil cuya importación estaba prohibida - a quien estaba alcanzado por la prohibición. Ello resulta, por sí solo suficiente para considerar configurada la participación endilgada, toda vez que la escritura en cuestión, mas allá de su invalidez por la ilicitud el objeto (art. 953 y concs. CCiv.), le daba al verdadero importador una cierta confianza en cuanto a que el importador “ interpuesto” no iba a abusar luego de su posición...(o sea)... que quien pago el auto, pudiera luego disfrutar de él “como si fuera el dueño”. Desde esta perspectiva , es clara la irrelevancia de lo sostenido por la defensa



con relación a que el poder era inservible y a que no hubiera sido presentado nunca ante la aduana, pues su finalidad no era la de complementar el ardid ante la aduana, sino la de asegurar tanto como fuera posible los efectos de la maniobra para uno de los coautores del hecho, así como también reforzar su motivación a cometerlo". Con lo que se estimara inadmisibile la tesis defensiva de la "prohibición de regreso" (3), al alegarse que la notaria no habría excedido lo que es propio de su profesión, limitándose a dejar constancia de lo expresado por los intervinientes en el acto, resultando "manifiestamente inaceptable sostener que dentro de las legítimas funciones del notario se halla la de dejar constancia de como se repartirá el producto de un delito, en una suerte de distribución adelantada del botín que evite reclamos posteriores entre los intervinientes en el hecho. Es indudable que el tenor del acto instrumentado dejaba entrever que , a través de él, uno de los coautores se aseguraba el efectivo goce del producto del contrabando . Frente al contenido de este acto...tampoco pueden existir vacilaciones con respecto al dolo de la imputada. Y aunque se considerara que el texto de la escritura es insuficiente, las características de sus protagonistas, que le eran conocidas, permitían adquirir la certeza de que se iba a hacer ingresar ilegalmente un automóvil mediante la invocación fraudulenta de una franquicia de importación ante la autoridad aduanera, y que en el contexto de este plan delictivo el instrumento de que se trata tenía por función disipar los riesgos que la operación implicaba para "C". Es decir , que la conducta de otorgar una escritura como la que se examina, nada tiene que ver con la conducta genérica y estereotipada de "otorgar una escritura". En efecto, la que se juzga en autos no fue independiente del plan delictivo ya descrito, ni del aprovechamiento de su resultado por parte de uno de los coimputados, lo cual borra cualquier apariencia de estereotipo y de conducta social adecuada".

- (1) Corte Suprema , 09.11.2000, V, C.y otros. Temas de Derecho Aduanero. Coordinador y con nota de Héctor Vidal Albarracín , y de Mariano Borinsky, en Jurisprudencia Argentina. Bs. As. 27.06.01, n§ 6252.
- (2) Sarrulle-Caramuti. "Código Penal , Parte General. Interpretación sistemática, doctrina y jurisprudencia". pag.329. Editorial Universidad.
- (3) Enrique Bacigalupo. "Derecho Penal. Parte General", pag. 276. 2a. edición. editorial Hammurabi.

NOTARIADO NOVEL



Segundo Premio XIV Encuentro Nacional del Notariado Novel

Not. Leticia del Valle Abud
Not. Juan Pablo González Cernuschi.

SUBSANACION DE DOCUMENTOS PROTOCOLARES NOTARIALES: PRINCIPIOS GENERALES.

En principio, los notarios estamos preparados para confeccionar correctamente los documentos que autorizamos, actuando con los principios de validez, eficacia y perfección, pero como somos humanos no somos infalibles y en el actuar podemos cometer errores, que traducidos en el documento pueden generar una serie de inconvenientes frente a los cuales el orden jurídico puede aparecer indiferente o actuar orgánicamente a través de un juego de disposiciones provinciales o nacionales otorgando soluciones al profesional. Aquí aparece la primera actitud mental del notario frente a estos problemas, que sin olvidarse de los principios básicos del buen ejercicio de su función, cuando eventualmente comete errores debe contar con los medios para solucionarlos.

En el notariado hay dos tipos de actitudes perfectamente diferenciadas: notariado como cuerpo y notariado individual, conforme hablemos de las corporaciones que protegen al escribano (Ejemplo: Colegio de Escribanos, Concejo Federal del Notariado) o cuando hablamos de las relaciones profesionales de colegas entre sí.

