

Revista Notarial 977 **MAY** **AGO** Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires **2014**

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de Redacción

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba María de los Ángeles Frontini

María Rosa del Milagro Martín

Maximiliano Martín Sancisi

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja



Años



Consejo Directivo 2014 / 2016

Presidente	Jorge Alberto Mateo
Vicepresidente 1°	Malvina Julia Zalabardo
Vicepresidente 2°	Alberto Oscar Fernández
Secretario de Gobierno	Marcelo Néstor Falbo
Secretario de Relaciones Institucionales	Marcelo Eduardo Pérez Consentino
Secretario de Asuntos Previsionales	Juan Esteban Fal
Secretario de Aportes	Martín Ariel Ferrari Riganti
Secretaría de Relaciones Profesionales y Cultura	Claudia Alejandra Rebagliati
Secretario de Administración	Esteban Rafael Tisnés
Tesorero	Leopoldo Bernard
Protesorero	Fernando Gabriel Sánchez
Consejeros	Eduardo Atilio Brizuela Martín Hernán Bruzzo Enrique Guillermo Castro Alejandro Alberto Glaría María Silvina González Taboada Fernando Esteban Lagae Nelly Olga López Haydeé Susana Maggiolo Roberto Daniel Mayo Maximiliano Molina Esteban Rafael Morcillo Paola Julieta Pierri Leandro Nicolás Posteraro Sánchez Nilda Cecilia Saling Susana Mabel Surace Christian Mauricio Flavio Troglio Santiago Luis Vassallo María Luciana Villate Eugenia Inés Zarranz Otilia del Carmen Zito Fontán
Decano Honorario del Notariado Bonaerense	Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Nicolás Duba Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Alicia Elsa Cappelli Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	Maximina Zabala Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	Delia María Miranda General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Emilio Eduardo Ballina Benites Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Federico José Rodríguez Acuña Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Leandro Horacio Atkinson Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Miguel Ángel Queirolo Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	Diego Daniel de San Pablo San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	María Nélide Dómina Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax: (02262) 42-5385
NUEVE DE JULIO	Abel José Camiletti Avda. Libertad 836 - (B6500EUV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	Rubén Santiago Stradiot Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Pablo Augusto Villola Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Carlos María Morello Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 4713-0333 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	Ramiro María Flores Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Pedro Abel Ilarregui Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María del Rosario Paso Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Jorge Alberto Mateo*

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Omar Etchart.

Miembros: Mercedes Rosa Pérez, Raúl Armando Olocco, Gonzalo Matías Vásquez, Diego Cavagna, María del Pilar Llorens, Analía Josefa Mangas, Juan Tamborenea y Pilar Susana Martín.

Comisión de Jornadas Notariales Deportivas y de Recreación

Presidente: Diego Daniel de San Pablo.

Miembros: Carla Merlini, Juan Manuel Espil, Fernando Pino, María Victoria Di Pietro, Jorge

Daniel Biglieri, Santiago Martín Taborda, Jorge Pedro Di Giano, Patricio Tomás Street, Gustavo Damonte, Juan Manuel García Migliaro, Luis María Flores, Gonzalo M. Usandizaga y Jorge Corral Costoya.

Taller de Producción Gráfica

Consejo Federal del Notariado Argentino

Unidad de Información Financiera (UIF)

VICEPRESIDENCIA 1º / *Malvina Julia Zalabardo*

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Nora Mabel Georgieff.

Miembros: Silvia Beatriz Salem, Nilda Beatriz Rosa, Juan Ignacio Melgarejo, Ana Clara Diana, Graciela Curuchelar, Armando Luis Arcone y José Inda.

Asesoría Notarial Personalizada

Asesores: Adriana N. Abella, Cristina N. Armella, Jorge Raúl Causse, Eduardo Gabriel Cluseillas, Gastón di Castelnuovo, Zulma A. Dodda, Julio Roberto Grebol, Néstor Daniel Lamber, Marcela Haydée Tranchini de Di Marco y Aldo Emilio Urbaneja.

Biblioteca "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Centro Institucional de Mediación

Departamento de Registros Especiales

Fundación Editora Notarial

Revista Notarial

Universidad Notarial Argentina

VICEPRESIDENCIA 2º / *Alberto Oscar Fernández*

Comisión de Bancos

Presidente: Fernando De Salas.

Miembros: Alejandro Nicolás Loyácono, Agustina Kelly, Gabriela Susana de los Santos, Jorge Alejo Pandini, Daniela Paula Magnoni, Nicolás Cavagna, Fernando Javier Larre y Javier Delgado.

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Marcela M. Voisovich.

Miembros: Cecilia Cuitiño, María Isabel Ludevid, Esteban Bedoya, Selene Posteraro Sánchez, Guillermo Sergio Zanotto, María Cecilia Sacoski, Darío Pecchinenda, Julio Hernán Drique y José Luis Cadierno.

Comisión de Seguros

Presidente: Carlos Ernesto Soares

Miembros: Gonzalo Ricardo Arizmendi; Diego Gustavo Giacomelli; Domingo José Bacchiega; Mariela Gatti; María Cecilia Sardi; Pablo Carlos Guerrero y Norberto Gustavo Soler.

Archivo de Actuaciones Notariales

Departamento de Inspección General

Inspectores de Regularización Dominial

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Tribunal de Regularización Dominial

SECRETARÍA DE GOBIERNO / *Marcelo Néstor Falbo*

Comisión de Asuntos Fiscales y Municipales

Presidente: Javier Hernan Moreyra.

Miembros: Juan Pablo Berné, Hernán Itoiz, María Cecilia Gutiérrez, Valeria Gatti, Raúl Malatini; Sebastián Lassalle, Francisco Calou y Valeria Bezruk.

Comisión de Concursos

Presidente: Raúl Félix Martínez.

Miembros: Mariana Ronchetti, Virginia Hilda Baccini, Natalia Blasi, Susana Rubí Brizuela, Claudio Federico Rosselli, Carolina Seoane, Gustavo Fabián Rullansky y María Larrañaga.

Comisión de Enlace con Arba

Presidente: Mirta Gladys Negrelli.

Miembros: Gustavo Aníbal Bras, Nicolás Más-poli, María Alejandra Re, Carlos Ernesto Suares, Brígida Gloria Raffo, Pablo A. Balero Reche y Carlos Agustín Sáenz.

Comisión de Enlace con el Registro de la Propiedad

Presidente: Zulma A. Dodda.

Miembros: Pablo Adrián Álvarez, María del Carmen Kircos, Delia María Miranda, Carina Pérez

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / *Marcelo E. Pérez Consentino*

Comisión de Autoprotección

Presidente: Marcela Viviana Spina.

Miembros: Marina Gabriela Arana, Estela María Falocco, Fernando Adrián Rosende, René Carlos Casas, María Lucía Cajarville, Guillermo Sierz, María Andrea Sánchez Negrete y Marta Mabel Inorreta.

Comisión de Enlace con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas

Presidente: Elina Inés Carreira.

Miembros: María Gimena Arias, Osvaldo Natalio Togni, María Alejandra Borelli, Dora Nancy Fiorentini, Diego Hernán Corral, Damián Federico Linares, Silvia Enseñat y Elisa Verónica Morello.

Comisión de Informática

Presidente: Martín Cabona.

Miembros: Pablo Oscar Galletti, Gastón Javier Bavera, Federico Travascio, Diego Emiliano Scotto Lavina, Rosario Zabala, María Natalia

Lozano, Viviana Pellegrino de Scotto Lavina, Laura Garate, Paula Mariana Morello, Marcelo Eduardo Urbaneja, Verónica Estela Storti, Mariana Armendáriz, Alfredo C. Troilo Marcos, Ana Antonieta Lavecchia, Gabriela Alejandra Vaccaro, Milena García, Julio Sebastián Ugalde, Guillermo Borges y Sonia Mabel Cardozo.

Asesoría Tributaria

Oficina de Concursos

Sequeiro, Claudia Mirta Pastorino, Evelyn Elke Steinhaus y Enrique Javier Jonas.

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: María Luján Alejandra Lalanne.

Miembros: Sebastián Bermúdez, Sebastián Justo Cosola, María Rosa del Milagro Martín, Haydée Sabina Podrez Yaniz, Humberta Pilar De Angeli, Franco di Castelnuovo, Natalia Martínez Dodda, Elda Fernández Cossini y Cecilia Dubini.

Comisión de Vivienda Social y Trabajo Oficial

Presidente: Karen Maína Weiss.

Miembros: Osmar Ariel Pacho, Guillermo Romano, Sofía Teresa Scotti, Mariana Hefling, Roberto Adrián Favelis, María Jimena López, Liliana Olga Cossini, Marcos María Badillo y Francisco Alejandro Chicote.

Convenio con la Fundación Æquitas

Personas Jurídicas

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *Juan Esteban Fal*

Comisión de Atención de la Salud

Presidente: Ramiro María Flores.

Miembros: Daniel Oscar García, María Carolina Méndez, Fernando Alfredo Villagarcía, Marcia Della Rosa, Cora Fidela Ocampo, María Florencia Segura, Guillermo Aníbal Longhi, Miguel Queirolo, Martín Guerrieri, Marta Catalina Loidi, Pablo Alejandro Di Giano, María Florencia Peries, Laura Patricio, Mónica Esther Saluppo, Gustavo Alfredo Silva y Raúl A. Borges.

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Eduardo Mario de Jesús Rivarola.

Miembros: Pedro Julio Gandini, Jorge Omar Cambet Lacoste, Laura Montani, Ana Lía Diana, Néstor José Zaccardi, Omar Agustín Piaggio y Susana Beatriz Gualtierotti Morelli de Silva.

Comisión de Perfeccionamiento Previsional

Miembros: Carlos Guillermo Ríos, Silvia Susana Sancisi, Horacio Alberto Ferrari, Jorge Cardinal, Susana María Wallace, Julio César Antollini y María Néliida Dómina.

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Juan Pedro Calou.

Miembros: Eugenia I. M. Bagnoli, Stella Maris Perdriel, Ciro Hernán Luques, María del Carmen Gaudino, Julián De Marco, Eugenio De Miguel, Daniel Cristian Franco, Pedro Abel Illaregui y María del Rosario Paso.

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

SECRETARÍA DE APORTES / *Martín Ariel Ferrari Riganti*

Comisión de Aportes

Presidente: Eduardo José Bras.

Miembros: Maximina Zabala, Valeria Laura Pepe, Alicia Noemí Broccardo, Soledad Daniela Hassan, Mercedes Braun, Romina Guarino Schneider, Mariano Ignacio Socin y Elena Silvia Ugalde.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: María de los Ángeles Pablos.

Miembros: Verónica Echeverría, María Alejandra Valero, Alicia Susana Salvatore, César Mariano Carleschi Gil, María Emilia Chalela, María Fernanda Lorenzo Mendy, Ester Carmen García, Ariel De Santiago y Mercedes Braga Fusta.

Asesoría de Aportes

SECRETARÍA DE RELACIONES PROFESIONALES Y CULTURA / *Claudia A. Rebagliati*

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Presidente: Julieta Ema Oriol.

Miembros: Maricel Hermida, Ignacio Macchi, Delfina Etchart, Norma Elena Ciuro de Castello, Sandra Mazziotta, Andrea Fernanda Salvini, Karina Salierno, Bárbara María Ríos y Carolina Boltiansky.

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Federico José Rodríguez Acuña.

Miembros: María Ana Mendía, Alicia Elsa Cappelli, Gabriela Verna, Adriana Myrtha Sosa, Elba María de los Ángeles Frontini, Paula Ortiz de Zárate, Aurelio García y Mariana Patricia Melchiori.

Comisión de Extensión Cultural

Presidente: Kelina Dinot López.

Miembros: Norma E. Sanz, Daniela Villoses, María Eugenia Grebol, Matías Scandrogllo, Patricia Mónica Etchegoyen, Verónica Galiana, Eva Torchia y Aníbal Heber Espinosa Viale.

Boletín Informativo

Directora: Patricia Elena Trautman.

Colaborador: Emilio Eduardo Ballina Benites.

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Directora: Adriana Copes.

Subdirectora: Patricia Elena Trautman.

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / *Esteban Rafael Tisnés*

Comisión de Personal y Administración

Presidente: Pablo Héctor Morrone.

Miembros: Marcela A. Muscariello, Mariana Julián, Leticia Emma Garello, Betina Lacasa,

Diego Daniel de San Pablo, Abel José Camiletti, María Isabel Mosca y Esteban Pedro Morán.

Departamento de Recursos Humanos

TESORERÍA / *Leopoldo Bernard*

Comisión Especial Registral

Carlos Ressia, Sebastián Sureda Lago, Gabriela Figueredo, Oscar A. Romandetta Maruffo, Diego L. Carbajal y Luis María Cabona.

Comisión de Finanzas

Miembros: Julián Matías Castro, Federico Lallement, Gerardo Clavin, Gastón di Castelnovo, Pablo Hugo Migueles, Alfredo Patricio Street y Carlos María Morello.

Comisión de Edificios

Presidente: Juan Manuel Área.

Miembros: Nicolás Duba, Santiago Francisco Oscar Scattolini, Ignacio Fioramonti, Marisa Alejandra Martín, Juan Andrés Mourguy, Pablo Villola, Mariano Martín Guerra y Mauricio Esponda.

Auditoría externa

Bancos / Inversiones

PROTESORERÍA / *Fernando Gabriel Sánchez*

Comisión de Hacienda

Presidente: Fernando Gabriel Sánchez.

Miembros: Florencia Squirru, Ernesto Carlos Antollini, Jorge Ignacio Cambet, María Paula Velilla, Ana Laura Bastián, Diego Ariel Hollmann, Juan Pablo González Fortini, Juan I. Ca-

vagna, Diego Leandro Molina, Mariano Costanzo, Guillermo Martín Álvarez, Rubén Santiago Stradiot, Ignacio J. Salvucci, Guillermo Agustín Lagier, Teresa María de los M. Gasparín, Silvia Marcolín de Raimondi y Bruno Maugeri.

Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

Jefe: Magdalena Isabel M. Rojo

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Nilda Cecilia Saling

Secretaria: Graciela Sanmarco

Tesorera: Norma E. Ciuro de Castello

CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES

Directora: Marta Raquel López

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de Rúbrica de Libros de Consorcios de Copropietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos de Autoprotección)

Directora: Marta Raquel López

Subdirectora: Claudia Maceroni

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General interina:

Olga Haydée Arreseygor

Cuerpo de inspectores:

Beatriz Mercedes Albizuri, Juan

Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli,

Carlota Caracciolo, María Cristina Ca-

talano, Francisco Alejo R. Domínguez

Journet, Silvia Elena Doratti, Fed-

erico Ricardo Gastaldi, Silvia Liliana

Kühne, Oscar Rodolfo Leggeri, María

Antonia Maggi, Hilda Julia Manzanal,
Luis Alberto Milani, Virginia Milani,
Horacio Tiburcio Molina, Ana María
Oneto, María Teresa Pellegrini,
Eduardo Francisco Perrozzi, Haydeé
Teresa Pietrangeli, Jorge Alberto
Pollono, Miguel Daniel Terán, Martha
Susana Torre y Gladys Edith Verzeri.

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo

Presidente:

Jorge Alberto Mateo

Vicepresidente y Directora Ejecutiva:

Malvina Julia Zalabardo

Secretario:

Marcelo E. Pérez Consentino

Tesorero:

Fernando Gabriel Sánchez

Vocales:

María del Pilar Llorens Rocha y

Eduardo Gabriel Clusellas

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros Titulares:

Osmar Ariel Pacho

Silvia Marcolín de Raimondi

María del Rosario Paso

Miembros Subrogantes:

Luis Felipe Basanta

Silvia Nelly Fernández de Ayán

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina N. Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria

Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario

Jorge Raúl Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocales

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos

Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (†)

José María Mustapich (†)

Carlos Alberto Pelosi (†)

Juan Vallet de Goytisolo (†)

Aquiles Yorio (†)

Alberto Villalba Welsh (†)

Carlos Cossio (†)

Ángel Martínez Sarrión (†)

Mauro Cappelletti (†)

Manuel Fraga Iribarne (†)

Augusto Mario Morello (†)

Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)

Jorge Horacio Alterini

Luis Moisset de Espanés

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

UNA - INSTITUTOS Y DIRECTORES

Derecho Agrario y de la Minería <i>Horacio Maiztegui Martínez</i>	Derecho Tributario <i>Viviana Di Pietromica</i>
Derecho Civil <i>Vacante</i>	Derechos Humanos <i>Otilia del Carmen Zito Fontán</i>
Derecho Comercial <i>Daniel R. Vítolo</i>	Filosofía del Derecho <i>Vacante</i>
Sala de Registración Societaria <i>Norberto R. Benseñor</i>	Historia y Organización del Notariado <i>Alejandro Diego Míguez</i>
Derecho Constitucional <i>Daniel Alberto Sabsay</i>	Investigación social <i>Vacante</i>
Derecho Inmobiliario <i>Adriana N. Abella</i>	Sistemas e Informática Notarial <i>Carlos Agustín Sáenz</i>
Derecho Internacional Privado <i>Sara Feldstein de Cárdenas</i>	Técnica Notarial <i>Vacante</i>
Derecho Notarial <i>Cristina N. Armella</i>	Centro Cultural y Museo "Roberto M. Arata" <i>Alejandro Diego Míguez</i>
Derecho Penal <i>Javier Percow</i>	Biblioteca "Eduardo Bautista Pondé" <i>Vacante</i>
Derecho Procesal <i>Roberto Oscar Berizonce</i>	Sala del Derecho de Autor <i>Vacante</i>
Derecho Registral <i>Zulma A. Dodda</i>	Sala del Derecho de la Propiedad Intelectual <i>Vacante</i>

UNA - DELEGACIONES PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Azul: *Susana Haydée Iglesias*
Bahía Blanca: *María Verónica Scoccia*
Dolores: *Joaquín Barreneche*
Junín: *Sebastián Justo Cosola*
La Plata: *Marcela H. Tranchini / Marcelo N. Falbo*
Lomas de Zamora: *Nicolás Soligo Schuler*
Mar del Plata: *Paula Giacomaso*
Mercedes: *Leandro N. Posteraro Sánchez*
Morón: *Fátima Cosso*
Necochea: *Marta Catalina Loidi / Fernando Riaño Laboranti*
Nueve de Julio: *Guillermo Martín Álvarez*
Pergamino: *Natalia Martínez Dodda / Mariela del Rosario Gorospe*
San Isidro: *Karina Salierno*
San Martín: *Adriana Copes*
San Nicolás: *María Verónica Bonaterra*
Tandil: *Marcos María Badillo*
Trenque Lauquen: *María Cristina García*

UNA - DELEGACIONES

CATAMARCA

María Belén Saadi Brizuela
Prado 337 - (4700) Catamarca

CÓRDOBA

Amara Bittar de Duralde
Obispo Trejo 104 - (5000) Córdoba

CORRIENTES

María del Carmen Richeni de Barreto
9 de Julio 1165 - (3400) Corrientes

CHACO

Marta Bonfanti
Av. Italia 123 - (3500) Resistencia

CHUBUT

Marcelo Luis Lizurume
Edison 475 - (9100) Trelew

ENTRE RÍOS

Zaida Martínez de Maiztegui Marcó
Urquiza 1166 - (3100) Paraná

FORMOSA

Jorge Salvador Cuño
Padre Patiño 812 - (3600) Formosa

JUJUY

Susana Macina
Av. 9 de Abril 415
(4600) San Salvador de Jujuy

LA PAMPA

María Alicia Molinengo
25 de Mayo 434 - (6300) Santa Rosa

LA RIOJA

Irma Nélide Sartori de Ascoeta
Belgrano 72 - (5300) La Rioja

MENDOZA

Laura Chiapinotto de Ugalde
Patricias Mendocinas 758 - (5500) Mendoza

MISIONES

Mercedes E. Sigrid Benítez Chapo
Bolívar 555 - (3300) Posadas

NEUQUÉN

Ana Elsa Longo
Santa Fe 155 - (8300) Neuquén

RÍO NEGRO

Gastón Augusto Zavala
Don Bosco 1390 - (8332) Gral. Roca

ROSARIO

María Verónica García
Sergio A. Bengoechea
Córdoba 1852 - (2000) Rosario

SALTA

Alicia E. Karanicolas
Mitre 384 - (4400) Salta

SAN JUAN

Aída Laspina de Frese
Bartolomé Mitre 354 Oeste
(5400) San Juan

SAN LUIS

Fabiana Giovannini
Rivadavia 374 - (5700) San Luis

SANTA CRUZ

Norma Beatriz Abuin
Tucumán 52 - (9400) Río Gallegos

SANTA FE (1ra. Circunscripción)