Algunos juristas piensan, que frente al error hay que hacer predominar el aspecto sancionatorio del derecho, sancionar al que se equivoca, sancionar al documento fruto de tal accionar invalidándolo o declarándolo ineficaz, pero.... ¿quienes sufren las consecuencias de esta actitud?: -son los usuarios del servicio, los titulares de los derechos que surgen del documento que autorizamos. Esto es una actitud principista, dogmática, pero como ha dicho Carlos Emérito González "Si el escribano se equivocó no tiene que sufrir las consecuencias de los requirentes al ser sancionado sino que hay que tratar de salvar al documento y fundamentalmente hay que evitar perjuicios a los usuarios". Es una actitud mental, como resulta la actitud individual con la cual nosotros calificamos y vemos los documentos que llegan a nuestro poder.

Existen dentro del notariado aquellos notarios que creen que frente a su cliente, quedan bien en la medida en que encuentren mayores defectos en los títulos que estudian, más aún si esos títulos provienen de sus colegas. Esta no es la mejor manera de actuar, sería mas correcto comunicarle al colega su error sin propósito de dañar y siguiendo los principios de la ética analizar el caso concreto para llegar a una solución que favorezca tanto a las partes como a los profesionales intervinientes.

SUBSANACION COMO ACTO JURÍDICO DE EFICACIA.

Expresa Massineo, que válido o perfecto es el negocio que contiene todos los requisitos de ley genéricos, específicos o voluntariamente añadidos por las partes. En cambio el negocio eficaz es aquel que además de ser válido es idóneo para producir sin mas sus efectos normales. Por lo tanto, la ineficacia supone un negocio válido y perfecto pero cuyos efectos no aparecen o quedan extinguidos por causas extrínsecas. Ejemplo: el testamento de un soltero queda sin

efecto cuando éste contrae matrimonio (ineficaz), pero ese documento es válido.

La subsanación puede ser en un sentido amplio y en sentido restringido. Subsanan en sentido amplio, es el remedio legal para curar cualquiera de los defectos que pueda tener el documento, sea el acto del oficial público autorizante o el acto jurídico que se formalice en ese documento; Verbigracia: no debemos confundir la nulidad del acto jurídico de permuta con la nulidad del instrumento que contiene el acto que se formaliza. Con ello se trata de solucionar todos aquellos vicios que afecten la validez del documento, sea en caso de nulidad absoluta o relativa. El remedio para la subsanación de una escritura, consiste en la formalización de una escritura de ratificación, de confirmación o de aclaración. Cabe considerar, que los tres tipos de subsanación se materializan a través de una escritura complementaria, la cual les otorga eficacia. Subsananación en sentido restringido, se refiere a remediar aquellos documentos que poseen vicios no invalidantes, tales como: escrituras: que carecen de una descripción correcta del objeto del negocio jurídico, errores personales referentes a los comparecientes, errores propios del negocio jurídico tales como forma de pago o moneda en la que se efectuará el mismo, etc.. Para corregir estos errores, existen dos vías: 1-) La brindada por el CODIGO CIVIL en los artículos 1001 y sgtes., por la que los escribanos deben salvar al final de puño y letra todas las correcciones realizadas en el documento; 2-) La que emerge del ANTEPROYECTO DE LEY DE DOCUMENTOS NOTARIALES, receptada por algunas Leyes Provinciales, o sea las llamadas Cláusulas Aditivas (son aquellas que a manera de constancia notarial o como declaración expresa de las partes son realizadas al Final del documento como un agregado de las partes o como una aclaración del notario). Que las mismas no se encuentren previstas expresamente en la Ley Provincial, no afectan su empleo, ya que conforme a los Principios Generales del Derecho: "todo lo que no está expresamente prohibido en la ley, está permitido".

La eficacia del instrumento público se encuentra en el momento en que el escribano lo autoriza, siempre que no se trate de actos generadores de invalidez o ineficacia y que se respeten los principios establecidos por el artículo 1184 inciso 10 del Código Civil, el cual consagra la regla "lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

Concordante a dicho artículo, la Ley Registral Nacional número 17801 consagra este principio de homogeneidad documental cuando establece que la rectificación a los asientos registrales puede ser mediante orden judicial o mediante escritura pública –según el caso-

Hay que diferenciar la invalidez de la ineficacia. La ineficacia es un concepto genérico de la especie invalidez. Pueden ser confundidas e identificadas porque producen los mismos efectos. Para Stolfi la invalidez proviene de causas intrínsecas y la ineficacia de causas extrínsecas. Por invalidez se entiende, que el acto se haya impedido de producir sus efectos propios en todo o en parte, por faltarle o estar viciado de algunos de los elementos o requisitos esenciales. Hay supuestos de ineficacia que no provienen de estos vicios, sino por el incumplimiento de una condición a la que subordinó el negocio.

El acta de subsanación es el medio idóneo para otorgar eficacia a determinados documentos que adolecen de irregularidades, siempre que tales vicios no tuvieren como consecuencia la sanción de nulidad del acto en sí. Puede ser regulada como acto unilateral, bilateral o sin requirente alguno, conforme procedan a efectuar la misma una o ambas partes intervinientes en el negocio jurídico o cuando la realiza el notario mediante nota marginal.

Los principios que rigen a la subsanación se relacionan con el carácter de nulo o anulable del acto jurídico. El término preciso para englobar la nulidad y la anulabilidad es el de Invalidez. Los actos NULOS son aquellos ejecutados contra la prohibición de la ley, en los que la voluntad humana es impotente para darle eficacia por no haberse formado relación alguna de derecho entre las partes. Verbigracia: el Código Civil prescribe en sus artículos 1004 y 989 aplicar este tipo de sanción a las escrituras públicas que omitan el nombre y la firma de los otorgantes, del notario autorizantes y de los testigos –si existieren- como así también la omisión del escribano de salvar de puño y letra las enmiendas, entrelíneas y raspaduras –si tuvieren--

Los actos ANULABLES son aquellos en los que el vicio u obstáculo invalidante proviene de la voluntad de las partes, el acto propiamente dicho es válido y el vicio puede ser saneado. Para subsanar, se efectúa una escritura pública complementaria en la cual se establece lo siguiente: 1-) relación con la escritura originaria, 2-) deben comparecer una o ambas partes otorgantes – según el caso-, 3-) se destaca la omisión incurrida y 4-) manifestación de las partes subsanando el vicio.

Debe distinguirse la nulidad del acto de la nulidad del instrumento. La nulidad de un acto resulta de la ausencia de algunos de los aspectos legales configurativos y tipificantes del mismo. Ejemplo: omitir consignar el precio en una compraventa. La nulidad del instrumento, al ser el documento notarial una forma jurídica y realizarse por un acto de voluntad del agente y de las partes, puede provenir de vicios que afectan al notario (capacidad, competencia, etc.), de defectos en la voluntad del sujeto que efectúa el negocio (error, dolo, incapacidad, inhabilidad, etc.) o de los requisitos de forma (ejemplo: constitución de hipoteca mediante instrumento privado).

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE UN CASO CONCRETO.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, quien carece de herederos legitimarios no está impedido de efectuar una Donación a cualquier persona, ya que no existiría lesión alguna a la legítima (artículo 3955 del Código Civil) y el posible peligro de entablarse una Acción Reipersecutoria (artículos 4023 y 3999 del Código Civil).

Caso: una mujer soltera de 82 años de edad dona a su sobrino un inmueble de su propiedad, declarando que no tiene herederos legitimarios y luego el donatario vende el referido bien inmueble. Los Dres. Atilio Alterini y Jorge Joaquín Llambías y la Jurisprudencia de la Cámara Civil Segunda de la Provincia de Buenos Aires concuerdan en que no obsta a su perfeccionamiento si del instrumento surge que no existen herederos con un interés legítimo. Los Notarios Rubén Augusto Lamber y Marcela Tranchini de Di Marco sostienen que no surge de la simple lectura del título lesión presunta alguna y la hipótesis de que la donante tenga hijos o adopte resultaría una fantasía, lo mas probable es que ésta haya necesitado auxilio protector en su ancianidad y la lógica interpretación realista hace al título insospechado en apariencia.-

ANÁLISIS DE LAS ESCRITURAS DE SUBSANACION MEDIANTE CASOS PRACTICOS.