Beatriz Dapello de Lorio
San Martín 920 - (3000) Santa Fe

SANTIAGO DEL ESTERO

Gustavo E. Yocca
Tucumán 393 - (4200) Santiago del Estero

TUCUMÁN

Marta Inés Podestá
Crisóstomo Álvarez 465
(4000) S. M. de Tucumán

Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2014 - 2016

Presidente:

Mirta Clara Bercovich

Miembros Titulares:

Elsa Susana Turdó de Das Neves Vargues

Alicia Rosa Maida de Vaccaro

Miembros Subrogantes:

María Cristina Iglesias

María del Carmen Ayarra

Víctor Adrián Stankievich

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Adelina Consentino

Vicepresidente: Carlos Martín Queirel

Secretaria: Amelia Teresita Pérez Amendolara

Prosecretario: Juan Carlos Placente

Tesorero: Héctor Arsenio De Nardo

Protesorera: Raquel Norma Rodríguez

Vocales titulares: Dora Rosa Mc Britton,

Alicia Mabel Dentone, Ángel Guerrero y

Juana Francisca del Pino

Suplentes: Nancy Soria, María de los

Ángeles González, Graciela Ruspil y Lucía Seminara

Revisores de cuentas titulares: María Teresa Fernández, Beatriz Ercilia Damonte y

Alicia Beatriz Rabuffetti. Suplentes: Isabel Haydée Pepa y Leyla Palumbo

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas

Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina

Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas

Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas

Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Sumario **977**

mayo - agosto 2014

EDITORIAL

Una visión histórica 337
Jorge Alberto Mateo

DOCTRINA

Todos los trabajos fueron especialmente elaborados para Revista Notarial

Contraría la naturaleza jurídica de las representaciones irrevocables, la imposición legal de limitarlas en el tiempo con un plazo cierto 347
Natalio Pedro Etchegaray

Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales en el proyecto de reforma y unificación de los códigos civil y comercial 359
Eduardo Zannoni

Reformas al Código Civil 369
Luis Moisset de Espanés

Las obligaciones "concurrentes", "indistintas" o "conexas" en nuestro derecho privado y en el proyecto de reformas de 2012 <i>Félix Alberto Trigo Represas</i>	383
La inhibición general de bienes y las medidas precautorias <i>Néstor O. Pérez Lozano</i>	405
La jurisdicción protectora o "de acompañamiento" <i>Roberto Omar Berizonce</i>	439
Patrimonialidad de la prestación <i>Rubén H. Compagnucci de Caso</i>	463
Nulidad de asambleas en la propiedad horizontal <i>Marina Mariani de Vidal</i>	475
Los principios procesales y su necesaria adaptación en materia cautelar. La posibilidad cautelar de afectar otras actuaciones judiciales (prohibición de demandar) <i>Eduardo Néstor de Lázari</i>	489
El documento notarial y su circulación. Traslados. Primeras copias, segundas o ulteriores. Derecho de retención. Testimonios. Certificados <i>Rubén Augusto Lamber</i>	501

Conocimiento, interpretación y aplicación del derecho en la perspectiva del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación	537
<i>Carlos Enrique Pettoruti</i>	
Sobre el control, el contralor y la intervención estatal en las sociedades regidas por el derecho privado	553
<i>Eugenia Giraldez</i>	
El vínculo entre mora del acreedor y pago por consignación	559
<i>Pascual E. Alferillo</i>	
Los instrumentos públicos y su redargución de falsedad	593
<i>Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo</i>	
Reflexiones en torno a la libertad de prensa	621
<i>Elvira Martha Yorio y Valentín Jalil</i>	

Los conceptos vertidos en los artículos firmados representan la opinión de sus autores, no comprometiéndolo la posición institucional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

ISSN 0325-4607

Una visión histórica

Un Colegio, una Revista y mucho más

Jorge Alberto Mateo

Me ha tocado en suerte, transitar el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en el final del siglo XX y los inicios del siglo XXI, cumpliendo diversas funciones.

Es muy cierto que el Colegio, la sociedad, el notariado y el mundo eran otros cuando nació la Revista Notarial. Pero no es menos cierto que todos ellos también han cambiado mucho desde que comencé a ejercer la profesión.

Revista Notarial: un nombre que es pequeño pero que define un instrumento tan grande desde lo intelectual, desde lo jurídico y desde lo bibliográfico.

Con la modestia de los creadores, dieron en llamarla "Revista", y todos podemos apreciar que se trata de una verdadera joya literaria jurídica, desde lo doctrinario, lo jurisprudencial, como también valorar el trabajo de quienes la conducen y elaboran hoy, como de aquellos que lo han hecho durante estos 120 años.

Si bien he sido convocado para prologar este número, advirtiendo o marcando las diferencias institucionales y de contexto que han situado a este órgano doctrinario del Colegio de Escribanos en su trayectoria, no puedo prescindir de hacer referencias humanas, sin necesidad de mencionar personas, tal vez por el temor de olvidarme de alguien. Sin embargo, no puedo dejar de emocionarme por no nombrar a alguno, entre los que se encuentra uno de los más queridos que me ha dado mi carrera institucional.

Editorial

La Revista Notarial no existe ni existirá sin usted, estimado lector, estudioso si los hay. He aquí una de las causas de su permanencia. Aunque, sin realizar un orden de méritos, debemos recordar y reconocer a todos aquellos que la dirigieron y, obviamente, a los equipos que fueron dirigidos: directores, comités de redacción, autores de trabajos y de estudios, recopiladores de legislación y jurisprudencia, especialistas en las distintas áreas que se han visto reflejadas en una obra que es siempre un valioso material de formación y de consulta...

También es necesario reconocer a quienes no figuran en el reparto de actores de esta gran obra y que son, fueron y serán los empleados del Departamento Comunicaciones y del Taller de Producción Gráfica del Colegio de Escribanos, sin los cuales el producto no sería el mismo.

Merecen un párrafo especial quienes tuvieron la inteligencia y la visión de crear esta Revista, que enorgullece al notariado bonaerense. A ese colega silencioso que desconoce el alcance geográfico de cada número que es entregado a lo largo y a lo ancho de nuestro país, y a muchos colegas extranjeros. Por eso es importante que sepan qué tenemos en nuestras manos y cuántos son lo que aprecian esta publicación y les sirve de libro de consulta cotidiana.

Ahora bien, cumpliendo con la labor encomendada, voy a referirme a la historia de nuestro Colegio durante los últimos 50 años, habiendo sido participante activo sólo durante los últimos 30. La documentación existente nos permite apreciar la historia sobre la que se asienta nuestra actualidad.

La historia de nuestra actualidad. El notariado después de Pondé

Para la provincia de Buenos Aires, cuna de grandes juristas y notarios, cuna de dirigentes provinciales, nacionales y mundiales, es un orgullo haber contado entre los dirigentes a alguien tan lúcido, preclaro y adelantado 50 años a su tiempo como Eduardo Bautista Pondé.

El Notariado Bonaerense fue uno antes y otro después de Pondé. Obviamente, no me estoy refiriendo a las modificaciones que se produjeron como consecuencia de factores externos, muchos de ellos perjudiciales para nuestra actividad.

Me estoy refiriendo clara y concretamente a decisiones políticas, proyecciones de futuro, programación institucional. Para poder tener una idea clara de esto, basta con reproducir el artículo publicado en el número 705 de esta Revista, correspondiente al bimestre marzo/abril de 1956. En el mismo, titulado "Posibilidades futuras de las Delegaciones locales", Pondé nos decía, entre otras cosas:

“Delegaciones. La tarea. Entre las muchas cosas buenas que los gestores de la ley 5015 previeron, figura la creación de las Delegaciones locales, regidas brevemente por los artículos 98, 99 y 100 de la ley. Vaya este comentario elogioso con que comenzamos este trabajo, como reconocimiento y gratitud por la obra que en su momento hicieron y que conservará el inigualable mérito reservado a los iniciadores. Toda crítica, pues, al sistema actual, debe ser entendida como inspirada en un afán constructivo y derivada de un nuevo enfoque para solucionar los problemas notariales del interior de la provincia de Buenos Aires.

Las Delegaciones, debidamente organizadas y hábilmente distribuidas, pueden tomar la responsabilidad de atender funciones que al presente son exclusivamente manejadas por el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos, afrontando las dificultades de tiempo y distancia; pueden, incluso, superar esta faz a cargo del Consejo Directivo, asumiendo la representación del mismo en asuntos de diverso carácter, y que la autoridad central no está en condiciones de resolver eficazmente ni siquiera llegar a encarar sin la cooperación de las Delegaciones. Por vía de la descentralización habrá de llegarse a una agilización administrativa y a una fertilidad creadora de normas que eliminará rápidamente tanto procedimiento embarazoso que perturba de continuo al escribano”.

“Distribución. Para el mejor cumplimiento de sus fines -dice el art. 98 de la ley 5015- ‘el Colegio de Escribanos podrá constituir delegaciones locales en las ciudades cabeza de Departamento Judicial’. Este concepto, basado en la división del territorio provincial a los fines de la administración de justicia, no coincide con los intereses y conveniencias notariales. La existencia de una Delegación debe estar condicionada al número de escribanos radicados en determinadas zonas, contemplando simultáneamente las vías de comunicación y medios de transporte para incorporar los diversos partidos a una u otra Delegación”.

“La zona denominada Gran Buenos Aires deberá contar asimismo con Delegaciones... Si bien la proximidad con la Capital de la Provincia aparenta tornar innecesaria esta creación, la diversidad de funciones a que aludimos precedentemente y que desarrollaremos a continuación demostrará su utilidad”.

“Bancos oficiales. Habrá de llegarse, indudablemente, a que los escribanos de la provincia de Buenos Aires, adquieran conjuntamente con la concesión del Registro, el derecho a actuar como escribanos de los Bancos e Instituciones Oficiales. Es esta una materia bastante compleja porque son muy diversas las situaciones a contemplar si es que -como es natural- se ansía llegar a una fórmula equitativa. Son numerosas las localidades que carecen de oficinas bancarias; en otros lugares -La Plata por ejemplo- la elevada cifra de escribanos trasuntaría bastantes dificultades

para la organización interna de los Bancos. Pero, sin perjuicio de que el tópicó merece un estudio mesurado y profundo, puede ya encararse una solución parcial de ejecución inmediata. El sistema rotativo y fondo común para los escribanos de cada localidad es factible de aplicación en la mayor parte de las ciudades bonaerenses”.

“Las gestiones, que puedan hacer cristalizar esta ambición, son de cuenta del Consejo Directivo; pero alcanzado el propósito, recaerá sobre las Delegaciones todo el control y relaciones con la Institución Oficial en los asuntos de orden escriturario”.

“Evacuación de consultas. *Tal vez no sea exagerado calificar a las Consultas que formulan los escribanos a sus propios Colegios, como una de las fuentes más poderosas del Derecho Notarial, que tan gran sector de profesionales reconoce en formación. Es que precisamente ellas contemplan las dos facetas que deben permanecer íntimamente unidas para el eficaz ejercicio del notariado: la doctrina, como posibilidad evolutiva, y la práctica, como ajuste al derecho positivo. Cuantos más se ejerciten en esta práctica, mejor que mejor. Muchos de los notarialistas de nuestro país que ya van tomando popularidad por el caudal de su producción dieron sus primeros pasos estudiando y resolviendo consultas formuladas por colegas”.*

“Entendemos y creemos que las Delegaciones deben participar activamente en el despacho de consultas, no solamente por inmediatas y más o menos personales ventajas de rapidez, sino también por los beneficios que el notariado llegará a tener como derivado lógico de la labor de muchos”.

“Algún día -y esperamos no lejano porque el material es mucho-, el régimen de consultas tomará el vuelo necesario para que lleguemos a reconocer e imponer una verdadera jurisprudencia notarial dilucidatoria de tantas variadas interpretaciones. Quizá el destino acuerde al notariado de la provincia de Buenos Aires, llevar al orden nacional -por vía de la Federación de Colegios de Escribanos- la realidad y concreción de esta jurisprudencia”.

“Un sistema bien coordinado puede tornar rapidísima la contestación de una consulta urgente neutralizando las dificultades de la distancia. Al decir de un sistema bien coordinado, queremos referirnos al procedimiento adoptable para borrar, en lo posible, la desventaja que la distancia impone a los colegas. Dentro de esta concepción, deberá incorporarle las consultas telefónicas, cuya inseguridad queda cubierta utilizando un grabado que, dado está, deberá poseer cada Delegación, como asimismo la sede del Colegio. El consultante debe redactar por escrito su consulta y transmitirla telefónicamente a la Delegación, que, por su parte, recoge una versión literal, porque para ese fin conecta el teléfono con el grabador”.

“Oficinas de valuación. En todos aquellos casos en que se cuestione la interpretación de una disposición legal de orden impositivo, como cuando se pretenda aplicar sanciones o multas a un escribano, deberá correrse vista de las actuaciones a la Delegación, para que exponga su opinión y tome nota del hecho. Esta es una misión de singular importancia y que amenguará la inferior posición que, sistemáticamente, tiene el profesional con respecto al Fisco. Además, no siempre habrá disparidad de criterio y, aun cuando lo haya, ‘en última instancia se llegará a una resolución cuyo conocimiento no será ya exclusivo para el Fisco y el profesional circunstancialmente actuante, sino que -en razón de la obligatoriedad de su intervención- la Delegación se interiorizará de las normas interpretativas y, como derivado, podrá evacuar consultas de orden fiscal, con rapidez y seguridad, evitando en muchos casos que se llegue a la formación del expediente y evitando el dilatadísimo procedimiento actual”.

“Tomar conocimiento de las sanciones con que se amenaza a un colega, involucra dos ventajas inapreciables para el gremio: impedir sanciones injustas y reunir los antecedentes de cada escribano en un legajo, de modo tal que los propios colegas, que ocasionalmente estén erigidos en autoridad, dispongan de los elementos necesarios para asumir su defensa o sancionarlo, defendiendo así el concepto y la jerarquía notarial”.

“Intendencias municipales. La autonomía municipal faculta a sus autoridades para adoptar el sistema y método que mejor estimen útil, dentro de los cánones constitucionales y leyes de fondo, buscando la prosperidad del municipio. Es natural, pues, que haya disparidad de criterios en los más variados órdenes. Los escribanos hacemos permanente y abundante acopio de los inconvenientes que esta variedad de puntos de vista tiene en lo que concierne a nuestra profesión. Por su popularidad diremos concretamente lo que hay que lograr en labor coordinada de todas las Delegaciones y, como es lógico, con centralización en el Consejo Directivo:

a) Unificación del tipo de formulario.

... c) Agilización del trámite de despacho, pago y liberación.

... e) Facultad de prescindir del certificado luego de determinado lapso de solicitado, sobre la base de que vendedor y comprador se solidaricen para el pago de la deuda que pudiere resultar”.

“Atención médica. El enfermo, especialmente si su estado es grave, necesita soluciones rápidas y simples, por eso no creemos adecuado el procedimiento actual que demanda una serie de tramitaciones previas para su atención, por más que sean atenuadas por la buena voluntad de quienes deben ocuparse de atender tales pedidos. En nuestra opinión debe invertirse el procedimiento de modo que en lugar de que el paciente informe que quiera internarse, avise que se internó. Es importante que el Colegio de Escribanos tenga convenios con distintos Sanatorios. Esta faz

no solamente no es criticable sino plausible, máxime que dichos acuerdos se han concretado con instituciones que garantizan una buena atención. Pero ello no debe restringir el derecho de internarse y hacerse atender en el Sanatorio y por el médico que más confianza inspire al enfermo, porque estos aspectos suelen tener extraordinaria importancia psicológica e inciden sobremana en la moral del paciente. Por supuesto que el Colegio de Escribanos pagará todos los gastos que se originen hasta el límite que constituya el costo de ese tratamiento en los Sanatorios con lo que tenga pactos y el excedente deberá afrontarlo el interesado”.

“Jornadas de estudio. No es del caso recapitular la importancia de las jornadas de estudio y cómo influye en el ánimo de los que participan en las mismas para trabajar en pro del notariado. Es menester llevar esta inquietud al interior de la Provincia que, por turno, estará a cargo de cada Delegación...”.

“Lo medular es comenzar con ellas que lo demás vendrá por añadidura”.

Ahora comprenderán bien el porqué de mi afirmación acerca del lúcido, preclaro y adelantado 50 años a su tiempo. Recomiendo leer el artículo en su totalidad. Los conceptos que Pondé vertía ¡hace 59 años! se corresponden con el desarrollo que tuvieron las delegaciones desde su creación, y cada uno de los servicios que el Colegio brinda en la actualidad. Él lo vio antes. Supo prefigurar el Colegio mucho más allá del alcance de su vida biológica, con una claridad de miras a la que todos los dirigentes posteriores debemos tributo.

Hoy está trascurriendo ya una quinceava parte de este siglo XXI, los primeros 15 años de este tercer milenio. ¿Cuál es nuestra obligación? ¿Cuál es nuestra tarea?

Es claro que los colegas de la primera mitad de siglo XX, ni aun Pondé, con su visión, podían imaginar cómo sería nuestra vida de hoy. Pero hay algo cierto: nuestras obligaciones, los imperativos de nuestro ejercicio profesional, el decálogo del notario, no han variado, ni deben cambiar.

Hoy tenemos a la electrónica al “servicio” y también a la “servidumbre” del notario. Los avances tecnológicos nos brindan muchísimas cosas, pero nos quitan otras. La velocidad no siempre es hermana de la eficacia, ni tampoco familiar de la seguridad. La tecnología nos ayuda en la tarea, porque la tarea que se nos ha impuesto en estas épocas es cada vez mayor. Pero no debemos perder de vista que la tecnología facilita todo, facilita lo bueno y lo malo.

La tecnología y la velocidad no deben significar un relajamiento de las exigencias profesionales. Deben ser sólo un instrumento que nos permita responder más rápidamente a nuestros requirentes, sin perder de vista que ellos ven y deben seguir viendo en nosotros al profesional confiable que les brinda

seguridad jurídica y en quien están acostumbrados a confiar, y esa es nuestra mayor responsabilidad: mantener lo que nuestros antecesores han logrado.

Pertenecer al notariado bonaerense es un orgullo que muchos querrían ostentar, es un galardón que muchos no alcanzan a valorar, porque desconocen que no todos los notarios del país y del mundo tienen en su casa:

Un Colegio, como el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires...

Una Delegación propia, que acerca la institución al notario en una geografía tan extensa como la de nuestra Provincia...

Una Caja de Previsión y Seguridad Social de excelencia...

Una Universidad Notarial propia...

Una Asesoría Notarial Personalizada, con atención telefónica y vía correo electrónico en días hábiles, todo el año, en dos turnos...

Una capacitación *in situ* permanente y a demanda en las 17 delegaciones...

Un Sistema Orgánico de Información Notarial que brinda mucha más información de la que podemos necesitar...

Una línea gratuita de consulta del Sistema de Atención de la Salud que funciona 24 hs. durante todos los días del año...

Un Archivo de Actuaciones Notariales con seis sedes, una de ellas recientemente inaugurada...

Un Taller de Producción Gráfica que elabora nuestros propios folios, entre otras publicaciones...

Un Seguro de Responsabilidad Civil...

La representación institucional a nivel nacional e internacional en los más altos organismos notariales, reconocida a lo largo de la historia...

Y una REVISTA NOTARIAL CON 120 AÑOS DE HISTORIA.

A aquel al que todo esto le parezca poco, lo invito a averiguar qué ofrecen otros notariados del mundo. Al que considere estos datos como positivos, sepa que se lo debemos a un Colegio que tiene 126 años de vida, que ha tenido dirigentes y dirigidos que siempre estuvieron pensando en el notariado. Así, en la crítica y el reclamo, quienes lo hacen, están colaborando para mejorar.

Un presidente, el día de su asunción, dijo: "tengo 24 meses de mandato, si 24 colegas me traen un proyecto, tendré trabajo para toda mi presidencia".

Estimados colegas, apostemos a más, a mucho más. No son suficientes 24 proyectos, porque ningún presidente trabaja SOLO, nadie podría administrar, reflexionar, progresar y ejecutar todo, si no tiene un equipo. Y yo, a usted, lo cuento en nuestro equipo, el equipo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Editorial

Los colegas que nos sucedan, también necesitarán que nosotros les entreguemos las instituciones, como las hemos recibido, sanas y vivas, y que ellos puedan decir, como decimos nosotros de quienes nos precedieron, "GRACIAS POR LA HERENCIA RECIBIDA".