Como ya fue expresado, la subsanación de documentos protocolares en sentido amplio, consiste en remediar las anomalías del título mediante una escritura pública complementaria rectificatoria, ratificatoria o aclaratoria.

Aclaratoria: se realiza una escritura de Donación de un predio paralelo a otro predio que queda sin salida a la vía pública, razón por la cual en el mismo instrumento se constituye una Servidumbre de Paso. En el momento de la inscripción registral, debido a que el predio sirviente cambió de nomenclatura catastral al modificarse sus dimensiones, no tuvo efecto alguno la constitución de servidumbre. Para sanear el defecto, se efectuó una escritura aclaratoria determinando la nueva nomenclatura y la aceptación de ambas partes contratantes.

Rectificatoria: se realiza una escritura de Compraventa mediante la cual una mujer viuda es autorizada en el Sucesorio de su cónyuge a adquirir en su nombre y en nombre de sus dos hijos, siendo uno de ellos menor de edad. De la escritura resulta que la viuda antes nombrada compareció por sí y el notario solo nombra como comprador al menor de edad sin



establecer la concurrencia de la madre en ejercicio de la Patria Potestad conforme a la Ley 23264, razón por la cual el Registro de la Propiedad Inmobiliaria observa la inscripción. Se efectúa una escritura rectificatoria, en donde comparece solo la madre en representación de su hijo menor de edad prestando el consentimiento.

Ratificatoria: Se realiza una escritura de Donación de un inmueble en la cual el donatario es menor de edad, no prestando en ese momento su aceptación los padres. Al cumplir el menor su mayoría de edad se realiza la escritura ratificatoria prestando el mismo su consentimiento de acuerdo a lo estipulado en la primitiva escritura.-

Subsanación ante la Falsedad del Documento.

Falsedad en el decir del penalista peruano Bramont Arias, es toda alteración de la verdad; agregando Pelosi con relación concretamente al documento notarial, que con respecto a éste puede afirmarse con mayor precisión que es la contraposición de la autenticidad, es decir la falta o carencia de autenticidad, porque se atribuya su otorgamiento a una persona que no lo otorgó, o porque se insertaron cláusulas que no se autorizaron, o porque se dicen hechas declaraciones que no se hicieron o las mismas fueron alteradas, o bien porque se adulteró materialmente, en todo o en parte, un instrumento público.

Falsedad Formal: hace referencia al instrumento en sí mismo considerado. Se distingue entre falsedad material o corporal, que es la contrafigura de la autenticidad externa de la falsedad ideológica, ideal o inmaterial, que consiste en lo opuesto a la autenticidad interna del instrumento público.

-La Falsedad Material puede provenir de falsificación o de adulteración. Existe falsificación, cuando se fabrica o elabora un documento semejante al genuino, en el cual un otorgante hace una declaración inauténtica, por cuanto tampoco existe autoría alguna por parte del supuesto otorgante, que en realidad no lo fue. Hay adulteración, cuando a posteriori del otorgamiento de un instrumento genuino, se le efectúan borrados, testados, enmiendas, interlineados o agregados, etc., para variar su contenido o modificar el sentido jurídico del mismo. Tal es, lo que resulta del art. 292 del Código Penal, que reprime al que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. Los casos de falsedad material más frecuentes suelen ser: la extensión de una escritura matriz en papel que no es de protocolo, o el otorgamiento de un testimonio o copia de una escritura inexistente, o la falsificación de la firma del oficial público o de los comparecientes al acto, etc. (aún cuando los funcionarios públicos suelen ser ajenos a las falsedades que provienen del hecho de terceros).

-La Falsedad Ideológica se configura cuando no se ajusta a la verdad lo que se dice o relata por el oficial público, en el marco de la forma auténtica de un instrumento público, provisto además, de la fuerza probatoria que de él emana, lo cual puede suceder, al decir de Carminio Castagno, por: descripción inexacta del hecho, alterado en partes esenciales; suposición de un hecho simplemente no acaecido u omisión de un hecho acontecido que tenga importancia decisiva. De tal manera, no existiría correspondencia entre lo realmente actuado y lo narrado en la dimensión del papel, entre lo ocurrido en el momento de la autoría y lo que objetivado permanece en el momento del destinatario o de la prueba. El Código Penal también tipifica el delito de falsedad ideológica, el cual se consuma al insertar o hacer insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio (art. 293).

-Cuando hablamos de Falsedad Instrumental, la impugnación puede intentarse por dos vías distintas: la querrela criminal de falsedad y la acción civil de argüción o redargüción de falsedad.



*En la Provincia de Jujuy, el Código de Procedimientos Penal no contempla expresamente este supuesto, solamente en sus artículos 540 y 542 prescribe: que cuando los instrumentos públicos sean declarados falsos en todo o en parte, la sentencia ordenará que esos actos sean reconstituidos, reformados o suprimidos y que dicha sentencia deberá anotarse en el pertinente registro y en la marginal de la matriz y el testimonio. El Código de Procedimientos Civil de Jujuy no lo legisla específicamente.

*En la Capital Federal, en sede penal, la persona particularmente ofendida por un delito del cual nace acción pública, podrá asumir el rol de parte querellante, y promover en tal carácter el juicio criminal - art. 170 C.P. Penal -, sin perjuicio de que, por ser de acción pública los delitos de falsedad y falsificación de instrumentos públicos, pueda también intervenir de oficio la justicia penal. Y en estos casos, la sentencia penal será condenatoria acarreado la invalidez del instrumento tachado de falso. Aunque en otro plano, la acción civil de redargución de falsedad resulta igualmente grave, por cuanto implica, en la mayoría de los casos, imputar la comisión del delito criminal de falsedad al oficial público; de forma tal que su resultado positivo, pondrá probablemente al juez civil, en la necesidad legal de tener que remitir los antecedentes a la justicia del crimen - arts. 164 C.P.-, para el juzgamiento del hecho desde ese otro ángulo. De producirse la concurrencia de ambas acciones (civil y penal) con relación a la misma cuestión de falsedad de un instrumento público, esta última tiene prelación sobre la primera, que sólo podrá sustanciarse hasta el llamamiento de autos para sentencia, quedando desde allí suspendido su trámite hasta que recaiga un pronunciamiento firme en lo criminal (art. 1101 C.C.) el cual, de ser condenatorio, hará cosa juzgada en lo civil en cuanto a la existencia del hecho principal constitutivo del delito y la imputabilidad, por dolo o culpa, del condenado (art. 1102 C.C.). En cambio, si media cosa juzgada en lo civil antes de que se inicie la acción penal, aquélla no habrá de influir sobre esta última, cuyo ulterior resultado a su vez tampoco afectará para nada a la precedente sentencia civil y sus consecuencias (arts. 1105 y 1106 C.C.).

*En nuestro Derecho Privado la ley de fondo no ha previsto ningún procedimiento para la argución de falsedad, lo cual ha quedado deferido a los códigos procesales de orden local; pero en el Código Civil se ha impuesto una limitación a la prueba, al descalificarse la declaración que sobre el punto pudieran producir el oficial público y los testigos de la falsedad, en el artículo 992. Si se admitiese lo contrario, nunca se sabría cuando los oficiales y testigos dijeron la verdad y no habría derecho alguno seguro constituido mediante instrumento público.

*El Código de Capital Federal prevé que: La redargución de falsedad de un instrumento público tramitará por incidente. No obstante, la justicia ya ha resuelto que tal normativa procesal se refiere a la redargución de falsedad material, ya que si se tratase de falsedad ideológica el trámite debe ser el del juicio ordinario (Cám. Nac. Civil, Sala A). En suma, puede decirse que la acción civil de falsedad puede intentarse por vía directa o principal, promoviendo juicio ordinario, ya que no existe ningún procedimiento especial previsto, con el fin de obtener una sentencia que declare la falsedad del documento; o por vía incidental con relación a un proceso en curso, deduciéndose la falsedad del instrumento invocado o esgrimido por la otra parte, como defensa. En todo planteamiento de falsedad instrumental, habrá de ser parte necesaria el oficial público que otorgara el instrumento impugnado, tal como lo entendió nuestra doctrina y jurisprudencia y lo establece hoy expresamente el agregado introducido al art. 395 del Cód. Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación, por la reforma del Decreto - ley 22.415 de 1981; ya que de lo contrario, sin duda se vulneraría el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, de raigambre constitucional - art. 18-

Subsanación ante el Error en el Documento.