Doctrina

Contraría la naturaleza jurídica de las representaciones irrevocables, la imposición legal de limitarlas en el tiempo con un plazo cierto

Natalio Pedro Etchegaray

SUMARIO: 1. Crítica al "Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación". 2. Modificación del proyecto por el Senado de la Nación. 3. Se debe suprimir la exigencia legal de incluir una expresa limitación temporal en el texto de la representación irrevocable. 4. El plazo es del negocio, no de la representación irrevocable. 5. Casos en los que la naturaleza del contrato impone que se fije un plazo cierto a la representación irrevocable. 6. Consecuencias de omitir toda referencia a un límite temporal en el texto de la representación irrevocable. 7. Problemas que plantea el vencimiento del plazo fijado tentativamente en la representación irrevocable. 8. Consideramos posible invocar la prórroga implícita del plazo establecido en la representación irrevocable. 9. Conclusión: es de la naturaleza de la representación irrevocable su mantenimiento en el tiempo, no su limitación.

Frente a la disyuntiva de decidir sobre si una representación irrevocable ha caducado por el transcurso del tiempo, la naturaleza jurídica de esta figura le impone al intérprete remitirse al negocio-base que la motivó y en base al mismo optar por su mantenimiento en el tiempo o por su extinción, teniendo en cuenta que *es natural en la representación irrevocable su mantenimiento temporal y no su limitación, aunque con justa causa podrá revocarse*.

1. CRÍTICA AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En el diario La Ley¹ analizamos el tratamiento que otorga el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Proyecto) al tema de la representación irrevocable, a su naturaleza jurídica, a su reconocimiento en el Código de VÉLEZ SARSFIELD, a la reforma que se le efectuó en 1968, así como a las notas del codificador y a los lineamientos del tema en la doctrina del negocio jurídico.

Allí formulamos tres observaciones puntuales al Proyecto:

1°. No mantener el enunciado del art. 1982 que expresa: “El mandato continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero”;

2°. Mantener, en la enumeración de las circunstancias jurídicas necesarias para que se tipifique una representación irrevocable, la necesidad de que se la limite temporalmente, agravada por la inclusión de la expresión “por un plazo cierto”;

3°. Seguir confundiendo las nociones de representación voluntaria y contrato de mandato cuando remite, en el primer párrafo del art. 1330 ubicado en el desarrollo expositivo del contrato de mandato, al art. 380 del Proyecto que es tipificante de la representación irrevocable, figura totalmente opuesta en su esencia a la naturaleza jurídica del contrato de mandato.

En el segundo párrafo del mismo art. 1330, donde se insiste textualmente en el enunciado del art. 1983 del Código de VÉLEZ SARSFIELD al decir: “El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad”, insistiendo en una ubicación que hemos criticado en otras oportunidades, ya que técnicamente hubiera debido encontrarse en el Libro IV de los Derechos Reales y Personales, en la

1 ETCHEGARAY, Natalio Pedro. “La representación en el proyecto de reformas y unificación de la legislación civil y comercial. (artículos 358 a 381)”, La Ley, 23 de Julio de 2012, Revista del Notariado N° 911, enero - marzo de 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, págs. 221/7.

Sección Primera sobre “la Transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían”.

2. MODIFICACIÓN DEL PROYECTO POR EL SENADO DE LA NACIÓN

En noviembre del año 2013, la Cámara de Senadores de la Nación dio media sanción al Proyecto y allí modificó el inciso b) del art. 380, que se refiere a la extinción del poder de representación e introduce un agregado que se incorpora al texto del proyecto original, que en lo sucesivo y, en lo pertinente a esta cuestión dirá:

Artículo 380. Extinción. El poder se extingue: (...) b) por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero.

Con este agregado legislativo, aparece, así, superada, la más importante de las objeciones que el notariado efectuó al Proyecto en materia de representación irrevocable.

En el citado trabajo, aclaramos que aunque esta norma no llegue a incorporarse expresamente al texto de la reforma, igualmente subsistirá la posibilidad de invocarla, tanto en sede privada como judicial, pues es un elemento esencial constitutivo de la naturaleza jurídica de la representación irrevocable, expresada magistralmente por nuestro codificador, cuando en la nota al art. 1977 cita a TROPLONG (Nº 718 de *Mandat*) y nos remite a estos conceptos textuales:

La revocación es *un acto estéril, que no quita al mandatario ninguno de sus derechos*, tanto frente a una causa subjetiva (decisión contraria del representado) u objetiva (muerte o incapacidad del representado), como lo recuerda con una cita latina: “*Tale mandatum revocari non potest nec tacite per mortem, nec per expressam revocationem*”.

El mismo TROPLONG² nos brinda argumentos para establecer netas diferencias entre la naturaleza jurídica de la representación irrevocable, surgida como

2 Troplong, Raymond. *Le droit civil expliqué. Du mandat*, t. VI, Charles Hingray, París, 1846, pág. 661.

condición de un negocio contrato bilateral, y la representación voluntaria, emanada de un contrato de mandato, cuando se pregunta:

¿Cómo es posible que el contrato de mandato se extinga ante la muerte del mandante y no pase lo mismo con la locación o la venta? Es porque el contrato de mandato ha sido introducido o creado en interés del mandante, es la voluntad de éste la que sostiene su vigencia y cuando esa voluntad deja de existir, el mandato, faltándole su base esencial, fenecese. El mandato no se parece pues, en esto a los otros contratos que no se disuelven más que por la voluntad común de las partes y a los cuales la muerte no trae aparejada ningún cambio.

En esta última categoría jurídica corresponde ubicar a la representación irrevocable que, no obstante, aclaramos, cedería frente a una justa causa declarada judicialmente, como cualquier otra de las situaciones contractuales que pueden darse en los negocios jurídicos, sin necesidad de reiteración legal como erróneamente lo hacen, a nuestro criterio, el Código en el actual art. 1997 y el art. 380 del Proyecto.

Celebramos el agregado al inciso b) del art. 380 del Proyecto, que incorpora textualmente el contenido del actual art. 1983. Decimos “textualmente” porque no agrega la referencia al plazo cierto de la irrevocabilidad y no avanza sobre los requisitos esenciales de una representación irrevocable, como lo hizo la reforma de 1968 al incorporar aquel requisito al art. 1977 del Código Civil y el Proyecto al mantenerlo en el inciso c) del artículo 380 del Proyecto.

Se observa, en consecuencia, una contradicción entre los enunciados de los incisos b) y c) del art. 380 del Proyecto, dado que al detallar los requisitos para que una representación pueda considerarse irrevocable estos son repetidos en ambos incisos, pero en el inciso c) se agrega la mención de su limitación por un plazo cierto, lo que no se hace en el inciso b), como tampoco lo hizo la reforma de 1968 al mantener el texto originario del art. 1983.

Entonces, respecto del Proyecto, subsisten las observaciones sobre el *mantenimiento de la limitación temporal de la irrevocabilidad* en el citado inciso c) del art. 380, agravada por la locución “plazo cierto” y la referencia a *los encargos para después de la muerte del poderdante* en el art. 1330.

En este trabajo nos referiremos exclusivamente al mantenimiento de la limitación temporal por un plazo cierto.

3. SE DEBE SUPRIMIR LA EXIGENCIA LEGAL DE INCLUIR UNA EXPRESA LIMITACIÓN TEMPORAL EN EL TEXTO DE LA REPRESENTACIÓN IRREVOCABLE

Consideramos que no es esencial, para que una representación irrevocable se tipifique, que el instrumento de la representación contenga una limitación respecto del tiempo de vigencia de esa representación.

Releyendo, la redacción original del art. 1977 y el art. 1982 del Código Civil puede llegar a establecerse cuál es el único elemento esencial específico para que exista una representación irrevocable: *la necesidad de atender al interés legítimo que tengan las partes -o un tercero- de un negocio específico, que se llegue al cumplimiento total de dicho negocio*; por lo tanto consideramos un error jurídico del legislador exigir que del texto de la representación irrevocable surja expresamente una limitación temporal.

Sabiamente lo explica VÉLEZ SANSFIELD en la extensa nota al art. 973 del Código Civil, introductoria al tema “De la forma de los actos jurídicos”:

Las prescripciones de la ley pueden recaer sobre tal o cual elemento constitutivo de la forma, o sobre muchos de ellos, o sobre todos a un tiempo. Otros actos no exigen, para su existencia, ninguna forma especialmente prescrita, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse (...) en las sociedades poco adelantadas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. Para encadenarla era necesario revestirla de un cuerpo físico. De los interrogatorios solemnes a las partes, que también debían contestar ritualmente para impresionar a los testigos y a los que intervenían en el acto y en las que una expresión errónea anulaba el acto, se pasa a fórmulas escritas, tan rituales como aquellas. Los progresos de la civilización espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia y las trasladan al dominio de la inteligencia. Una civilización adelantada se asocia inmediata y principalmente a lo que es la voluntad, a la intención; no pide a la materia sino lo que es indispensable para asegurar y descubrir la voluntad.

La ley no puede exigir que las partes contratantes fijen anticipadamente un plazo cierto a la representación irrevocable si la intención de las mismas es que subsista, hasta que se logre el cumplimiento total de las prestaciones comprometidas por cada una de las partes contratantes. Esa es *la intención, la voluntad de los contratantes*, que no puede estar sometida a fórmulas rituales, que en la mayoría de los casos resultan enervantes de la finalidad que se persigue cuando se otorga una representación irrevocable.

En principio, el plazo (expreso o implícito) es el del negocio cuyo cumplimiento quiere asegurarse y no el que se fije en el texto de la representación irrevocable, en un verdadero ejercicio de adivinación del otorgante.

4. EL PLAZO ES DEL NEGOCIO, NO DE LA REPRESENTACIÓN IRREVOCABLE

En realidad no se puede concebir una representación irrevocable que no sea consecuencia de un negocio-base, ya que emana de una condición establecida en el contrato. Hemos sostenido reiteradamente que es imposible otorgar una representación general irrevocable, aun cuando se enumeren los distintos tipos de negocios que pueden convenirse en nombre del poderdante; no obstante, es posible conferir poderes de representación generales de disposición, detallando el tipo de negocio especial que el apoderado puede realizar; en otras palabras, el poder de representación general común es una enumeración de contratos autorizados a convenir en nombre del poderdante; en cambio, la representación irrevocable es *específica* para un contrato ya concluido, es decir, con sus elementos esenciales específicos (sujetos y objeto) perfectamente determinados o determinables, y con sus elementos naturales (modalidades) debidamente aclarados.

Negocio concluido o acordado entre las partes no quiere decir negocio cumplido, ya que justamente para asegurar su cumplimiento es que se otorga la representación irrevocable.

Si no existiera ese negocio base en ejecución, no habría una irrevocabilidad en el sentido que le da la doctrina, sino un mero pacto de irrevocabilidad que puede ser derogado en cualquier momento, sin otra consecuencia que el eventual perjuicio que pudiera causar la demanda del apoderado al poderdante, pero no se mantendrá la representación; para lograrlo deberá utilizarse el sistema de la representación irrevocable, que se articula en base a los arts. 1977 y 1982 del Código Civil.

Resulta interesante rastrear las razones jurídicas por las que se introdujeron en el art. 1977 del Código Civil las expresiones "limitado en el tiempo" y "con justa causa podrá revocarse".

Muchas de las reformas al Código Civil, mediante la ley 17.711 de 1968, fueron introducidas porque los reformadores adoptaron, como técnica de trabajo, incorporar al Código las lagunas legislativas que la jurisprudencia había ido señalando en sucesivos fallos.

A lo largo de la vigencia de este Código, los jueces fueron señalando, en distintos fallos, que no podía interpretarse que el poder irrevocable "tuviera vigencia eterna" cuando de las demás características del negocio surgía que

ello resultaba abusivo y, en consecuencia, generaba la posibilidad de aplicar otro de los principios generales del derecho: “con justa causa puede revocarse la representación irrevocable”.

La incorporación de ambas figuras al texto del art. 1977 del Código Civil (la limitación en el tiempo y la justa causa de revocación) trajo un interrogante, todavía no liquidado: ¿es o no es obligatorio que en el instrumento del poder conste una limitación a la vigencia temporal de la representación irrevocable?

La interpretación que preconiza la obligatoriedad de la constancia de la vigencia temporal obliga a practicar, como lo dijimos antes, el arte de la adivinación para incorporar a los poderes una fecha determinada, por simples conjeturas; contra esa costumbre hemos reaccionado sugiriendo que el poderdante exponga en el texto de la escritura en la que otorga una representación irrevocable, que la misma se extiende por todo el plazo necesario para cumplir con el negocio-base que lo motiva, es decir que debe ser utilizado hasta que se completen las prestaciones objeto del negocio cuyo cumplimiento se quiere asegurar.

Uno de los propósitos de la amplia reforma del año 1968 fue incorporar, a la letra del Código Civil, las soluciones que la jurisprudencia había dado a lo largo de los años, a las situaciones más conflictivas que se presentaban en los juzgados. En el tema específico de la representación irrevocable en los pocos casos que habían llegado a decisión judicial, se invocaba la falta de un límite temporal para la representación otorgada y, paralelamente, el abuso de derecho que ello podía conllevar, hasta constituir un abuso de derecho.

Tanto las expresiones “limitado en el tiempo” como “con justa causa podrá revocarse” son reiteraciones de principios fundamentales de la contratación civil y comercial, y lindan más con principios constitucionales inherentes a todos las personas, que con requisitos documentales de una escritura en la que se otorga una representación irrevocable. En otras palabras, el poderdante siempre tiene abierta la posibilidad de recurrir a la justicia para demostrar la existencia de una justa causa que posibilite la revocación de una representación pactada originalmente como irrevocable. Esa justa causa puede residir en el hecho de que la prolongación en el tiempo de la representación cause gravamen irreparable a los intereses del recurrente. La posible excesiva prolongación en el tiempo tiene que ver con las características del negocio que se quiso asegurar con la representación y la justicia deberá analizar el negocio para establecer si el plazo indefinido llega a alterar la equidad del convenio.

5. CASOS EN LOS QUE LA NATURALEZA DEL CONTRATO IMPONE QUE SE FIJE UN PLAZO CIERTO A LA REPRESENTACIÓN IRREVOCABLE

Si los condóminos de un bien determinado o de una universalidad desean poner término a esa situación jurídica y acuerdan ofrecer en venta el bien por un plazo determinado y con bases ciertas, ese acuerdo será el negocio-base que justificará el otorgamiento de una representación irrevocable a alguno de los condóminos o a un tercero para que por el plazo convenido los represente irrevocablemente a todos, asegurando así el mantenimiento por ese lapso de la voluntad común de terminar con el condominio. Vencido ese plazo, los otorgantes recuperarán la iniciativa comercial respecto del bien que tienen en común.

Queda claro, entonces, que en estos casos el plazo expreso está esencialmente ligado a la naturaleza del negocio-base que motiva la representación irrevocable: existe un acuerdo entre los contratantes que, transitoriamente y por un lapso específico, resignan sus derechos individuales en beneficio del negocio común.

6. CONSECUENCIAS DE OMITIR TODA REFERENCIA A UN LÍMITE TEMPORAL EN EL TEXTO DE LA REPRESENTACIÓN IRREVOCABLE

En atención a lo ya expuesto, creemos que no hay ningún inconveniente en la aceptación en sede notarial, inmobiliaria, bancaria y comercial de una representación irrevocable aun cuando no se mencione expresamente en ella un límite temporal.

En cambio, en el caso citado de la representación irrevocable otorgada entre condóminos para asegurar la venta del bien común y así terminar la división, debe tenerse la precaución de indicar el plazo que surge, expresa o implícitamente, del negocio-base.

Si el plazo no surge del documento de la representación, ante divergencias de las partes, la justicia podrá determinarlo, ya que no parece equitativo que los condóminos suspendan *sine die* el ejercicio de su derecho de propiedad. En el caso de que la representación irrevocable sea para subdividir y poner en venta las parcelas resultantes de la subdivisión común o las unidades funcionales resultantes de una división por el régimen de la Ley de Propiedad Horizontal y no se indique un plazo de vigencia, expreso o implícito, ante un eventual desacuerdo entre las partes, la justicia deberá determinarlo teniendo en cuenta el tiempo para cumplir con los trámites legales necesarios para la subdivisión y un razonable plazo para la enajenación a los terceros adquirentes.

7. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL VENCIMIENTO DEL PLAZO FIJADO TENTATIVAMENTE EN LA REPRESENTACIÓN IRREVOCABLE

Como lo hemos dicho en otra oportunidad³, en principio se estima que al cumplirse el plazo (expreso o implícito) fijado en la representación irrevocable, termina la representación y no sólo la irrevocabilidad.

Decimos que la solución es que terminen juntos tanto la irrevocabilidad como la representación, porque la naturaleza jurídica de ese documento (*representación irrevocable*) es la de mantener la irrevocabilidad de la voluntad negocial tal cual ha sido expresada por las partes. De ello debe deducirse que si los otorgantes no han tenido interés en mantener la irrevocabilidad luego de un determinado plazo, no puede existir razón para que, vencido el mismo, se mantenga la representación. La posibilidad de que una representación irrevocable pueda ser utilizada como representación común luego de vencido el plazo indicado en el instrumento, debe haberse previsto y surgir expresamente de su redacción y como una circunstancia especialmente tenida en cuenta por los contratantes del negocio específico que ha dado lugar a la representación irrevocable.

Cuando se expresa que la representación es irrevocable hasta cierto tiempo y luego continúa como poder común, estamos frente a una situación muy especial, en la que la representación otorgada al apoderado, por razones particulares o especiales del negocio, se quiere mantener durante un lapso determinado y se aclara que al vencimiento del mismo termina la irrevocabilidad, la representación retoma su naturaleza común y el poderdante recobra la posibilidad de revocarlo por decisión unilateral (podrá darse asimismo cualquiera de las demás causas típicas de revocación, tanto subjetivas como objetivas). Reiteramos que, en este caso, es decir, cuando se ha previsto un plazo expreso para la irrevocabilidad y se aclara que, con posterioridad al mismo, continúa como representación común también es indispensable un negocio base, ya que justamente para cumplirlo se ha otorgado la representación irrevocable, aunque fijándole en forma anticipada un plazo máximo para ejercerla, vencido el cual el representado retoma la posibilidad de revocarla.

3 ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y Actas Notariales*, 5ta. Edición, Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 155.

8. CONSIDERAMOS POSIBLE INVOCAR LA PRÓRROGA IMPLÍCITA DEL PLAZO ESTABLECIDO EN LA REPRESENTACIÓN IRREVOCABLE

En el caso de que al pretender utilizar la representación irrevocable el plazo tentativo fijado en ella se encuentre vencido, se torna imprescindible analizar el negocio-base y deducir, de las características del mismo, la posibilidad de la prórroga implícita del plazo fijado.

De la lectura de la representación, puede surgir que la inclusión del límite temporal expreso se haya debido solamente a la necesidad de cumplir con los enunciados del art. 1977 del Código Civil.

En ese caso, estimamos que el representante irrevocable y la otra parte del negocio-base pueden declarar que consideran implícitamente prorrogado el plazo fijado, dada la necesidad de cumplir con el negocio que motivó el otorgamiento de la representación irrevocable e insisten ante el notario en su utilización.

La base legal y técnica de esta interpretación se sustenta en el art. 1960 del Código Civil que expresa: "Cesa el mandato por el cumplimiento del negocio, y por la expiración del tiempo determinado o indeterminado por que fue dado".

En el *Curso de Derecho Civil Francés* de AUBRY Y RAU⁴ se expresa claramente: "El mandato se acaba por la expiración del plazo por el que fue dado, o por el cumplimiento del negocio que forma su objeto". Es decir que, para nuestro codificador y para la doctrina, estas causas de terminación de la representación tienen similar importancia y, cuando debe optarse por alguna de ellas porque se contradicen ambas soluciones, es necesario indagar la verdadera voluntad del poderdante.

En la representación irrevocable, el poderdante no es el señor de un acto unilateral y recepticio, sino que la representación que otorga es una exigencia del negocio convenido, en el que una de las partes o un tercero interesado imponen la irrevocabilidad de la representación para asegurar el mantenimiento de la voluntad negocial del representado, la que se mantendrá aun ante su decisión contraria, su muerte o incapacidad.

Puede afirmarse que el vencimiento del término expresamente consignado en el documento de la representación irrevocable no la extingue, si surge claramente la necesidad de cumplir con el negocio base que la motiva.

Se acostumbra en el notariado a sugerir y a asesorar a los requirentes del otorgamiento de una representación irrevocable, diciéndoles que el instrumen-

4 AUBRY, Charles y Rau, Charles. *Cours de Droit Civil Français*, Tomo 1, París, Marchard-Billard, 1869, pág. 655.

to en lugar de fijar a pura intuición un límite temporal con plazo cierto, contenga la expresa mención de que la representación se extiende hasta el momento en el que se cumplen la totalidad de las prestaciones pendientes en el negocio-base, que es, en definitiva, el objetivo de las partes.

Con esta cláusula se zanján las divergencias de interpretación, ya que la doctrina está conteste con que, aunque exista la obligación legal de establecer un plazo en las representaciones irrevocables, el mismo se cumple con la mención de un plazo implícito. De cualquier manera, reiteramos que no es esencial para que se tipifique una representación irrevocable, que tenga necesariamente indicado un plazo expreso o implícito.