Es aquella inexactitud, la equivocación o falsedad ya sea sobre un hecho o un derecho aceptada como verdad por todos o la mayor parte de la gente, es decir que la creencia popular tiene fuerza de ley mientras no se demuestre su inexactitud.

Desde el punto de vista notarial es la inexactitud que surge del documento y puede provenir del Notario o de las partes. Al ser redactado en el protocolo un negocio jurídico de acuerdo a lo que han expresado los interesados, puede ocurrir que en el momento en que se formaliza el acto notarial, hecha la lectura de lo así escrito, las partes resuelvan efectuar modificaciones que alteran el texto del negocio tal como se encuentra redactado o puede ocurrir que las partes o el notario adviertan algún error u omisión. En tales casos, aún cuando los comparecientes hubieren firmado el texto según su primera redacción protocolar, como todavía ese documento no ha adquirido la categoría legal de escritura pública (arts. 1001 y 1004 C.C.), el notario puede agregar -a continuación de las firmas- una cláusula adicional complementaria que modifique el contenido negocial del texto que antecede o rectifique el error o la omisión. Desde luego que esta cláusula tendrá que ser leída y suscripta por los otorgantes.

Subsanación ante la Simulación en el Documento.

Tiene lugar cuando se encubre un acto jurídico con la apariencia de otro porque contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

En las enunciaciones dispositivas o en las referentes al negocio jurídico instrumentado, podrá cuestionarse la sinceridad de lo actuado o declarado por las partes ante el funcionario. Dichas enunciaciones hacen plena fe hasta la simple prueba en contrario, o sea hasta la acreditación de que el acto o convención pasado ante el funcionario público era simulado. La mendacidad atribuida a las partes no afecta en este caso al notario, ni al documento de que es autor, sino únicamente a su contenido y efectos, siendo procedente su impugnación por vía de la acción de simulación de acto jurídico - arts. 955 y ss. C.Civil -, o de anulabilidad del acto por falsedad - arts. 989, 993 y concordantes C.Civil -.

En cuanto a los hechos realizados por el oficial público o pasados en su presencia (lugar y fecha de otorgamiento, presencia de las partes y su identidad, etc.), cuando el escribano declara, tiene fuerza jurídica y hace plena fe, gozan de autenticidad y sólo son atacables por el procedimiento especial de argución o redargución de falsedad.

A veces aparecen apreciaciones subjetivas del oficial que no están comprendidas en los términos del art. 993 del C.Civil, cuya propia nota aclara que si un escribano dice que las partes o el que otorga el acto estaban en su sano juicio, tal afirmación no hace plena fe y admite prueba en contrario, se trata de algo sobre lo que no ha podido convencerse por el testimonio de sus sentidos y que sólo le ha sido posible enunciar como opinión individual suya, para lo que, incluso, no se halla debidamente cualificado, por carecer, en general, de los apropiados conocimientos técnicos y/o científicos sobre la materia, tal como resulta también de la nota al art. 3616 del C.Civil. Nuestra jurisprudencia sobre sucesiones testamentarias así lo ha resuelto, verbigracia: pese a la corriente atestación de los escribanos en el sentido de que el testador se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales.



RESPONSABILIDAD.

Es la capacidad que tiene todo sujeto para conocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

También es definida como la sanción que recae sobre un sujeto por su infracción al deber u obligación que sobre el mismo pesaba.

Existen distintos supuestos de responsabilidad del notario, a saber: 1) rehusar sin causa justificada, el ejercicio de la función, 2) actuar sin competencia (territorial o material), 3) parentesco, 4) asesoramiento o consejo inadecuado, 5) defecto en la identificación del otorgante, 6) falta o insuficiencia: a) de capacidad de las partes otorgantes o de los intervinientes en el acto, b) de legitimación de los sujetos, c) de licitud del acto o negocio documentado (en todo o en parte principal), d) de observancia de las formalidades legales sustanciales, e) de expedición y entrega de copia auténtica, f) de confrontación entre el texto de la matriz y de la copia y g) del estudio del título del disponente, 7) no tener a la vista en el acto del otorgamiento la documentación necesaria, 8) no presentación de la escritura para su inscripción en los Registros Públicos o por su presentación después de transcurrido el plazo legal, 9) por existencia de adeudos tributarios impagos, 10) Responsabilidad del escribano titular por los actos del adscripto, 11) Responsabilidad por daño moral (arts. 522 y 1078 C.C.).