9. CONCLUSIÓN: ES DE LA NATURALEZA DE LA REPRESENTACIÓN IRREVOCABLE SU MANTENIMIENTO EN EL TIEMPO, NO SU LIMITACIÓN

Como corolario de los conceptos vertidos precedentemente, podemos afirmar que frente a la disyuntiva de decidir sobre si una representación irrevocable ha caducado por el transcurso del tiempo, la naturaleza jurídica de esta figura le impone al intérprete remitirse al negocio-base que la motivó y con relación al mismo, optar por su mantenimiento en el tiempo o por su extinción, teniendo en cuenta que *es natural en la representación irrevocable su mantenimiento temporal y no su limitación, aunque con justa causa podrá revocarse.*

Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales en el proyecto de reforma y unificación de los códigos civil y comercial*

Eduardo Zannoni

* Transcripción de la intervención del autor en la mesa redonda desarrollada el 1 de agosto de 2014, en la sede central del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, con motivo de cumplirse 120 años de la creación de REVISTA NOTARIAL.

El tema, como lo anticipó ELVIRA YORIO, es el relativo al régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones convivenciales en el proyecto de reformas al Código Civil.

En esta materia, el proyecto recoge lo que viene a ser una tendencia, diría, marcada de los últimos veinte o veinticinco años en el derecho de familia que es la prevalencia cada vez mayor de la autonomía de la voluntad.

Esta autonomía de la voluntad o autonomía privada se ve reflejada en la posibilidad de que quienes contraigan matrimonio puedan optar, de acuerdo a su realidad económica, por un régimen de ganancialidad o de comunidad de ganancias, o por un régimen de separación de bienes con autonomía de cada uno de sus patrimonios.

Hay, por supuesto, otras opciones, pero estas son las dos más importantes. Ya lo consagró el proyecto del año 1992, el proyecto de la Comisión Federal del año 1993, el proyecto del año 1998 y, finalmente, el proyecto que estamos considerando ahora.

Quiero decir, también, que más allá de la suerte que corra el proyecto en el Congreso, esta parte de la reforma podría incorporarse perfectamente y sustituir el actual Título II: "De la sociedad conyugal" del Código Civil Argentino, es decir, el Código de VÉLEZ. Se ha reiterado la petición en tal sentido y, de ninguna manera, sería ajeno o repulsaría a la economía general del Código.

El régimen que establece el proyecto es dual. Los cónyuges antes de contraer matrimonio, pueden estipular convención prematrimonial que debe ser celebrada como lo es actualmente por escritura pública, aunque lo cierto es que hoy el objeto de la convención prematrimonial es prácticamente ínfimo, un inventario, eventualmente donaciones, que pueda hacer el marido a la futura mujer, más que eso no. En este caso el proyecto incorporaría como objeto de convención prematrimonial la adhesión al régimen de separación de bienes. No necesita decir al régimen de comunidad porque este es supletorio, por lo tanto, quienes se casen, como es de esperar que ocurra normalmente, sin hacer convención prematrimonial, estarán casados por el régimen de comunidad de ganancias.

Tendrán la posibilidad de optar por un cambio de régimen luego de que haya transcurrido un año y, posteriormente, durante el matrimonio. Esto es muy importante.

Imaginemos que una chica que no ejerce actividad remunerada en dinero, cuyo proyecto, obviamente, es ser ama de casa y criar a los hijos y su marido que, es un industrial, un profesional, en fin, tiene a su cargo el ingreso económico de la familia, contraen el matrimonio. En un caso como este, diríamos, clásico de la clase media, es natural que los contrayentes contraigan matrimonio bajo el régimen de comunidad ganancial porque, en definitiva, las labores

de la casa de la mujer, si bien no son una actividad remunerada, son las que permiten al marido (es el argumento clásico) salir a la calle y ganar el sustento, traer los ingresos, mientras su esposa cuida a sus hijos.

No tiene por qué no ser así, si uno de los cónyuges no tiene ingresos económicos.

Ahora bien, cada vez más, con la incorporación de la mujer al mercado del trabajo, con el divorcio vincular ingresa en el mercado una cantidad de personas que ya se han divorciado y que, por lo tanto, han vivido las vicisitudes de la liquidación de su sociedad conyugal y no quieren volver a pasar una vicisitud similar.

Para ellos lo normal es vivir juntos sin casarse porque están bajo el régimen de separación de bienes, hoy con el derecho vigente. Si el proyecto de Código se sancionara, podrían celebrar matrimonio por el régimen de separación de bienes.

¿Qué es lo característico de este régimen de separación de bienes?, que cada cónyuge es dueño, administrador y dispone de los bienes que adquiere, sin interferencia por parte del otro, aunque todos los proyectos (también este) de Código Civil prevén normas comunes a ambos regímenes y esas normas comunes atienden la necesidad de preservar la asistencia. Ambos cónyuges se deben recíprocamente asistencia y deben asistencia a los hijos, de acuerdo al nivel de ingresos que tienen, aun cuando no exista comunidad de ganancias.

Ambos cónyuges deben responder solidariamente por las deudas contraídas por uno de ellos, para atender las necesidades del hogar, de los hijos, los gastos comunes, es decir, de lo que dispone hoy el art. 6º de la ley 11.357, aunque voy a dedicar unas últimas palabras al tema del Digesto, porque la ley 11.357 (no sé si saben) no existe más. Para mí, sí sigue existiendo, pero, por eso, vamos a hablar de esto al final.

El art. 6º de la ley 11.357 establece esta obligación, aunque limitada a los frutos de los bienes propios y bienes gananciales que se administran. En todos los proyectos se ha reconocido que es mezquino limitar la responsabilidad a los frutos y entonces se establece la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges aun cuando estén casados bajo el régimen de separación de bienes.

De alguna manera, esto da respuesta a aquellos que dicen que casarse bajo un régimen de separación de bienes es colocar el interés económico por delante de lo que son los intereses afectivos o institucionales del matrimonio. Yo creo que no.

Hay más matrimonios por interés en la comunidad de gananciales que matrimonios por interés en la separación de bienes, es decir, cuando nos casamos por el régimen de separación de bienes lo único que priva es el otro como ser humano, el otro como persona, no el otro como productor de bienes que haremos comunes, a partir del momento en que nos casemos.

Quiero que se entienda bien esto porque el argumento que se da para oponerse a la separación de bienes es el argumento de la economización de las relaciones matrimoniales.

Por supuesto, también entre las disposiciones comunes a todos los regímenes, está la protección de la vivienda familiar. Significa que uno de los cónyuges no puede disponer del inmueble o de los derechos (piensen en el inquilino) sobre el inmueble que constituye el asiento del hogar conyugal, o los muebles que están, lógicamente, incorporados y que sirven a la vivienda familiar. No se puede disponer, sino que los derechos sobre ese inmueble donde se asienta la vivienda familiar, solamente pueden codisponerse.

Estas son las disposiciones comunes. Lógicamente, en esta charla no puedo hablar mucho más que en términos muy generales.

Algo interesante para los escribanos (para que lo sepan) es que se sustituyen las prohibiciones de contratar entre cónyuges; por lo tanto, los cónyuges pueden donarse bienes entre sí, por supuesto pueden comprar y vender entre sí. El fraude estará siempre a salvo en la medida en que se pruebe, en la medida en que haya acreedores que se vean perjudicados por la insolvencia de uno de los cónyuges, a través de estos actos, donación o compraventa.

Ustedes conocen o deben haber debatido acerca de que las donaciones que se hacen en vida y que están sujetas a colación o reducción, después del fallecimiento, no pueden ser cuestionadas luego de los diez años de que se celebraron, anteriores a la muerte del causante.

Discrepo con una solución así, con una prescripción que empezó a correr en vida del causante, no obstante que no existía acción para poder cuestionarla o discutir la porción disponible o el exceso. Entre las donaciones que los cónyuges pueden hacerse y la prescripción de las donaciones, no sé si no hay un duro embate a la porción legítima de los herederos forzosos en nuestro derecho civil, pero no voy a entrar en esto porque ya no son regímenes matrimoniales.

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge mantiene su independencia económica, si el matrimonio se disuelve por divorcio o por muerte. En caso de que muera uno de ellos, cada cónyuge conservará los bienes adquiridos y, lógicamente, participará como heredero de los bienes que deja el causante, que es el otro cónyuge, de cuyos bienes estaba separado.

Asentimiento para los actos de disposiciones, otro tema caro a los escribanos. El proyecto recoge lo que ha sido doctrina en materia de asentimiento, la necesidad de que contenga el negocio que se va a celebrar. Es decir, no existiría el asentimiento general anticipado para todo tipo de actos de disposición.

En materia de bienes muebles no registrables, se acuerda que, si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba es dudosa, la responsabi-

lidad corresponderá al marido. Se ha propuesto y se ha resuelto que la disposición corresponde en común a ambos cónyuges.

Yo propuse una solución distinta: "corresponde a cualquiera de los cónyuges", porque corresponde a ambos cónyuges en conjunto supone un acto de codisposición y se imaginan que esa codisposición, en realidad, en la práctica no existe.

Es decir, supongamos que el matrimonio decide vender un cuadro. Va el marido y lo vende, va la mujer y lo vende. No es un bien registrable, no hay titularidad de dominio que no esté dada por la posesión. El que lo lleva a la venta muestra en sí la posesión, aun cuando la ley diga que no puede disponer por sí mismo, la posesión vale título. Si es cierto, podría oponerse en el momento en que se va a vender pero, ¿quién llega a tiempo?

Es cierto también, y lo dispone la ley, que si no codisponen ambos, uno dispone la nulidad. En realidad, la inoponibilidad del acto de disposición celebrado por uno de ellos podrá ser ejercida dentro de los seis meses de conocido el acto de disposición y nunca después de los seis meses de disuelto el régimen.

Son aspectos novedosos del régimen del proyecto del Código Civil, tanto como es novedosa la responsabilidad solidaria por las deudas que contrae uno u otro y no como hoy, que se responde limitadamente con los frutos de los bienes propios y frutos de los bienes gananciales.

En los pocos minutos que me quedan, quiero referirme a dos temas: las uniones convivenciales y el proyecto de Digesto (este último no estaba incluido pero me ha venido a la mente).

Las uniones convivenciales, ténganlo por seguro, son el *usus* romano. ¿Se acuerdan que los romanos distinguían el matrimonio *cum manu* y *sine manu*? En el matrimonio *cum manu*, la mujer pasaba a la familia del marido como si fuera hija del padre del marido, el *pater familias*. El matrimonio *sine manu* era un matrimonio que se consolidaba por el *usus*, no había ceremonia alguna; el *usus* no significaba más que la convivencia durante un año y tres noches durante las cuales los convivientes estaban en condiciones de separarse y aquí no ha pasado nada.

Ese matrimonio, el *usus*, es la unión convivencial de la que habla nuestro Código.

No vayan a creer que el proyecto del Código Civil lo ha copiado del Derecho Romano, pero resulta ser el *usus* del Derecho Romano, con requisitos específicos.

Hoy por hoy ustedes vieron que el matrimonio viene en retirada. No creo que sea por la parte burocrática ni por el examen prenupcial, creo que viene en retirada porque hoy los chicos piensan que más vale una mudanza que un divorcio, que es más fácil mudarse que divorciarse, o porque existe un régimen de comunidades gananciales, puede ser.

Doctrina

Hoy el matrimonio, como institución, está en retirada; esto, nos duela o no, es así.

Las relaciones familiares se establecen individualmente: papá, mamá, hijos, abuela, abuelo, y el matrimonio, como grupo de contención, se está difuminando, lamentablemente para un viejo como yo, pero los jóvenes lo viven de otro modo.

Entonces se juntan, viven juntos. Mientras haya amor, en buena hora.

“Quien cree que tiene el deber de amar toma el camino más seguro para llegar a odiar”, decía BERTRAND RUSSELL.

Esto que hasta ahora es una unión anárquica o anómica porque, salvo contadas excepciones, no tiene recepción legislativa, recibe consagración legislativa en el proyecto de Código Civil, pues este establece que, después de dos años de vivir juntos, la unión convivencial produce los efectos que establece el proyecto.

Por supuesto que el proyecto permite (no voy a detenerme en esto) los pactos de convivencia que pueden celebrar los cónyuges, la posibilidad de registrar su unión, inscribirla (que deberá ser en el Registro Civil, porque dice “en el Registro correspondiente”). Calculo que será el Registro Civil (lo es así en la unión civil en la Capital Federal), pero si los contrayentes no quieren casarse para evitar este lío de papeles y formalidades, ¿creen que van a hacer un pacto de convivencia, van a escribir cosas, van a inscribir su convivencia? No, van a vivir juntos y punto.

Después de dos años se encuentran con que están casados por un régimen de separación de bienes.

Fíjense, si se sanciona el Código Civil y Comercial, los pleitos que se van a suscitar en esta materia serán más intrincados que los del divorcio. ¿Por qué? Un primer problema: viví 14 años con Fulanita de Tal. No es verdad. Lo primero que hay que hacer es un juicio para probar el hecho, porque el matrimonio se transforma en un hecho, ya no en un estado constatable a través del acta de matrimonio, oponible a terceros. No, es un hecho, por lo tanto hay que probarlo. Si se prueba, en el régimen de separación de bienes, es cierto, cada cual es dueño de lo que adquiere, pero el Código establece las mismas restricciones que contienen las normas comunes a todos los regímenes en el título del matrimonio: la solidaridad de las deudas contraídas por uno u otro, la solidaridad por la educación de los hijos. Está bien, esto es razonable, pero también contiene lo que en el matrimonio se llama prestación compensatoria.

Las prestaciones compensatorias en el matrimonio también existirían en las uniones convivenciales. Quiere decir que para dos concubinos, llamémosle así, que se separan, el juez determinará que uno tiene que garantizarle al otro, la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base

de diversas circunstancias, entre otras: el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; la dedicación que cada conviviente brindó a la familia, a la crianza y a la educación de los hijos, y la que deberá prestar con posterioridad al cese; la edad y el estado de salud de los convivientes. Es la misma norma que la establecida para el matrimonio.

Cuidado, no estoy diciendo que el concubinato, la unión convivencial, la unión de hecho o la unión no matrimonial deban quedar libradas a la buena de Dios, pero no nos podemos olvidar de que quienes se unen para convivir prescindiendo de todas las formas, es decir, en unión no matrimonial, tampoco han acudido al derecho para lograr la protección de sus intereses.

Es cierto, es de orden público y es seguro que es importante que no se deje a ninguno de los exconvivientes (producida la ruptura), en una situación de desamparo o desvalimiento, pero colocar a los exconvivientes ante una situación idéntica a la de los excónyuges, me parece un exceso. Incluso se le acuerda el derecho de habitación del cónyuge supérstite, por dos años, al conviviente que habita el inmueble del que, lógicamente, no es el titular.

Creo que no permitir pactos de convivencia que alteren los derechos y deberes es atentar, de alguna manera, contra la libertad individual, porque el Código no lo permite.

Se coloca a ambos convivientes ante una situación de cónyuges, aun cuando se les llame convivientes. Finalmente, los cónyuges también pueden ser convivientes; la diferencia está en que los cónyuges pueden no convivir, pero la unión convivencial exige la convivencia para constituirse. Esto es paradójico.

Para terminar, quiero hablar de algo que no estaba en el programa: la sanción de la ley 26.939 que aprueba el Digesto Jurídico Argentino.

¿Me permiten que se los diga sin eufemismos? El Digesto Jurídico Argentino constituye una anarquización o la incertidumbre del orden jurídico que nos rige. Supone confundir la vigencia del orden jurídico con la vigencia formal del conjunto de sus normas escritas.

Un orden jurídico no es sólo el conjunto de sus normas escritas. Es la interpretación que de esas normas se ha dado por los juristas, en los años y en los siglos (llegado el caso) y es, por otra parte, la labor de la doctrina, que nutre a la interpretación de los tribunales y a los jueces. Eso es un orden jurídico.

Un orden jurídico o una norma no pueden conocerse por su sola lectura. La lectura, muchas veces, dice cosas, pero el orden jurídico la recibe con un significado específico en el contexto total.

El Digesto Jurídico ha confundido orden jurídico con norma escrita, entonces, se ha puesto a expurgar las normas.

Uno escucha, por ejemplo, a un diputado que dice: "la ley que dispone el fusilamiento de los sublevados de la Revolución Libertadora, esa ley hay que

eliminarla". Sí, evidentemente esa es una ley con un objeto agotado, pero yo diría: no hay que eliminarla. Hay que saber que hubo una ley, aunque de facto, que dispuso el fusilamiento de los sublevados de la Revolución Libertadora, ¿por qué no saberlo?

Es estúpido pensar que alguien va a aplicar una ley cuyo objeto está cumplido, pero la interpretación sobre la vigencia o no, es labor de la doctrina y de la jurisprudencia, no del Digesto. Es, lisa y llanamente (discúlpenme la expresión) una chastrinada.

Les dije que la ley 11.357 no existe más. Claro, no existe más porque el Código, el nuevo Código Civil, el Código que ustedes comprarán ahora en la librería va a decirles que el marido no responde por las deudas de la mujer y la mujer no responde por las deudas del marido, con los bienes propios, con los gananciales. Les dirá también que un cónyuge responde... los arts. 5º y 6º los han llevado al Código Civil, que por supuesto, considera derogada la ley 11.357.

Sin embargo, el art. 1252, que ahora pasa a ser art. 1220 porque el Digesto suprime artículos, dice: "Siendo la mujer mayor de edad puede, con licencia del marido, o los dos juntos, enajenar sin autorización judicial, tanto sus bienes raíces como sus rentas inscriptas, y disponer libremente de los dineros existentes en los depósitos públicos".

Esta norma responde a la incapacidad jurídica de la mujer casada, en la cual la administración de la sociedad conyugal era del marido y no, como a partir de la ley 17.711, en la cual cada cónyuge tiene la libre administración y la disposición de los bienes propios y de los gananciales.

Esta norma, revisada por el autor del Digesto y declarada vigente, establece que la mujer no puede disponer sin que la licencia sea otorgada por el marido. ¿Qué decimos nosotros? No, esto está derogado, ya lo veníamos diciendo, por supuesto.

"Si el marido sin autorización de la mujer enajenare bienes inmuebles de esta o impusiera en ella derechos reales, la mujer en el primer caso tendrá derecho a reivindicarlo...". En fin, otra norma de un marido que está actuando sin poder de la mujer.

Con esto quiero significar que es mentira, porque es una labor imposible, es una labor ímproba poder afirmar que se han depurado las normas, se han derogado explícita o implícitamente, y que todas las normas que el Digesto declara vigentes están vigentes.

Les he leído normas derogadas implícitamente desde hace muchos años, de las que ni siquiera el codificador del Digesto se ha dado cuenta.

Con esto quiero significar que, obviemos el Digesto. Sigamos trabajando con nuestro Código Civil, con su numeración original, sigamos citando la ley 11.357 y no tengamos temor de hacerlo porque, por ahora, la ley no dice que debamos citar, dice solamente: estas tres mil y pico de leyes son las vigentes.

Bueno, estas tres mil y pico son las vigentes. No, pero las otras no existen, están derogadas, bueno, la vigente acá establece esto, entonces ¿qué hay?, una administración marital de los bienes del matrimonio. No, eso está derogado. ¿Cómo derogado?, si me está diciendo la ley del Digesto que está vigente.

Como ustedes ven, esta suerte de contradicción no tiene solución lógica. Hasta aquí llegué. Muchas gracias.

Reformas al Código Civil*

Luis Moisset de Espanés

* Transcripción de la disertación del autor en la mesa redonda realizada el 1 de agosto de 2014 en la sede central del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, con motivo del 120° Aniversario de la creación de REVISTA NOTARIAL.

Suelo ser un transgresor nato, como muchas veces lo he expresado al comenzar mis exposiciones.

Hoy comenzaré con una transgresión, fruto de reminiscencias nacidas de algunas de las expresiones de quien me ha precedido en el uso de la palabra, o de la presentación que se ha hecho de otro de los panelistas.

Se ha recordado muy bien que Félix Alberto, "Copete", se sienta en el sillón Nicolás Avellaneda en la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, y eso me obliga a recordar a un Presidente, a veces olvidado, y que, sin embargo, merecería, en muchos aspectos, el mayor de los reconocimientos por la obra que hizo para la construcción del país que vivimos.

Nicolás Avellaneda, primero como Ministro de Sarmiento, luego como Presidente, dejó un trazo indeleble: muchísimas de las obras educativas que a lo largo del tiempo se han realizado en nuestro país, desde la creación de las Academias Nacionales, ya que la primera Academia Nacional, la Academia de Ciencias en Córdoba, fue creada por la iniciativa de Sarmiento, y puesta en funcionamiento por Avellaneda.

Nicolás Avellaneda dejó con sus obras un trazo que no se puede borrar ni olvidar, pero hay algo más que está vinculado con esa ley derogada que mencionaba ZANNONI, la de los fusilamientos. ¿Ustedes saben por qué yo admiro tanto a Nicolás Avellaneda? No olvidemos que él fue hijo del mártir de Metán, Marcos Avellaneda, y que cuando era niño la cabeza de su padre fue exhibida en una pica en la Plaza Central de Tucumán.

En esa época al adversario político derrotado se lo asesinaba, fusilamiento o no, peor todavía, degüello; y a él le tocó contemplar eso y exiliarse de la Argentina.

Mucho después, cuando él era Presidente, el gobernador de Buenos Aires, Carlos Tejedor, inició una revolución para derrocarlo. La revolución fracasó, Tejedor fue detenido, y Nicolás Avellaneda no se vengó de Tejedor, ordenando su inmediato fusilamiento o muerte, sino que perdonó la vida al adversario vencido.

Nicolás Avellaneda se acordó de que el país debe construirse mirando hacia adelante, sin muertes de quienes son, o pueden ser, circunstancialmente nuestros adversarios, porque ningún argentino es nuestro enemigo. Puede haber sido nuestro adversario, puede haber estado en contra hasta en hechos tan trascendentes como una revolución, pero la vida es algo sagrado que debe respetarse, y eso, él, que había sufrido la pérdida de la vida de su padre y que había contemplado azorado, de niño, la cabeza de su padre clavada en una pica, no lo tomó como un estandarte para desquites tardíos sino que al contrario lo utilizó para señalar un camino de reconciliación.

Discúlpeme esta digresión que, en parte, ha nacido del hecho de que enunciaron que mi muy buen amigo, FÉLIX ALBERTO TRIGO REPRESAS, ocupa el sillón de Nicolás Avellaneda en la Academia, y del recuerdo de las leyes de fusilamiento, porque son conductas ejemplares que no debemos olvidar.

Con relación al Digesto Jurídico, sus autores han olvidado muchas cosas, en primer lugar, el mandato sustancial que les daba la ley que autorizó su confección: facilitar a todos los argentinos, desde el pueblo común hasta los juristas, el manejo de la legislación vigente, y nada más; facilitar su conocimiento para permitir su mejor aplicación, sin dudas ni confusiones.

En lugar de eso, la obra que han realizado es un verdadero disparate y habría que exigir desde los colegios profesionales (y yo en este momento estoy propiciando que lo haga la Academia Nacional de Derecho de Córdoba), pronunciamientos que pidan la suspensión de su vigencia hasta que sea revisado y puesto debidamente en orden para que cumpla la finalidad que inspiró su sanción, en lugar de erigirse en una traba para el buen funcionamiento de las instituciones.

Como ha dicho EDUARDO ZANNONI, tendremos que seguir nombrando las normas del Código y sus concordancias, tal como estaban porque será la única forma por la cual todo destinatario (el público común, el abogado, el escribano y el juez), podrán manejarse, respetando, incluso, todos los aportes que ha realizado la doctrina para la correcta aplicación de las normas. Si no procedemos de esa manera, tendremos un verdadero caos en el manejo legislativo.

Discúlpeme la transgresión previa porque también me obliga a decirles por qué elegí este tema.

He elegido el tema de la lesión ¿saben por qué?, porque en materia de lesión este proyecto hace lo que no hace en casi ningún otro punto, respeta la normativa vigente, que no debe ser modificada cuando su aplicación satisface las necesidades sociales y no origina problemas.

Respeto lo vigente y respeta la doctrina, y esto es algo que no debe ser olvidado por el legislador prudente. Prudencia es cambio oportuno, pero no cambio inusitado e innecesario.

Don DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD no estaba enamorado de su Código al punto de creer que fuera algo intangible.

Alguien, casi como una broma, antes de ingresar al acto, me dijo en la sala de la Presidencia: "Córdoba se opondría al nuevo Código y se retiraría de la Confederación si se pone en vigencia". No, debo responder, porque Córdoba sigue la línea de DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD.

Cuando VÉLEZ SARSFIELD elevó el proyecto del Libro IV, lo acompañó con una nota que se encontraría luego en la casa de Victorino de la Plaza. Esa nota que acompañaba el proyecto del Libro IV decía, entre otras cosas, esta frase que no debemos olvidar: "Un Código no es la última palabra de la ciencia".

Él estaba plenamente convencido de que su Código tenía e iba a tener que ser reformado una y otra vez, porque el Código, aunque hubiese sido perfecto para lo que en ese momento se proponía, a los pocos años estaría separado de realidades sociales cambiantes.

La sociedad cambia todos los días y el legislador debe ir adecuando las normas a la realidad social vigente.

Fíjense, VÉLEZ nos hablaba de Derecho de Familia, en la primera nota que dirige al Ministro de Justicia Eduardo Costa, en junio de 1865, cuando eleva el proyecto del Libro Primero. Allí dice algo que demuestra la clarividencia de un legislador práctico y pragmático, que sabe que aunque él crea que hay ciertas cosas que deben ir por cierto camino y alcanzar ciertos límites, no puede salvar todo el espacio de un solo tranco, todo el espacio que separa la legislación vigente de la meta que se desea alcanzar, porque es tan grande que caería en el vacío.

VÉLEZ SANSFIELD afirma en esa nota que con cada paso que da la humanidad hacia adelante, marcha hacia la igualdad del hombre y la mujer, pero no proyectó en el Código esa igualdad jurídica sino que mantuvo una serie de limitaciones e incapacidades para la mujer casada. Pero explicaba: la situación que propongo para la mujer argentina no es ni la de la mujer del Brasil (respondiendo a una crítica de Alberdi que le decía que el Código estaba hecho para el Imperio del Brasil), ni es la situación de la mujer europea sometida al consejo de familia.

La mujer argentina mayor de edad, para VÉLEZ, era, prácticamente, la de una persona totalmente capaz. A partir del momento del Código las mujeres solteras dejaron de estar sometidas a la potestad de los padres, como lo estaban antes. La mujer soltera mayor pasó a ser capaz, y sólo se mantuvo en el Código una incapacidad relativa para la mujer casada.

Eso lo hizo como legislador prudente que sabía que si él en ese momento propiciaba en su Código la consagración de la igualdad de la mujer casada, a la que debía llegarse porque era la evolución que seguía la historia de la humanidad, el Código no se habría sancionado.

No cometamos el error de seguir proyectando normas que, aunque se ajusten a lo que creemos que va a ser el futuro, no están conformes con nuestras realidades actuales y provocan una resistencia tal que no pueden ser debidamente aplicadas en este momento.

Como última transgresión, un recuerdo. En el año 1989, cuando solamente había, en danza, en materia de reformas de la legislación civil, aquel proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en materia de obligaciones, sancionado en 1987 por la Cámara de Diputados, y en el Senado de la Nación existía una Comisión Técnica designada para asesorar sobre el proyecto; el estudio de ese proyecto había quedado frenado porque al pre-

sidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales¹ no le interesaba que siguiera adelante.

La Comisión Técnica designada había trabajado arduamente durante seis meses, y señalaba cosas que debían mejorarse en el proyecto de 1987, pero la tarea había quedado suspendida. Dos años después, en 1989, esa Comisión Técnica quería saber si se seguiría trabajando o no. En esa oportunidad, luego de un cambio de gobierno, tuvimos la ocasión de conversar con quien era Presidente provisorio del Senado, el doctor Eduardo Menem, y le preguntamos ¿qué pensaba hacer el Senado? ¿Seguiría estudiando seriamente este proyecto? Se trataba solamente de la unificación de la legislación civil y comercial, no de la reforma total del Código, pero sí abrir una brecha en un punto que desde hacía más de un siglo venía siendo propiciada por los juristas.

Entonces, nos manifestó: “Mira, en realidad, dos amigos Augusto y Eduardo², me han dicho que creen que debe reformarse totalmente el Código y no seguir con el régimen de reformas de parche. ¿Qué opinas tú?”

Le respondimos: “Es una obra que puede realizarse, VÉLEZ mismo opinaba así, pero tiene que realizarse sobre la base de la adopción de un método correcto”.

También VÉLEZ había dicho que lo más difícil para él había sido determinar el método a seguir para trazar el proyecto de codificación y que había encontrado la inspiración en una obra deslumbrante de la mente jurídica más brillante de América en el siglo XIX, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, olvidado injustamente en Brasil.

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS había delineado un método y lo había expuesto como estudio preliminar para la “Consolidação das leis civis”, y luego había profundizado el tema en el Preámbulo del Esboço; sus ideas iluminaron el camino de VÉLEZ.

Bueno, para encarar la reforma total del Código debe encararse la tarea con un método de trabajo serio.

“¿Qué dirías tú que puede hacerse, me puedes hacer un memorándum?”. Sí, le hicimos un memorándum en el que destacábamos, como primer paso, la necesidad de dictar una ley de base, como se ha hecho en muchísimos países, en la que se fijarían las líneas estructurales de un nuevo Código Civil.

Las bases son indispensables y deben respetarse, para que no vengan luego “legisladores iluminados” que, cada uno por su lado, haga lo que se le ocurra en la parte que se le ha asignado de acuerdo a lo que individualmente le gusta o le disgusta.

1 Nos referimos al senador Alberto Rodríguez Saá.

2 Se refería a Augusto César Belluscio, miembro de la Corte Suprema de Justicia, y a Eduardo Zannoni, hoy Camarista Civil e integrante de este panel.

Sentadas y aprobadas las bases, se debe formar una Comisión reducida de tres o cuatro miembros, para que redacte las normas ajustándose a las bases, en las que se haya determinado previamente cuáles son los temas que deben incluirse, cuáles los que deben excluirse y también cuál es la orientación que debe darse a esos temas.

Luego, de consuno, redactadas todas las partes, se debe designar un revisor final que lea todo de manera junta y coordine los pensamientos, para que no haya contradicciones entre lo que aparece en una y en otra parte del proyecto. Este sería el método para elaborar un proyecto de Código.

¿Qué hemos hecho nosotros desde entonces, cada vez que ha habido un proyecto de Código?, ignorar totalmente una metodología seria de trabajo, llegar al fraccionamiento en mosaiquitos, treinta subcomisiones que han trabajado sin contacto una con la otra, porque les estaba prohibido hacerlo. Cada una en el sector que se le había asignado, pergeñaba lo que se le ocurría, y encontramos treinta mosaicos disímiles, en los cuales hay muchos puntos del proyecto en los que tenemos que considerar que falta la coincidencia y se presentan contradicciones.

Señores, no quiero embarcarme en la crítica global del proyecto, quiero tomar una institución en la cual el legislador que legisló en ese mosaiquito haya sido prudente y recordar algo que, en alguna oportunidad, hablando del cambio social y del cambio legislativo, he incluido en mis reflexiones finales: la sociedad cambia todos los días, no podemos ignorarlo, no podemos cerrar los ojos, la sociedad de DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD no tiene nada que ver con la sociedad de hoy.

La sociedad de hoy, para quienes -como ha dicho EDUARDO ZANNONI- "somos viejos"³, no es la sociedad de hace cincuenta o sesenta años cuando Eduardo tuvo que rendir Obligaciones con FÉLIX TRIGO REPRESAS. Sin ninguna duda, desde entonces han cambiado muchas cosas.

En algunos terrenos, el cambio ha sido mayor, en otros se ha cambiado menos. En el terreno patrimonial, el cambio suele ser menor que en el terreno del Derecho de Familia o en el de las Sucesiones, pero aun en el terreno patrimonial aparecen técnicas para proteger al débil y brindar seguridad jurídica. Las técnicas vinculadas con la registración de los derechos se han desarrollado de manera increíble en el último medio siglo.

La aparición de una serie de máquinas, mecanismos y sistemas, facilitan muchísimo el conocimiento inmediato de infinidad de datos, cosa que no

3 Pero él a mi lado todavía es un chico, porque tiene doce años menos que yo, o sea que, realmente, el viejo soy yo, no él.

podía lograrse en la época de VÉLEZ, ni podía lograrse a mediados del pasado siglo XX, y el legislador tiene que prestar a esto especial atención.

A veces el Derecho Comparado nos brinda un panorama de cómo en distintos países el legislador va atendiendo a las reformas que exige el cambio social, y cuando vuelva sobre la lesión, si es que me alcanza el tiempo, sin extenderme demasiado, haré referencia a algunos problemas en los que uno ve cómo, por distintos caminos, distintas mentes llegan a las mismas soluciones, sin saber uno lo que ha hecho el otro.

La preocupación en la búsqueda de justicia no concluye aquí. Hoy podemos advertir una doble tendencia: por un lado, en materia de lesión, quienes procuran ofrecer un análisis económico del Derecho, retoman las viejas banderas del extremo liberalismo y propician que se destierre la lesión del derecho positivo; otros, que somos más solidaristas, creemos que debe brindarse protección a los más débiles, pero cuidando no caer en los excesos de brindar protección, porque el movimiento pendular puede llevar desde el exceso de protección al exceso de desprotección.

Un exceso de entusiasmo lleva a ir incrementando o ensanchando la base de quiénes deben ser protegidos, y convierte a todos en protegidos; al convertir a todos en protegidos, no se protege debidamente a nadie. En ese momento comienzan las reacciones y marchamos por el camino contrario, que es lo que hacen en materia de lesión quienes, fundados en el análisis económico del Derecho, llegan a afirmar que debe suprimirse totalmente.

Algún jurista argentino dice que debemos atender lo que se hace en América Latina y se suma a esto que en los Fundamentos del Proyecto del año 2012 se comienza en los “aspectos valorativos” afirmando que tiene “unidad cultural latinoamericana”.

Nos parece un buen camino, aunque si leemos lo que sostiene en Perú, BULLARD⁴, que es uno de los defensores del análisis económico del Derecho, veremos que llega a la conclusión de que debe suprimirse la lesión, que en el Código peruano del 1984 se desarrolla a lo largo de 10 artículos. De manera ingeniosa, recordando la parábola del buen samaritano, propicia que se elimine toda defensa porque cualquier defensa termina siendo dañosa para la libertad de las partes⁵.

4 Ver BULLARD G., Alfredo. *La parábola del mal samaritano. Apuntes sobre la lesión en el derecho de contratos*.

5 El autor citado en la nota anterior, en sus conclusiones, expresa: “Corresponde a la religión y a la ética motivar conductas altruistas. La solidaridad es finalmente un principio que es deseable exista en todo ser humano, como quizás coincidamos todos. El valor de la solidaridad está en que se ejerce libre de coacción. Por eso, no existe solidaridad

Señores, en su conjunto, lo que tenemos que hacer es actuar con prudencia, por eso elegí el art. 327 del proyecto de 2012, que es el que regula la lesión y que muestra una reacción prudente de quien tuvo a su cargo la elaboración de esta norma.

Saben que a lo largo de la historia, desde la aparición de la figura de la lesión en el Derecho Romano, con las constituciones de Diocleciano y Maximiano, allá por el siglo III de la era cristiana, la lesión ha sufrido una serie de cambios.

Primeramente va ampliando su ámbito de aplicación, que, en los contratos de compraventa, se concedía sólo a favor del vendedor; después comprende a ambas partes y se extiende a otros contratos. En algún momento, llega a proteger hasta las donaciones y se afirma que en estas puede haber lesión; si lo que se ha dado es más un puro favor, podríamos esperar recibir gratitud del donatario, y si el donante ha dado más que lo correspondiente a la gratitud que recibe, puede haber resultado lesionado. ¡Esto es un verdadero exceso!

La doctrina comienza a hablar de la “peregrina justicia” que habría en el remedio de la lesión y empieza a recorrerse el camino contrario hasta llegar, en el siglo XIX, a la desaparición en los Códigos Penales, de una de las formas más claras de lesión, que es la usura penal.

Por su parte, en el Código Civil francés no basta con la lesión de más de la mitad, la *ultra dimidium* romana, sino que debe llegar a los siete doceavos, es decir, se exige un poco más en las desproporciones objetivas.

También en varios códigos civiles de mediados del siglo XIX, siguiendo el camino del rechazo de la institución, se llega a su desaparición, como sucede en el Código Civil Argentino, y también en el Código de Portugal del marqués de Seabra.

Pero los aprovechamientos excesivos se siguen cometiendo y vuelve a reaparecer la figura, precisamente, desde el ángulo del Derecho Penal, donde se había suprimido el delito de usura. Se forjan fórmulas que, para reprimirla, no se reducen a elementos meramente objetivos, sino que toman en cuenta una serie de elementos subjetivos.

Así comenzamos a encontrar, en los códigos penales, nuevas fórmulas represivas de la usura: en Suiza, primero; en Austria, luego; y finalmente en el Código Penal alemán. En ellas, para apreciar el aprovechamiento, se atiende

impuesta. Ello sería mera obligación. Admiramos al buen samaritano porque era libre de no ser bueno. Pero no por eso podemos condenar como malo a quien pidió algo a cambio de ayudar. No le corresponde al Derecho crear buenos samaritanos. Sólo le corresponde establecer reglas que mejoren el bienestar de los individuos. Y la lesión no contribuye a ese fin”.

no sólo a la desproporción objetiva de prestaciones, sino a que haya explotación de una situación de inferioridad. En este punto, ponen mucho cuidado los legisladores, procurando caracterizar las situaciones en que debe protegerse la inferioridad, y decir: "solamente puede darse en este caso, en este otro caso y en este otro caso", llegando a enumerar los estados de "necesidad, inexperiencia y ligereza".

El círculo se cierra cuando estas fórmulas subjetivo-objetivas, nacidas en el derecho penal, son recibidas también en varios códigos civiles de mediados del siglo XIX, no en el derecho civil: primero en Alemania, por el BGB y luego en Suiza, extendiéndose más tarde a muchos otros países; pero siempre prevalece la idea de que es menester probar el estado de inferioridad de la víctima y de que la víctima solamente era protegida en los estados de inferioridad que la norma enumera.

Nosotros llegamos a recibir este modelo. Lo hicimos en 1968 con las modificaciones introducidas al art. 954 por la ley 17.711.

Adoptamos una fórmula moderna, nacida para el derecho civil, en el Código de Alemania⁶.

Nuestros juristas se entusiasman y empiezan a recorrer el camino pendular. Entonces, en el proyecto de 1998 y en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se realizaron en 1999 en Santa Fe, se votaron cosas que fueron descalabradas, hasta proteger de lesión si el acto era otorgado por una persona de avanzada edad.

Sí, no se rían; tengo acá en mis manos un libro que estudia las reformas propiciadas en el proyecto del 1998. Ese libro fue impulsado por un gran jurista rosarino, ROBERTO H. BREBBIA, que ha fallecido.

BREBBIA escribe en este libro sobre la lesión, y dice: "A mí, que he pasado los 80 años, no me van a dejar opinar, no me van a dejar resolver nada, con este proyecto que hace anular los actos de una persona de avanzada edad; yo soy una persona de avanzada edad, y me convierten en incapaz por ser de avanzada edad".

Si uno lee los estados subjetivos propuestos en el proyecto de 1998, que se reflejarían en la votación disparatada de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, al año siguiente, resulta que el resfrío podía ser también una situación de inferioridad, que colocaba al acto jurídico en situación de poder ser anulable.

6 Hemos dicho que también se encontraba en el Código de Suiza y la encontramos en el Código de Grecia, en el de Portugal, en los de México y Brasil y en los de varios países socialistas, como Polonia, Hungría y Checoslovaquia. Por su parte en el Código Italiano de 1942 el único estado de inferioridad que se admite es la necesidad.

Doctrina

Dice: "...explotando la necesidad, inexperiencia, la ligereza, la condición económica, social, cultural que condujo a la incomprensión del alcance de las obligaciones, la avanzada edad, o el sometimiento de la otra a su poder resultante de la autoridad que ejerce sobre este..." y sigamos. Como les digo, estar resfriado podía ser un estado de inferioridad que nos colocara en situación de afirmar que en ese momento estaba sometido a la posibilidad de que la otra parte nos exigiese algo que es desmedido, y estaríamos protegidos por la lesión.

BREBBIA es tremendo en la crítica. En este libro, su trabajo versa precisamente sobre el proyecto de lesión subjetiva y la mención de posibles situaciones de inferioridad refleja un desfase del legislador en la prudencia que debe tener cuando proyecta normas.

En los fundamentos del proyecto de 1998 se dice:

Un capítulo aparte merece el tratamiento de la lesión que si bien aparece, en principio, como un vicio propio de los contratos, se conserva en el tratamiento general de los actos jurídicos, siguiendo en ello el criterio de la reforma de 1968 y, atendiendo a que cierta doctrina considera posible su aplicación en actos no contractuales. Hasta acá parece perfecto, pero agrega:

Se ha ampliado considerablemente la enunciación de los estados subjetivos de la víctima del acto lesivo, pues se alude ahora a la avanzada edad, al sometimiento del sujeto al poder beneficiario, a la condición social, económica, cultural, con lo cual se traen criterios que provienen de la experiencia del Derecho de los Estados Unidos de América, pero que no son extraños al nuestro, desde que en algunos de los casos señeros se tuvo en consideración que las víctimas eran gente paisana y de escasa ilustración.