El Notario ampara con su fehaciencia las relaciones jurídicas y los actos instrumentados en las escrituras notariales, afianzando la seguridad jurídica. Ese documento debe ser perfecto, inalterable en su inmutabilidad, de allí que la cautela integra la personalidad del Notario. Cuando el particular recurre al escribano para solicitarle los servicios profesionales y éste acepta, surgen obligaciones recíprocas para ambas partes. A la prestación de los servicios profesionales le corresponde una contraprestación, que se traduce en el pago de los honorarios. Ello nos hace apreciar que existe una suerte de relación entre el notario y su cliente, cristalizada en un vínculo contractual.

La ley 12990 en su artículo 28 nos habla de la responsabilidad del escribano por el mal desempeño de sus funciones profesionales, estableciendo la citada norma cuatro clases:

- a-) Administrativa,
- b-) Civil,
- c-) Penal y
- d-) Profesional.

Responsabilidad Administrativa: surge dentro del ámbito notarial de un conjunto de actividades ajenas por completo a la misma, sin mas explicación lógica que la de utilizar al notario gratuitamente para recaudar impuestos, contribuciones o tasas en general.

Responsabilidad Civil: desde el punto de vista contractual sucede cuando el escribano desarrolla otras actividades que se encuentran al margen de su actividad específica, ejercidas a título de mandato, depósito, locación de obra intelectual, etc. Desde el punto de vista extracontractual sucede cuando actúa dentro de sus funciones específicas, es decir como funcionario público.

Responsabilidad Penal: la fe pública que emana del instrumento notarial se halla protegida en nuestro derecho por el Código Penal (arts. 292 a 297). La responsabilidad penal del notario hace referencia a la afectación del contenido de una estructura formal verdadera y no es necesario que el perjuicio se haya producido sino que basta la existencia de esa posibilidad.



Ejemplo: alteración de la copia en relación con su matriz.

Responsabilidad Profesional: opera mediante una acción que tiene por objeto reprimir una falta a los deberes de la profesión reglamentada, o sea es la moral profesional cuyas normas de ejercicio han sido violadas. Ejemplo: Código de Etica.

Al ser el notario depositario de la fe pública notarial, el ejercicio de su ministerio está íntimamente ligado a la preservación de la misma, por eso el instrumento público notarial lleva en sí la certeza moral y material de la exactitud de sus afirmaciones, haciendo plena fe por sí mismo.-

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- *Nicolás Gattari: Práctica Notarial –Tomo VII-
- *Neri: Tratado Teórico-Práctico de Derecho Notarial Argentino –Volúmen II-.
- *Carlos Pelossi: El Documento Notarial.
- *Agustín Bellusio & Eduardo Zannoni: Código Civil Comentado, Anotado y Concordado –Tomo V-
- *Eduardo Cursack: Subsanación de Escrituras Pública.
- *Seminario Teórico-Práctico Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield: Colegio de Escribanos de Córdoba –Noviembre de 1.999-
- *Código de Procedimientos Civil de la Provincia de Jujuy.
- *Código de Procedimientos Penal de la Provincia de Jujuy.
- *Código de Procedimientos Civil de Capital Federal.
- *Código de Procedimientos Penal de Capital Federal.
- *Carlos Emérito González: Derecho Notarial.
- *Moisés Jorge Savransky: Función y Responsabilidad Notarial.
- *Seminarios Laureano Moreira: Años 1983, 1984, 1985 y 1991.-
- *Código Penal Argentino.
- *Código Civil Argentino.



HUMOR Y POESIA



Acá no hay problemas
de firmas en papel o digital.
Los contratos se cierran con un
"apretón de aletas"

Glup!!!
¿Cómo será contratar
con la ballena?

ooooo