Señores, el legislador, en 2012, retomó un buen camino, aunque, es curioso, dentro de todos los excesos del proyecto de 1998, había, sin embargo, una previsión correcta vinculada con la presunción de aprovechamiento, que quizás sea el último punto al que le dedique ahora cierta extensión.

La presunción de aprovechamiento es, aparentemente, una doctrina argentina que proviene de los trabajos de alguien que integró la comisión que preparó y elaboró la ley 17.711, aunque no participó en el tramo final, ni firmó el proyecto, en razón de un escándalo profesional en el que se vio envuelto. Me refiero a ALBERTO SPOTA.

ALBERTO SPOTA había escrito y publicado, en las principales revistas jurídicas, varios artículos sobre la lesión objetivo-subjetiva. Había advertido algo que era cierto y que preocupaba a quienes habíamos estudiado la aplicación práctica de la lesión subjetiva en Alemania, el país de nacimiento de la fórmula.

Los autores alemanes, cuando estudiaban el problema nos decían: la solución es buena, “pero no se aplica nunca” por lo difícil que es la prueba de la explotación; resulta casi imposible demostrar que ha habido deseo de aprovecharse de estas situaciones de inferioridad.

Por ello, al participar en la redacción de la norma que se sanciona luego como art. 954, SPOTA agrega esta presunción de aprovechamiento cuando, objetivamente, la diferencia entre las prestaciones es notoria, evidente, muy grande, notable. Esta es la conquista de SPOTA.

Luego, cuando se realizan estudios sobre la reforma, él afirma: “Esta es una conquista mía; he sido yo el que para superar esa dificultad extrema de aplicación que existía donde habían nacido estas fórmulas, he ideado esto y ello permite que la lesión funcione bastante bien en el Derecho argentino”.

Pero por ahí empiezan a desbandarse las interpretaciones de algunos magistrados y de algunos doctrinarios, porque lo que presume la norma es la explotación, es decir que ha mediado aprovechamiento si la diferencia es muy grande, pero no presume la situación de inferioridad.

A la presunta víctima le corresponde demostrar que estaba en situación de inferioridad. Pero como el texto del art. 954 no dice expresamente que también en este caso debe probarse la inferioridad, muchos tribunales, muchos doctrinarios, en ese deseo de defender excesivamente, llegan a sostener que si la desproporción es grande se presume todo: aprovechamiento e inferioridad.

Frente a esta interpretación desmesurada, otros autores responden: “Entonces ustedes abandonan la fórmula subjetivo-objetiva y vuelven a la lesión objetiva, pero sin los límites matemáticos de la lesión *ultra dimidium*”.

Esa es la crítica que le hace BREBBIA y hacen muchos otros a la interpretación del art. 954, que no solamente presume el aprovechamiento, sino que no exige la prueba de su estado de inferioridad a la presunta víctima.

En ese punto, el proyecto de 1998 (no sabemos porqué, pues en sus fundamentos no da explicación) dispuso acertadamente que la explotación se presume cuando el demandante prueba alguno de estos extremos de su inferioridad. Es decir que, para que haya presunción de aprovechamiento, el demandante debe probar que padecía necesidad, inexperiencia o ligereza.

La exigencia de probar la inferioridad es correcta, es adecuada.

Lamentablemente, en el proyecto actual del año 2012, no se ha insistido en este punto, sino que, simplemente, se mantiene lo que expresa el art. 954.

El último punto al que quiero referirme es la presunción de aprovechamiento ingresada, aparentemente, al derecho positivo, en el art. 954, a proyectarse internacionalmente en el Derecho Comparado: primero, en Paraguay, que la consagra en el art. 671 de su nuevo Código; también en Perú, cuyo Código de 1984 dedica 10 artículos a la lesión, se refleja la fórmula argentina y

se incluye la presunción de explotación, de aprovechamiento, en determinadas circunstancias.

Hay algo más interesante, que creo que es fruto, precisamente, del estudio del Derecho argentino. También en las modificaciones del Código de Québec veremos que se presume la explotación o el aprovechamiento.

Hasta aquí, existe cierto éxito de una doctrina que para nosotros (y yo lo he escrito así), es doctrina argentina, nacida por obra de SPOTA.

Pero (y acá voy a cerrar nuestras pretensiones de ser los inventores de las cosas) cuando en mi tesis sobre lesión escrita hace más de cincuenta años, estudié el Derecho mejicano, solamente podíamos consultar el Código Federal.

Ustedes saben que Méjico es un país federal y cada Estado tiene su propio Código, pero resulta que ni los mejicanos conocían los Códigos de todos sus Estados. Ahora, gracias al milagro de los datos que nos brinda internet, cualquiera puede consultar los treinta y dos códigos civiles mejicanos. Si uno entra a la página de la UNAM, la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, encontrará que tiene una parte sobre legislación de los Estados Federales y allí están los códigos civiles, los códigos procesales, todo, y podemos observar todos los códigos civiles mejicanos.

La curiosidad nos impulsa a investigar, aunque no sea una labor fácil. Hemos comenzado a indagar la solución que dan a la lesión los distintos códigos civiles de Méjico y allí hemos encontrado datos interesantes sobre la presunción de aprovechamiento, ya que hay un Código anterior a la ley 17.711 que consagra una presunción de aprovechamiento.

Muchas veces, en nuestros estudios, hemos afirmado que en el Derecho Comparado no se encontraban antecedentes, y nos hemos referido a la influencia que tuvo SPOTA en su consagración; pero... ¿qué hemos encontrado en nuestras búsquedas?, que en el Código de Sonora (que es uno de los Estados) está vigente desde 1953, es decir, es anterior a la ley 17.711 y dice: "Art. 1953.- Justificada la desproporción entre las prestaciones y la miseria, ignorancia, inexperiencia o necesidad del perjudicado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la otra parte procedió de mala fe, abusando de tales circunstancias".

Quince años antes de que la ley 17.711, siguiendo la idea de SPOTA, consagrara una presunción de aprovechamiento, en Sonora lo hicieron y lo hicieron bien, porque aclaraban que para que se presumiera la explotación había que haber probado la situación de inferioridad.

Y termino. Esta solución que es adoptada en otros dos Estados mejicanos, que tomaron el Código de Sonora como modelo; van a encontrarla en Tlaxcala (art. 1314) y en Tamaulipas (art. 1291).

Señores, como ven ustedes, la existencia de circunstancias sociales similares muchas veces despierta en los juristas inquietudes parecidas y lleva a

conclusiones similares; donde nos creíamos inventores de una doctrina, nos encontramos con que otros habían inventado, y con más precisión, la doctrina de la presunción de aprovechamiento, que es una de las cosas que mantiene el proyecto de 2012, pero omitiendo lo que dispuso el de 1998, al establecer la necesidad de probar, previamente, la situación de inferioridad.

Es costoso legislar y legislar bien. El proyecto de 2012 tiene luces -y esto puede ser luz- y tiene sombras. No creo, por las sombras que tiene, que son muchas, que sea ventajosa para el país, la adopción del proyecto de 2012, pero tampoco creo que su aprobación vaya a significar el caos. Hay cientos de países con Códigos Civiles y dentro de los Códigos Civiles los hay muy buenos, buenos, medianos, malos y muy malos y, sin embargo, en todos los países se vive. Y aunque introduzcamos un Código muy malo, ya se encargarán la doctrina, la jurisprudencia, y la práctica de corregir muchos de los males. Nos harán sufrir un tiempo pero, superado el tiempo de sufrimiento, vamos a seguir viviendo como país.

Nada más.

Las obligaciones "concurrentes", "indistintas" o "conexas" en nuestro derecho privado y en el proyecto de reformas de 2012*

Félix Alberto Trigo Represas

SUMARIO: I. Concepto de obligaciones "concurrentes", "indistintas" o "conexas". II. Régimen jurídico de las obligaciones "concurrentes" y sus diferencias con el de la "solidaridad". III. Los efectos de las obligaciones "concurrentes" en el proyecto de 2012. IV. Los casos de obligaciones "concurrentes" en nuestro derecho privado y en el proyecto de 2012. V. La responsabilidad de dueños y ocupantes de un edificio por daños causados a transeúntes por cosas que caen o son arrojadas del mismo. VI. Reflexiones finales.

* Trabajo elaborado por el autor en base a su disertación pronunciada en el marco de la mesa redonda realizada el 1 de agosto de 2014 en la sede central del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, con motivo del 120° Aniversario de la creación de REVISTA NOTARIAL.

I. CONCEPTO DE OBLIGACIONES “CONCURRENTES”, “INDISTINTAS” O “CONEXAS”

Al lado de la mancomunación pasiva solidaria, en la que media una pluralidad de sujetos pero obligados cada uno de ellos por el todo (arts. 699 y sgts. del Código Civil y art. 827 del Proyecto de 2012), también existe en nuestro derecho otro tipo de obligaciones en las que, asimismo, aparecen dos o más sujetos como deudores indeterminados de idéntica prestación frente a un mismo acreedor: las denominadas obligaciones “concurrentes”, “conexas” o “indistintas”.

No obstante, media un importante matiz diferencial entre estas últimas y las obligaciones solidarias, que está dado por la circunstancia de que en las “concurrentes” cada débito proviene de una fuente obligacional distinta, de manera que aquellas resultan ser independientes entre sí, pese a mediar, entre las mismas, la conexión resultante de estar referidas a idéntico objeto debido a un mismo acreedor¹.

Como ejemplo típico de esta categoría de obligaciones “concurrentes”, suele mencionarse el deber de indemnizar que tendrían, en la hipótesis de un incendio intencional, quien lo provocara y el asegurador del damnificado contra ese riesgo; pese a que para el primero la fuente de su deber resulta ser el hecho ilícito por él cometido, en tanto que para el último lo es el contrato de seguro anteriormente concluído con el perjudicado².

Empero ha señalado con razón VON TUHR, que “hay muchos casos en los que no resulta fácil deslindar los campos entre la solidaridad y la concurrencia”³. Ello se advierte cuando se trata de determinar las diferencias de regímenes existentes entre ambas figuras, como también si se procura establecer concretamente cuáles son los casos de obligaciones “conexas”, “indistintas” o “concurrentes”.

1 BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*, T. V, Ediar, Buenos Aires, 1955, págs. 17 y sgts., N° 14 y sgts. y 91, N° 32; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. *Derecho de las obligaciones*, T. II, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 396, n° 862; Llambías, Jorge J. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, T. II, Perrot, Buenos Aires, 1973, págs. 594 y sgts., n° 1287; Rezzónico, Luis M. *Estudio de las obligaciones*, T. I, 9ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1961, pág. 621; Enneccerus, Ludwig y Lehmann, Heinrich. *Derecho civil. Obligaciones*, T. I, trad. de Blas Pérez González y José Alguer, Bosch, Barcelona, 1947, pág. 438, N° 90-93; Larenz, Kart. *Derecho de las obligaciones*, T. I, trad. de Jaime Santos Briz, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 517; Von Tuhr, Andreas. *Tratado de las obligaciones*, T. II, trad. de W. Rocés, Reus, Madrid, 1934, pág. 274, § 89, N° IX.

2 *Ibidem*. BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, T. I, 9ª ed. actualizada por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, págs. 458 y sgts., N° 580.

3 VON TUHR, A. *Ob. cit.*, T° II, pág. 274, § 89, N° IX.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS OBLIGACIONES “CONCURRENTES” Y SUS DIFERENCIAS CON EL DE LA “SOLIDARIDAD”

Ha quedado dicho que en las obligaciones “concurrentes” o “indistintas” nos hallamos en presencia de una pluralidad de sujetos que deben lo mismo a idéntico acreedor, y cuyos *debitums*, pese a no ser solidarios, le brindan, empero, al acreedor, la posibilidad de poder reclamar la totalidad de lo adeudado de uno solo cualquiera, de aquellos⁴. Esto es precisamente lo que se propone en el art. 850 del proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio del año 2012, el que, siguiendo los lineamientos del art. 798 del proyecto de reformas de 1998, reza: “Concepto. Obligaciones concurrentes son aquéllas en las que, varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”.

No obstante, existen notorias diferencias entre ambos tipos de obligaciones, entre las que cabe considerar:

1) Ante todo, la obligación solidaria es una sola, las concurrentes son varias (dos o más) y se conectan por la circunstancia de tener igual objeto y existir en favor de un mismo acreedor o acreedores.

2) En las solidarias, una vez efectuado el pago de la obligación por cualquiera de los codeudores, existirán entre estos, relaciones internas de contribución, ya que, en definitiva, cada uno de ellos sólo estaba obligado a su parte y porción (arts. 716, 717 y conc. del CC, y art. 840 del proyecto de 2012)⁵. Por tal razón el *solvens* puede recuperar luego el desembolso por él efectuado en todo cuanto excediere de su respectiva cuota-parte obligacional, mediante acciones de regreso contra sus coobligados: sea por la vía del pago por subrogación (art. 768 inciso 2º del CC y art. 915 inc. b) del proyecto de 2012), o sea por la del mandato (arts. 727, 1949, 1950 y concs. del CC, y 1328 del proyecto de 2012) en su caso, por la de gestión de negocios (arts. 727, 2298 y concs. del CC y 1785 del proyecto de 2012).

4 ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad civil y la obligación in solidum”, en JA., Doctrina, 1972, pág. 430; Borda; Guillermo, A. Ob. cit., t. I, pág. 458; Busso, Eduardo B. Ob. cit., Tº V, pág. 96; Llambías, Jorge J. Ob. cit., Tº II, págs. 594 y sgts.; Safontás, Simón P. “Cuasidelitos. Responsabilidad in totum”, Revista “Jus” nº 3, ed. Platense, La Plata, págs. 32 y sgts.; Spota, Alberto G. “El dependiente y el principal como obligados indistintos en la responsabilidad por acto ilícito”, en JA. 1953-III, pág. 438; Josserand, Louis y Brun, André. *Derecho civil*, T. 2, vol. 1, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1953, pág. 618; Mazeaud, Henri y Léon y Tunc, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tº 2, vol. II, trad. de la 5ª ed. francesa de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, págs. 595 y sgts.; Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, T. V, trad. de Delia García Daireaux, ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, pág. 542.

5 BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., T. V, pág. 18.

En cambio, ello en general no sucede en las obligaciones “concurrentes”, en las que quien paga la deuda a veces debe soportarla íntegramente por haber sido el único responsable de su nacimiento o, por el contrario, puede en otros casos pretender el reintegro total de lo abonado por él y que, en rigor, no debía.

Así, en el ya mencionado ejemplo del incendio provocado del que es víctima alguien asegurado contra ese siniestro, si el damnificado hubiese sido indemnizado por la compañía aseguradora, esta podría luego accionar por el todo contra el autor del hecho ilícito dañoso, por aplicación de los principios del pago por subrogación (arts. 80 de la ley 17.418; 767 y sgts. del CC y arts. 914 y sgts. del proyecto de 2012). En tanto, si se hubiese cobrado el resarcimiento directamente del incendiario, en realidad, el verdadero responsable sería este únicamente, quien debería soportar todo el peso de esa deuda y carecer, por ende, de acción recursoria. Ello es algo similar a lo que ocurre cuando el principal o comitente indemniza los daños causados por un hecho ilícito cometido por su dependiente, en cuyo caso tiene acción recursoria contra este último por el total de lo que hubiese abonado (art. 1123 del CC)⁶.

3) En las obligaciones solidarias, los efectos de la prescripción operada en favor de un deudor o la interrupción producida en su contra, se propagan masivamente a los demás coobligados (arts. 713 y 3994 del CC y 2549 del proyecto de 2012). Ello, por el contrario, no sucede en las obligaciones “concurrentes”, en las que, en razón de ser independientes entre sí, los efectos de la interrupción de la prescripción, actúan separadamente para cada obligado, afectando sólo a aquel contra quien se hubiese producido⁷.

Por tratarse de obligaciones distintas, también puede ser diferente el término de la prescripción de cada una de ellas. Tal como ocurre, verbigracia, en el supuesto de una inejecución contractual concretada con la intervención de un tercero cómplice, como sucede en las cesiones o sublocaciones prohibidas, en las que la prescripción de la obligación de indemnizar a cargo del cocontratante incumplidor es la decenal ordinaria del art. 4023 del CC, en tanto que la prescripción de la responsabilidad extracontractual del tercero cómplice se opera en el plazo de dos años del art. 4037 del mismo Código⁸.

6 BORDA, Guillermo A. Ob. cit., Tº I, pág. 459; Busso, Eduardo B. Ob. cit., Tº V, pág. 92; Llambías, Jorge J. Ob. cit., Tº II, pág. 597; Trigo Represas, Félix A. “Régimen de las obligaciones ‘concurrentes’ en nuestro derecho privado positivo”, t. 11, en Zeus, Secc. Doctrina, págs. 8 y sgts.; Ídem, “Las obligaciones ‘concurrentes’...”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2010, pág. 8.

7 BORDA, Guillermo A. Ob. cit., Tº I, pág. 459; Busso, Eduardo B. Ob. cit., Tº V, pág. 92; Llambías, Jorge J. Ob. cit., Tº II, pág. 597; Trigo Represas, Félix A. Ob. cit., t. 11, págs. 8-9.

8 Cám. Nac. de Paz en pleno de Cap. Fed., 7/7/70, “Instituto Paul Hnos. c/ Castagna”, JA 7-1970, pág. 229 y ED 33-139; Cám. 1ª Civ. Com. La Plata, Sala 3a., 16/6/66, “Vaamonde de Marino c/ Coretti”, JA 1966-VI, Sec. Provincia, pág. 41.

4) Con la salvedad del pago, existen también diferencias en punto a otros medios extintivos de las obligaciones.

En efecto, siendo la misma, la prestación debida, es claro que una vez satisfecha íntegramente por cualquiera de los deudores, el acreedor queda totalmente desinteresado y cesa su derecho para pretender otro tanto de los restantes obligados⁹; pero la situación puede variar cuando se trata de otros medios extintivos.

Así, si bien “la novación, compensación o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación” solidaria (art. 707 del CC), no sucede lo mismo con las obligaciones “concurrentes”. Así, con relación a estas, si, por ejemplo, el acreedor hiciese remisión de la deuda a uno de sus obligados conexos, ello podría no alterar para nada la situación del otro; tal como sucede si el damnificado renunciara a perseguir la reparación contra el civilmente responsable, lo que obviamente por sí no afecta su derecho para obtener la misma del autor material del daño¹⁰.

Siguiendo tales lineamientos doctrinarios, en el proyecto de Reforma de 1993 preparado por la comisión designada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 468/92, se propiciaba incorporar esta categoría de obligaciones “concurrentes”, “indistintas” o “conexas” al articulado del Código Civil, y someterlas a un régimen del tenor del expuesto precedentemente. Tal proyecto, en efecto, se ocupaba de este nuevo tipo obligacional en una sola norma, su art. 776, que decía:

Las obligaciones concurrentes o indistintas producirán los mismos efectos que las solidarias, con las siguientes excepciones: 1) La novación, compensación o remisión de la deuda hecha a cualquiera de los obligados, la mora de cualquiera de ellos y la interrupción y suspensión de la prescripción en contra de uno de los deudores, no producen efectos expansivos respecto de los otros codeudores. 2) La acción de repetición del deudor que pagó la deuda contra los codeudores concurrentes se rige por las relaciones causales que originaron la concurrencia¹¹.

Luego, en el proyecto de 1998, en su art. 799, se hacía regir a las obligaciones “concurrentes” por lo dispuesto sobre la mancomunación solidaria: se

9 LLAMBÍAS, Jorge J. Ob. cit., Tº II, págs. 595 y sgts.

10 BORDA, Guillermo A. Ob. cit., Tº I, pág. 459; Llambías. Jorge J. Ob. cit., Tº II, pág. 598 y nota 242.

11 *Reformas al Código Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 145.

aplican las reglas "del Parágrafo 3º de la Sección Sexta", es decir los arts. 751 y siguientes de dicho proyecto¹².

Con similitud, en el proyecto de 2012 se dispone en su art. 852: "Normas subsidiarias. Las normas relativas a las obligaciones solidarias son subsidiariamente aplicables a las obligaciones concurrentes"; o sea, que se remite a los precedentes arts. 827 a 849 (Sección 7ª, parágrafo 2º del mismo).

III. LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES "CONCURRENTES" EN EL PROYECTO DE 2012

En cambio, en este último proyecto de 2012, se contemplan detalladamente los efectos de las obligaciones "concurrentes" en su art. 851, de la siguiente manera: "Excepto disposición especial en contrario, las obligaciones concurrentes se rigen por las siguientes reglas:

a) el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente"; sobre lo cual existe entre nosotros coincidencia doctrinaria y jurisprudencial¹³;

"b) el pago realizado por uno de los deudores extingue la obligación de los otros obligados concurrentes"; a cuyo respecto también media acuerdo de nuestros autores y de la jurisprudencia;

"c) la dación en pago, la transacción, la novación y la compensación realizadas con uno de los deudores concurrentes, en tanto satisfagan íntegramente el interés del acreedor, extinguen la obligación de los otros obligados concurrentes o, en su caso, las extinguen parcialmente en la medida de lo satisfecho". Sobre este punto, empero, en general se había expedido en contra nuestra doctrina más tradicional -GUILLERMO A. BORDA y JORGE JOAQUÍN LLAMBIÁS¹⁴-, y, también en el proyecto de 1993 de la Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo, se estableció el principio opuesto con relación a la novación y a la compensación (art. 776, inc. 1).

Por sobre todo, el efecto extintivo total acordado a la "transacción" efectuada con uno de los deudores concurrentes, que se propaga a todos los otros obligados (citado art. 851 inc. c) del proyecto de 2012); viene a implicar una consecuencia más amplia o extensa que la que rige actualmente para con las

12 *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Sección Octava, parágrafo 3º, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 304 y págs. 196 y sgts.

13 Ver supra Nº II y nota 4.

14 BORDA, Guillermo A. Ob. cit., Tº I, págs. 458 y sgts.; Llambías, Jorge J. Ob. cit., Tº II y nota 242, pág. 598.

obligaciones solidarias, respecto de las cuales la transacción hecha con uno de los codeudores solidarios aprovecha a los otros pero no puede serles opuesta (art. 835 inc. d) del mismo proyecto de 2012, que es además la misma solución del vigente art. 853 de nuestro Código Civil).

“d) la confusión entre el acreedor y uno de los deudores concurrentes y la renuncia al crédito a favor de uno de los deudores no extingue la deuda de los otros obligados concurrentes”, cuestión de la que sólo se había ocupado con anterioridad y parcialmente, el proyecto de 1993 de la comisión designada por el Poder Ejecutivo. En él se aludía nada más a la remisión de deuda, la que es, por cierto, una forma de renuncia.

“e) la prescripción cumplida y la interrupción y suspensión de su curso no producen efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes”; lo cual ya estaba previsto de la misma manera en el art. 776 inc. 1) del proyecto de reformas de 1993, de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo.

“f) la mora de uno de los deudores no produce efectos expansivos con respecto a los otros codeudores”; igualmente previsto en el art. 776 inc. 1) del proyecto de reformas de 1993, de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo.

“g) la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos pueden invocarla cuando no se funda en circunstancias personales del codeudor demandado”.

Este efecto asignado a las obligaciones concurrentes constituye, sin duda, una novedad; pues no ha existido anteriormente, entre nosotros, ningún antecedente al respecto. Ahora bien, la solución que acá se brinda es similar a la seguida en punto a la transacción concluida en las obligaciones solidarias entre el acreedor y uno o algunos de su/s deudor/es, en el art. 835 inc. d) del mismo proyecto de 2012 que nos ocupa, como también en el vigente art. 853 de nuestro Código Civil; y nos parece una solución adecuada.

A mayor abundamiento, cabe recordar, en principio, que la sentencia dictada contra uno de los deudores solidarios hace cosa juzgada frente a todos los demás¹⁵, siempre que no haya mediado una colusión fraudulenta entre el acreedor y el deudor demandado en primer término¹⁶. Sin embargo, la existencia de cosa juzgada no autoriza al acreedor a dirigirse contra los otros codeudores por el procedimiento de ejecución de sentencia, ya que estos pueden hacer valer sus propias defensas particulares y, asimismo, las comunes que no hu-

15 CSJN, 19/04/1898, “Ventura Lynch c/ Miguel Cano”, Fallos 72:340; Cám. Civ. 1ª, 28/06/1940, “Iglesias c/ Arzobispado de Buenos Aires”, JA 73-140.

16 S.T. de Santa Fe, Sala Iª, 15/10/1940, “Iturraspe c/ Lascano”, La Ley, 22-739; Cám. Nac. Paz, sala III, 23/02/1966, “Silva c/ Basualdo”, La Ley, 123-554.

biesen sido planteadas por otros codeudores demandados con anterioridad¹⁷, tal como sucede con la colusión fraudulenta ya mencionada *supra*.

“h) la acción de contribución del deudor que pagó toda la deuda contra sus co-obligados concurrentes, se rige por las relaciones causales que originaron la concurrencia”; lo cual ya se había propuesto en el art. 776 inc. 2) del proyecto de 1993, de la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, que también establecía que la acción de repetición de quien pagó contra los codeudores concurrentes “se rige por las relaciones causales que originaron la concurrencia”.

IV. LOS CASOS DE OBLIGACIONES “CONCURRENTES” EN NUESTRO DERECHO PRIVADO Y EN EL PROYECTO DE 2012

En nuestro derecho privado pueden señalarse como supuestos de este tipo de obligaciones, los casos que se mencionarán a continuación con carácter meramente enunciativo. En tanto, el proyecto de 2012 contempla expresamente tres supuestos de obligaciones concurrentes o indistintas, según se verá.

1) *La obligación de resarcir del dependiente autor directo de un daño y la refleja, en cuanto civilmente responsable, de su patrón o principal.* Antes y después de la reforma de nuestro Código Civil por la ley 17.711, hemos tenido entre nosotros, como obligaciones “concurrentes”: el deber de resarcir del dependiente autor directo del daño (art. 1109 CC) y el del tercero civilmente responsable, en su condición de principal, patrono o comitente, con ajuste a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 1113 del mismo Código.

En este supuesto, la víctima tiene derecho a requerir la indemnización, sea conjuntamente o bien en forma sucesiva contra ambos, por existir a cargo de cada uno de ellos, individual y separadamente, una responsabilidad plena o integral por las consecuencias del hecho ilícito¹⁸.

17 Cám. Trab., Sala I, 14/08/1959, “García de Ripas c/ Acuña”, La Ley 97-441.

18 BOFFI BOGGERO, Luis M. *Tratado de las obligaciones*, Tº 5, Astrea, Buenos Aires, 1981, págs. 629 y sgts., § 1997 y 1998; Busso, Eduardo B. Ob. cit., T. V, pág. 92 y pág. 96, § 57; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Félix A. Ob. cit., T. II, pág. 397, Colombo, Leonardo A. *Culpa aquiliana (Cuasidelitos)*, Tea, 2ª ed., Buenos Aires, 1947, pág. 401 134; Compagnucci de Caso, Rubén H. *Responsabilidad civil por el hecho ajeno*, Lex, La Plata, 1987, págs. 170 y sgts.; De Gásperi, Luis y Morello, Augusto M. *Tratado de derecho civil*, TEA, Tº IV, Buenos Aires, 1964, págs. 33 y sgts.; Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Daños causados por los dependientes*, Cáp. VIII, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, págs. 153 y sgts.; Safontás, Simón P. Ob. cit., págs. 34 y sgts.; Salvat, Raymundo M. y Acuña Anzorena, Arturo. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Tº IV, Tea, 2ª ed., Buenos Aires, 1958, pág. 188; Spota, Alberto G. “El dependiente y el principal como

Tal responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes, que es “concurrente” con la de estos últimos, aparece expresamente contemplada en el art. 1753 del proyecto de 2012.

2) *La responsabilidad del dueño o del guardián de una cosa que provoca un daño.* Antes de la reforma de la ley 17.711, ya se hablaba de la obligación de reparar el perjuicio ocasionado con una cosa ajena, la que pesaba sobre el autor culpable del hecho ilícito y también sobre el propietario de la cosa que fuera el instrumento del daño causado; los que también aparecían frente a la víctima como responsables *in solidum* de la totalidad de la indemnización¹⁹.

Después de dicha reforma, el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil ya establece expresamente la responsabilidad indistinta “del dueño o guardián” de la cosa que intervino en la causación de un daño. Ello ha llevado a la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia a sostener que, cuando ambas calidades no están en cabeza de una misma persona sino en dos sujetos

obligados indistintos en la responsabilidad por acto ilícito” en JA 1953-III, pág. 438; Trigo Represas, Félix A. y Compagnucci de Caso, Rubén H. *Responsabilidad civil por accidentes de automotores*, Tº 1, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 2008, págs. 442 y sgts.; Vélez Mariconde, Alfredo. “Acción resarcitoria”, ed. Lerner, Córdoba, 1965, pág. 66; Cám. Nac. Civil, Sala A, 6/12/73, “Caja Nac. de Ahorro Postal c/ Herrera”, JA 21-1974-495 y LL 154-190; ídem, Sala B, 19/9/85, “Pereira c/ Club Italiano”, LL 1986-C-183 y ED. 116-234; ídem, 6/11/59, “Tembrás c/ Siniscalchi”, JA 1960-I-287; ídem Sala C, 19/7/67, “Tasara de Cabona c/ Delucca”, LL. 129-430; ídem, Sala D, 27/12/68, “Villanueva de Bustos c/ Grumblat”, JA. 3-1969-120 y ED 27-101; ídem, Sala E, 21/8/85, “Raley SA c/ Giudice Mora Ings. Civiles SRL”, LL 1986-C-145; 25/7/60, “Mendoza c/ Pujol”, JA 1960-VI, Secc. Síntesis, pág. 6; ídem, Sala F, 14/3/67, “Ortiz de Bregazzi c/ Val Lago”, JA 1967-V-359 y LL 127-151; Cám. Nac. Com., Sala B, 7/9/66, “Ferrigno de Mármol c/ Rodríguez”, JA 1966-V-598; SCBA, 11/9/79, “González c/ Granja”, DJBA. 117-283; ídem, 8/10/57, “Casco c/ Cía. Tranvías Mar del Plata”, Ac. y Sent. 1957-V-161; Cám. 2ª Civ. Com. La Plata, Sala 2ª, 5/8/58, DJBA 55-133; Cám. Rosario, 11-10-55, “Prosmán de Pereyra c/ Ricciardi”, JA 1957-IV-190.

- 19 BORDA, Guillermo A. Ob. cit., Tº II, págs. 345 y sgts.; Lafaille, Héctor; Bueres, Alberto J. y Mayo, Jorge A. *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Tº II, La Ley-Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 2009, págs. 839 y sgts.; Moyano, Juan A. “Nota bibliográfica” sobre *Actos ilícitos* de Henoch D. Aguiar, en JA 58, sección bibliografía, pág. 17; Salas, Acdeel E. *La responsabilidad por los daños causados por las cosas*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1945, págs. 74 y sgts.; ídem, “El responsable por los daños causados por las cosas” en JA 74, pág. 750; ídem, “Responsabilidad por el hecho de las cosas: ensayo sobre la esfera de aplicación de los arts. 1113 y 1133 del Código Civil”, en JA 73, secc. doctrina, págs. 73 y sgts.; Spota, Alberto G. “La responsabilidad indistinta del dueño y del guardián de la cosa dañosa”, en JA, 1965-III, pág. 455; Cám. Nac. Civil, Sala A, 14/10/64, “Solmini de Nuñez c/ Warskitt y Edgar”, LL 126-679 y JA 1967-III-256; ídem, Sala D, 21/7/64, “Mazzei c/ Ghirimoldi”, JA 1964-V-71; SCBA, 17/3/59, “Suburi y Cirigliano c/ Yapur Cura”, JA 1959-III-604; Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala IIIª, 16/6/66, “Vaamonde de Marino c/ Coretti”, JA 1966-VI, Sec. Prov., pág. 41; Corte Justicia San Juan, 18/4/60, “Navarro c/ Cía. Electricidad Los Andes”, Jurisprudencia San Juan 1961-1, pág. 67.

distintos, la responsabilidad de ambos frente a la víctima resulta ser también “concurrente” o “indistinta”²⁰.

A su turno, también es “concurrente” (conforme al art. 1758 del proyecto de 2012) la responsabilidad del dueño y el guardián por el hecho de las cosas.

3) *Pluralidad de personas en la realización de actividades riesgosas para terceros*. Los arts. 1757 y 1758 del proyecto de 2012 han agregado un nuevo supuesto de responsabilidad: la realización de actividades riesgosas o peligrosas para terceros, la que habrá de corresponder como obligación “concurrente” para quienes la realizan y también para los que se sirvan u obtengan provecho de ella, por sí o por terceros.

20 ALTERINI, Atilio A.; Ameal, Hector J. y López Cabana, Roberto M. *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, 4ª ed., Buenos Aires, 2008, págs. 810 y sgts.; Borda, Guillermo A. “La reforma del Código Civil”, en ED 30, pág. 812; ídem, Ob. cit., Tº II, págs. 325 y sgts.; Garrido, Roque y Andorno, Luis O. *Reformas al Código Civil*, Víctor P. de Zavalía, 2ª ed., Buenos Aires, 1971, pág. 231; Llambías, Jorge J. Ob. cit., Tº IV-A, págs. 561 y sgts.; Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1971, págs. 313 y sgts.; ídem, “Colisión entre automotores. La víctima versus dueño, guardián y conductor”, en JA 1977-III, págs. 325 y sgts., y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, T. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1980, págs. 260 y sgts.; Spota, Alberto G. *Sobre las reformas al Código Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1969, pág. 23; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., Tº V, págs. 285 y sgts.; CSN, 1/12/92, “Pose c/ Pcia. del Chubut”, LL 1994-B-434 y Zeus, T. 65, Secc. Jurispr., fallo n° 9808; Cám. Nac. Civ., Sala A, 16/3/73, “Cueva c/ Céspedes”, ED 48-505; íd. 29/8/71, “Viera c. Picasso”, LL 146-674 (28.749-S); ídem Sala B, 8/6/81, “López c/ Villaruel”, JA 1982-I-31; íd. 30/9/74, “Cuñarro c/ Cobursi”, ED 58-347; ídem Sala C, 25/9/85, “Elías de Salaberry c/ Palomero”, LL 1985-E-131; íd. 28/3/85, “Campos de Caruso c/ Rubember”, LL 1985-C-471; íd. 26/4/83, “Bloomfield c/ Autopistas Urbanas SA”, ED 104-746; íd. 22/8/77, “Moretti c/ Mastrocolo”, JA 1977-III-176; íd. 23/6/76, “Rogacz c/ Sanz”, ED 68-358; ídem Sala D, 8/10/81, “Lascano c/ Rivadavia Construcciones SA”, LL 1982-D-239 y ED 97-213; íd. 3/12/79, “Haro de Domínguez c/ Osvaldo Rigamonti SA”, LL 1980-D-77; íd. 13/9/78, “Ramírez c/ Moledo Fernández”, LL 1979-B-38; ídem Sala F, 25/6/82, “Feldman c/ Consorcio Propietarios Echeverría 2109”, LL 1982-B-568; íd. 16/2/79, “La Nación Cía. Seg. c/ Paludi”, LL 1979-B-559 y JA 1979-II-572; ídem Sala G, 19/5/82, “Laviaguerra c/ Jutarde”, ED 100-179; Cam. Nac. Especial Civ. y Com., Sala VI, 15/5/78, “Fernández c/ Gutiérrez”, JA 1978-II-475; Cám. Nac. Paz, Sala II, 24/4/72, “Olimpia Cía. Seg. c/ Mirabella”, JA 15-1972-10; SCBA, 17/11/92, “Rossi c/ Rívero”, JA 1993-II-320 y DJBA 144-551; íd., 23/10/90, “Moroni c/ Bilbao”, LL 1991-A-336 y DJBA 141-3241; íd. 8/4/80, “Hermosilla c/ Club Atl. y Social Minist. Obs. Públicas”, DJBA 118-318; íd. 10/12/79, “Nafe c/ Oderiz”, ED 87-306; Cám. 1a. Bahía Blanca, 7/11/72, “Cobreroc c/ Valls de Bermúdez”, LL 150-718 (30.160-S); Cám. Ap. Junín, 20/4/80, “Rodrigo c/ Mango”, DJBA 121-177; Sup. Trib. Córdoba, Sala Civ., Com. y Cont.-Adm., 8/5/84, “Bracco c/ Martinotti”, LL 1984-C-518; Cám. 5a. Civ. Com. Córdoba, 29/8/80, “Martínez c/ Molina”, JA 1981-I-348; Cám. Civ. y Com. Río Cuarto, 28/3/85, “Sánchez c/ Flores”, LL Córdoba. 1985-635; SC Mendoza, Sala I, 2/9/89, “Filiti c/ Mercado”, LL 1989-B-332; Cám. Civ. Com. Sta. Fe, Sala II, 6/6/75, “La Única Coop. Seg. c/ Milocco”, JA 1976-II-332; Cám. 2a. Civ. Com. Paraná, Sala 2a., 29/10/93, “Chwe Chang Ik c/ Empr. Constructora Luis Losi”, Zeus T. 64, Secc. Jurispr., fallo n° 9651; etc.

Empero, el art. 1762 del mismo proyecto de 2012 dispone en cambio que: “Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros”.

Todo ello genera una lógica incertidumbre sobre cuáles son o han de ser los casos comprendidos en cada una de esas normativas, y queda abierto desde ya un amplio espacio para eventuales conflictos interpretativos.

4) *La responsabilidad civil de los establecimientos educativos y la de los profesores, directores y otros agentes de la educación por su hecho personal.* Después de la reforma de la ley 24.830 al art. 1117 de nuestro Código Civil, son “...los propietarios de establecimientos educativos privados o estatales (...) los responsables por los daños causados o sufridos por sus alumnos menores cuando se hallen bajo el control de la autoridad educativa...”.

No obstante, en el régimen argentino vigente, subsiste también la responsabilidad directa del autor de un daño, en el art. 1109 del mismo Código, aunque este sea un docente: profesor, director, preceptor, etc.²¹.

De tal forma, cabría la acción recursoria que el Estado o el propietario del establecimiento educativo privado que hubiese pagado, puede ejercer luego contra el docente causante del daño, conforme al art. 1123 del Código Civil²².

Es decir que nos encontramos frente a un nuevo supuesto de responsabilidad “concurrente” o “indistinta”: la del docente autor material del daño y la refleja del propietario del respectivo establecimiento educativo; muy similar a la del principal o comitente por el hecho de sus dependientes, ya considerada con anterioridad.

5) *Daños resultantes de un incumplimiento contractual producido con intervención de un tercero cómplice.* En los casos de daños resultantes de un incumplimiento contractual logrado merced a la intervención de un tercero cómplice, como lo es el tan corriente supuesto de las cesiones o sublocaciones prohibidas, la parte contratante inocente y damnificada tendrá también frente a sí a dos obligados “indistintos” o “concurrentes” por el total de la indemnización de los perjuicios así sufridos: su propio cocontratante incumplidor, para

21 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en la Argentina después de la reforma de 1997”, LL 1998-B, págs. 1067 y sgts. Allí se señala además que, por el contrario, en sendos proyectos presentados en la Cámara de Diputados, uno de Carlos Álvarez y otro de Elsa Kelly y Guillermo Estevez Boero, a la postre desechados, se preveía otra solución, que tratándose de daños acaecidos en establecimientos de enseñanza pública, la acción debía entablarse exclusivamente contra el Estado responsable del establecimiento.

22 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Ob. Cit., págs. 1070 y sgts.

quien el deber de reparar reviste naturaleza contractual, y el tercero cómplice, cuya responsabilidad es de fuente extracontractual²³.

6) *Responsabilidad del ladrón que roba a un comodatario negligente y la responsabilidad de este último*. Con similitud, autores como BUSO, CAZEAUX, LLAMBÍAS y REZZÓNICO, mencionan como obligaciones concurrentes, la del ladrón que le roba, a un comodatario negligente, la cosa que tenía en comodato y, por cierto, la de ese mismo comodatario negligente²⁴. Por esto, que responden ambos en forma concurrente por el mismo perjuicio frente al comodante: el primero, extracontractualmente por el "delito" cometido y el segundo, contractualmente, en razón de haber sido robada o hurtada por su culpa la cosa recibida en comodato; ello implica el incumplimiento culposo de sus determinados deberes de conservación y de restitución de la misma (doctrina de los arts. 2266, 2269, 2274 y concs. del CC; 1536 incs. d) y e) y 1537 del proyecto).

7) *Obligaciones indistintas del propio obligado y de un deudor suyo que le pagó, pese a que el crédito se hallaba embargado o había sido dado en prenda*. Este supuesto resulta de lo previsto en el art. 736 del Código Civil, en cuanto establece, como requisito de la eficacia del pago, que el crédito que se pretenda cancelar esté disponible por parte del acreedor, cuando dice: "Si la deuda estuviese pignorada o embargada judicialmente, el pago hecho al acreedor no será válido". En tanto, para el proyecto de 2012, más correctamente, tal pago será inoponible al acreedor prendario o embargante (art. 877).

En efecto, la prenda o el embargo judicial relacionan entre sí a tres sujetos: a) el acreedor prendario o embargante, que es titular de un derecho, en el primer caso "real", y, en el otro, personal de "garantía", sobre el crédito que su deudor tiene con relación a otra persona; b) el deudor que dio en prenda su crédito contra un tercero o sufrió el embargo del mismo, obligado frente a su acreedor prendario o embargante y a la vez titular de aquel crédito contra un tercero y c) finalmente, el tercero deudor del crédito que fue embargado o a quien su propio acreedor le ha dado en prenda a un tercero²⁵.

23 ALTERINI, Atilio A.; Ameal, Héctor José y López Cabana, Roberto M. Ob. cit., págs. 166, 946 y sgts.; Boffi Boggero. Ob. cit., Tº 6, págs. 428 y sgts.; Llambías, Jorge J. Ob. cit., Tº III, pág. 608; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., T. IV, págs. 568 y sgts.; Mazeaud y Tunc. Ob. cit., Tº 1, vol. I, pág. 199; Savatier, René. *Traité de la responsabilité civile en droit civil français*, tº I, 2ª ed., París, LGDJ, 1951, págs. 187 y sgts.; Viney, Geneviève. "Introduction à la responsabilité", 2ª ed., en el *Traité de Droit Civil*, dirigido por Jacques Ghestin, París, LGDJ, 1997, págs. 367 y sgts.; Cám. Paz en pleno Cap. Fed., 7/7/70, "Instituto Paul Hnos. c/ Castagna", JA 7-1970-229 y ED 33-139; Cám. Nac. Civil Sala D, 21/7/64, "Mazzei c/ Ghirimoldi", JA 1964-V-71; Cám. 1ª Civ. y Com., La Plata, sala 3a., 16/6/66, "Vaamonde de Marino c/ Coretti", JA 1966-VI, Sec. Prov., pág. 41.

24 BUSO, Eduardo B. Ob. cit., "art. 699", Tº V, pág. 91; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., T. II, pág. 396; Llambías, Jorge J. Ob. cit., Tº II, pág. 594; Rezzónico. Ob. cit., Tº I, pág. 621.

25 CAZEAUX y Trigo Represas. Ob. cit., Tº III, págs. 35 y sgts.

Ahora bien, el efecto primordial del embargo o la prenda de un crédito se traduce en una oposición a su pago, mediante una orden puramente negativa dirigida a su obligado: no pagar a su propio acreedor, lo cual resulta implícitamente del art. 736 del Código Civil. Debido a ello, en tales circunstancias, si el deudor del crédito embargado o pignorado quisiese liberarse, debería proceder a consignar judicialmente lo que adeuda, conforme a lo previsto por el art. 757 inc. 5 del Código Civil: “La consignación puede tener lugar (...) Cuando la deuda fuese embargada o retenida en poder del deudor y éste quisiera exonerarse del depósito”²⁶; no pudiendo, de ninguna manera, pagar directamente, ni al tercero acreedor embargante o prendario (que no es titular del crédito afectado por esas medidas), ni a su propio acreedor (a la vez deudor embargado o pignorante en la otra relación), en razón precisamente de lo dispuesto en el citado art. 736, que declara no válido el pago realizado de una deuda que estuviese pignorada o embargada²⁷.

Si, no obstante ello, el deudor del crédito embargado o pignorado pagase a su propio acreedor, se suscitara entonces concretamente la situación prevista y resuelta por el art. 736 del Código Civil, que establece *ab initio* que tal pago no será válido, aunque aclarando acto seguido que: “En este caso la nulidad del pago aprovechará solamente a los acreedores ejecutantes o demandantes, o a los que hubiesen constituido la prenda, a quienes el deudor estará obligado a pagar de nuevo”. Aunque, en rigor, se trata más bien de un supuesto de inoponibilidad de tal pago a los acreedores embargantes o pignoraticios del *accipiens*, tal como más correctamente se dispone en el art. 877 del proyecto de 2012; por ello tienen derecho a reclamar del *solvens* un nuevo pago en su favor, por aplicación del principio de que: quien paga mal, paga dos veces²⁸.

26 En el proyecto de 2012, en el caso de un crédito embargado, se lo puede pagar con depósito a la orden del juez que decreta el embargo (art. 883 inc. b); y siempre el deudor puede hacerlo mediante pago por consignación, cuando no pueda efectuar un pago seguro y válido (art. 904 inc. c).

27 BOFFI BOGGERO, Luis M. Ob. cit., Tº 4, pág. 87; Busso, Eduardo B. Ob. cit., Tº V, pág. 438, 448; López Cabana, Roberto M. *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, Tº 3, Director Augusto C. Belluscio, Coordinador Eduardo A. Zannoni, Buenos Aires, Astrea, 1981, pág. 474; Llambías. Ob. cit., Tº II, pág. 818; Salvat, Raymundo M. y Galli, Enrique V. *Derecho civil argentino. Obligaciones en general*, Tº II, 6ª ed., Buenos Aires, TEA, 1952, pág. 252; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., Tº III, págs. 36 y sgts.; Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tº VII, trad. de Mario Diaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural S.A., 1946, págs. 552 y sigte.; Cám. Nac. Civ., Sala F, 17/4/85, “Martínez c/ Dellacasa”, LL 1986-C-536 (37.281-S).

28 ALTERINI, Atilio A.; Ameal, Héctor José y López Cabana, Roberto M. Ob. cit., pág. 121; Lafaille, Héctor. *Curso de obligaciones*, Tº I, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1926, pág. 222; Salvat y Galli. Ob. cit., Tº II, pág. 251; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., t. III, pág. 36; Cám. Civ. 1º. Cap. Fed., 28/6/43, “Robles Gorriti c/ Mazzini”, JA 1943-III-24.

Pero, sin duda, los acreedores embargantes o pignoraticios conservan también su primitiva acreencia contra su propio deudor, a quien, por cierto, pueden ejecutar. Si así llegaran a cobrar íntegramente su crédito contra su obligado, sin duda ya no podrían pretender prevalerse de lo dispuesto en el art. 736 del Código Civil, para cobrar otra vez del deudor de su propio obligado, por más que aquel hubiese satisfecho a este último su acreencia, que él diera en prenda o que le fuera embargada.

En suma, en razón del indebido pago de un crédito que se hallaba embargado o pignorado, por parte del obligado, los respectivos acreedores embargantes o pignoraticios pasan a tener frente a sí a dos obligados "indistintos", "conexos" o "concurrentes": el suyo propio (que continúa siéndolo), y el deudor de su deudor (que le abonara a este último la deuda que con él tenía, a pesar de que dicho crédito estaba embargado judicialmente o había sido prendado). Todo ello sin perjuicio de que si el deudor del crédito embargado o pignorado debe efectuar un doble pago en razón de lo preexpuesto, tendrá luego a su vez "derecho a repetir contra (...) (su) acreedor a quien pagó" (art. 736 *in fine* CC). Ello se debe a que entonces el primer pago realizado a su propio *creditor* vino a quedar sin causa, en razón del segundo pago impuesto por el art. 736 en favor de los acreedores embargantes o pignoraticios. Se configura así un supuesto de pago indebido, efectuado "en consideración a una causa existente pero que hubiese cesado de existir", del art. 793 del Código Civil²⁹, o del art. 1796 inc. a) del proyecto de 2012.

8) *Obligación indistinta frente a los oponentes: del heredero beneficiario que, pese a la oposición de otros acreedores o de legatarios, pagó a algún acreedor del causante, y de este último.* Como una variante del supuesto anterior, tenemos igualmente la situación del heredero aceptante con beneficio de inventario que realizó pagos a algún o a algunos presunto/s acreedor/es del causante, pese a mediar oposición de otros acreedores y/o de legatarios (art. 3402 CC), y la de el o los acreedor/es así pagado/s, ya que ambos quedan como indistintamente obligados frente a tales oponentes, quienes podrán demandarlos por el todo conjunta o sucesivamente, sin necesidad de tener que probar previamente la insolvencia del otro (art. 3403 CC)³⁰.

29 LÓPEZ CABANA. Ob. cit., pág. 478; Llambías. Ob. cit., Tº II, pág. 820; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., t. III, págs. 40 y sgts.; Wayar, Ernesto C. *Derecho civil. Obligaciones*, Tº 1, Desalma, Buenos Aires, 1990, págs. 403 y sgts.
Comparar: Lafaille. Ob. cit., Tº I, pág. 222, para quien, de lo contrario, el acreedor embargado o pignorante percibiría en realidad el crédito dos veces y se enriquecería con perjuicio de su deudor.

30 ZANNONI, Eduardo A. *Manual de sucesiones*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 164.

En el proyecto de 2012, desaparece la aceptación de herencia con beneficio de inventario y, consecuentemente, este supuesto de obligación "concurrente" o "indistinta".

9) *Responsabilidad indistinta del constructor, del director y del proyectista de la obra.* Después de la reforma de la ley 17.711, tenemos también la responsabilidad (contractual) por ruina total o parcial de "edificios u obras en inmuebles destinados a larga duración". Conforme al texto actual del art. 1646 del Código Civil, esta recae sobre el constructor y se extiende "indistintamente al director de la obra y al proyectista según las circunstancias"; lo cual, dice SPOTA: "constituye, luego de la reforma de 1968, una doctrina que mereció recepción en el nuevo art. 1646, al establecerse, no la responsabilidad solidaria, sino la responsabilidad indistinta (por el todo) del locador de obra material (constructor) y del locador de obra intelectual (proyectista y director de obra)"³¹.

En el proyecto de 2012, el tema aparece tratado en sus arts. 1273 y 1274. En el inciso d) de este último, según como se cause el daño, pueden llegar a responder: el subcontratista, el proyectista, el director de obra o cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de locación de obra, referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes.

10) *La responsabilidad civil indistinta del autor de un daño y la del asegurador contra tal siniestro.* La jurisprudencia y la doctrina de Francia y también la de nuestro país admiten que el campo de aplicación de las obligaciones "concurrentes" comprende también los frecuentes casos de responsabilidad del causante de un perjuicio y del asegurador contra tal siniestro; ambos con relación al damnificado por aquel hecho ilícito dañoso³².

Al respecto, puede recordarse lo expresado por los hermanos HENRI y LÉON MAZEAUD³³, en el sentido de que, cuando la víctima demanda, en un mismo juicio, al asegurador y al asegurado que causó el daño, puede obtener contra

31 SPOTA, Alberto G. *Tratado de la locación de obra*, Tº II, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1976, págs. 217 y sgts.; y, en igual sentido, Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Atilio Aníbal. *Código Civil anotado*, Tº III-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 419.; Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad civil de los profesionales de la construcción", *Revista Jurídica de San Isidro* N° 18, del Colegio de Abogados de San Isidro, pág. 128; Laboudigue, María Teresa y Najlowiec de Markiewicz, Olga. "Responsabilidad civil de los ingenieros, arquitectos y otros profesionales de la construcción", en *JA* 1984-IV, pág. 707; López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos*, Tº 4, Zavalía Ed., Buenos Aires, 1993, págs. 280 y sgts.; Trigo Represa, Félix A. "La responsabilidad civil en la construcción de obra privada" en *Revista Voces Jurídicas* N° 1 de 1997, Mendoza, págs. 28 y sgts.

32 ANDORNO, Luis O. "La responsabilidad civil y la obligación in solidum" en *JA*, Doctrina, 1972, págs. 435, 447.

33 MAZEAUD y Tunc. "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Tº 3, vol. II, págs. 346 y sgts.

ellos una condena *in solidum*. Esta obliga por la totalidad a cada uno de los deudores, sin llevar consigo las consecuencias de la solidaridad y como

El asegurador y el asegurado se encuentran desde luego obligados cada uno de ellos por la totalidad, al menos dentro de los límites de la indemnización estipulada en el contrato de seguro y del daño sufrido por la víctima (...) así pues, la víctima debe obtener una condena 'in solidum', que le conceda el derecho de exigir, ya del asegurador o del asegurado, la indemnización correspondiente a su daño y garantizada por el contrato de seguro.

Nótese, a mayor abundamiento, que, en general, el fundamento admitido para la obligación *in solidum* (o "conexa", "indistinta" o "concurrente") se halla en la idea de garantía, de ofrecer a la víctima la mayor posibilidad de ser indemnizada en razón de la existencia de una pluralidad de deudores³⁴, y en que al acordarse para el damnificado la doble chance de poder cobrar íntegramente la indemnización, indistintamente del autor del hecho dañoso o de la compañía aseguradora, es precisamente como mejor se da cumplimiento a aquella télesis o finalidad tuitiva.

Todo lo dicho ha sido destacado claramente entre nosotros por MORELLO, al aludir al

(...) ingenioso mecanismo técnico que ha montado el régimen de responsabilidad y garantía instaurado por el ordenamiento de seguros, decreto ley 17.418, en el precepto básico que es la norma del art. 118. Hay una convergencia de pretensiones ejercidas por la víctima que, con diferentes posibilidades de condena, atrapa a dos deudores que se yuxtaponen en distintas funciones de responsabilidad y garantía: el autor del daño y quien asegura (...) la efectividad directa y principal de esa responsabilidad (la compañía aseguradora que hace de deudora del responsable directo)³⁵.

Tal es, por cierto, lo que en definitiva sucede entre nosotros a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Seguros 17.418, que en su art. 118 establece que: "El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste, aun en caso de quiebra o de concurso civil" que "El damnificado (y también el

34 ANDORNO, Luis O. Ob. cit., JA, 1972, págs. 434 y sgts.

35 MORELLO, Augusto Mario. "El contenido complejo del proceso de daños con participación de la compañía aseguradora", en JA, 27-1975, pág. 453.

asegurado) puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba”, deduciendo “...la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador” y que “La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro...”³⁶.

11) *Participación de varias personas en la producción de un daño derivado de distintas causas*. El proyecto de 2012 ha incluido en su art. 1751 segundo párrafo, como nuevo supuesto de obligaciones concurrentes o indistintas, el siguiente: “Si varias personas participan en la producción de un daño que (...) deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes”.

En tanto que, en cambio, no será “concurrente” sino “solidaria” la ya vista responsabilidad del grupo que realiza una actividad peligrosa para terceros del art. 1762 del proyecto, como la que resulta igualmente de un daño que “proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado (...) excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción” (art. 1761 del proyecto de 2012).

Sumamos a ello que, en el mismo proyecto de 2012 se considera como “solidaria” la responsabilidad denominada como “colectiva y anónima” (Sección 8ª del Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero) de “los dueños y ocupantes” de la “parte de un edificio”, del que “cae o es arrojada una cosa” que causa daño a terceros (art. 1760); lo cual es, en cambio, considerado, en nuestro derecho vigente, como una hipótesis de obligación “concurrente”, “conexa” o “indistinta”. Tema este que se tratará a continuación.

V. LA RESPONSABILIDAD DE DUEÑOS Y OCUPANTES DE UN EDIFICIO, POR LOS DAÑOS CAUSADOS A LOS TRANSEÚNTES POR COSAS QUE CAEN O SON ARROJADAS DESDE EL MISMO

Nuestro Código Civil contempla este supuesto en el tercer apartado de su art. 1119, que extiende la aplicación de la regla de la responsabilidad por el hecho de otro del art. 1118 (la de los dueños de hoteles, por daños causados por sus agentes o empleados en efectos de quienes habiten en ellos), a “los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer...”.

36 STIGLITZ, Rubén S. y Trigo Represas, Félix A. “Citación en garantía al asegurador y obligación concurrente de éste con la de su asegurado”, en JA, 1977-I, págs. 492 y sgts.

Se trata de dos hipótesis distintas de responsabilidad, pero con idéntica solución: a) por las cosas arrojadas, es decir, tiradas o lanzadas desde una casa o departamento, que dañen a peatones (*actio de effusis et dejectis*) y b) por las cosas mal colocadas o suspendidas (verbigracia, macetas, carteles, etc.), de manera que puedan llegar a caer y provoquen perjuicios a los transeúntes (*actio de positis vel suspensis*); figuras que tienen su origen en el derecho romano³⁷. Ambos supuestos, en rigor, hoy encuadran perfectamente dentro de los daños causados con intervención de cosas. Son regulados a partir de la reforma de la ley 17.711/68, en el agregado como segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil. No obstante ello, el perjuicio ocasionado por cosas arrojadas desde una casa, se ubica claramente dentro de la hipótesis del daño causado por el hombre, aunque utilizando o valiéndose de la cosa tirada o lanzada, de la primera parte de ese párrafo. En tanto, cuando se trata de cosas emplazadas o suspendidas defectuosamente, y que por ello pueden llegar a caer y lesionar a quienes pasan caminando por el lugar, es la sola circunstancia de hallarse aquéllas de esa manera, por haber sido puestas “de un modo peligroso que lleguen a caer” como lo dice el propio art. 1119, lo que genera la contingencia o quizá la probabilidad de que puedan efectivamente precipitarse hacia el pavimento y dañar a peatones. De tal modo, lo que se configura es más bien el riesgo de poder caer que genera esa cosa mal puesta, “riesgo” de la cosa que en rigor está mencionado en la última parte del citado párrafo segundo del art. 1113 del Código Civil.

Con todo, esta hipótesis de reparación de daños causados por cosas arrojadas o caídas como consecuencia de su defectuosa instalación o ubicación, constituye un supuesto particular de responsabilidad con expresa y específica regulación en nuestro Código Civil, dentro de la responsabilidad por daños causados con intervención de cosas del art. 1113 del Código Civil.

Ahora bien, para muchos de nuestros autores, el fundamento de esta responsabilidad sería la culpa *in vigilando*³⁸, pese a que la norma establece una presunción *juris et de jure*, que no admite prueba exculpatoria en contrario. Pero nosotros no podemos concebir una responsabilidad fundada en una presunción

37 CAZEAUX y Trigo Represas. Ob. cit., Tº 5, págs. 179 y sgts.; Gesualdi, Dora M. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tº 3-B, Dirección: Bueres, Alberto J. y Coordinación: Highton, Elena I., Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 142. Art. 1119.

38 AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, Tº III, TEA, Buenos Aires, 1950, pág. 133; Cammarota, Antonio. *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, Tº 2, Depalma, Buenos Aires, 1947, pág. 533; Colombo, Leonardo A. Ob. cit., pág. 396; Cornejo, Raúl J. *Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno*, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 92; Lafaille y Bueres-Mayo. Ob. cit., Tº II, págs. 826 y sgts.; Llambías. Ob. cit., Tº IV-A, 1980, págs. 449 y sgts.; Salvat y Acuña Anzorena. “Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones”, Tº IV, pág. 182.

de culpa que no admita prueba en contra, por lo que disentimos con aquella postura y nos sumamos a quienes piensan que se trata de una responsabilidad objetiva o sin culpa, que halla su razón de ser en la necesidad de amparar a los transeúntes, de las agresiones torpes o negligentes que pueden provenir de los edificios frente a los cuales transitan³⁹. Este criterio además se ve corroborado por lo establecido en la parte final del art. 1119, en el cual, en caso de haber dos o más familias en la casa e ignorarse de cuál habitación provino la caída del objeto dañoso, se resuelve que “responderán todos del daño causado”. Esto constituye una clara evidencia de una responsabilidad atribuida sin culpa, dado que al menos uno de los responsables (o más, según el número de habitantes) resultará obligado por el hecho ilícito de un tercero, que es, además, por completo, ajeno⁴⁰.

En cuanto a quién o a quiénes es/son el/los responsable/s, el art. 1119 que nos ocupa tiene una deficiente redacción, pues habla de “padres de familia, inquilinos de la casa”. Da la impresión de que la ley excluye de tal responsabilidad quienes habitan en una casa de su propiedad, lo que constituye sin duda un absurdo. Por lo que debe entenderse que la norma se refiere a los jefes de familia o a cualquier persona que tenga autoridad familiar y ejerza cierta potestad sobre quienes conviven con ellos, manteniendo un trato doméstico. Será, en cambio, indiferente, a los fines de esta responsabilidad, la calidad de propietario, poseedor, usuario, locatario o hasta de mero detentador del lugar o del departamento desde el cual se arroje o caiga algún objeto⁴¹.

Cabe agregar además que en nuestro derecho vigente existe otra responsabilidad parecida pero no igual, por cosas desprendidas y caídas de un edificio; la misma es ajena a la preceptiva del art. 1119 del Código Civil, y está en cambio expresamente establecida en el art. 2616 del mismo Código:

39 BOFFI BOGGERO. Ob. cit., Tº 5, págs. 812 y sgts.; Borda. Ob. cit., Tº II, págs. 317 y sgts.; Horvath, Pablo A. “La responsabilidad objetiva”, en JA, Doctrina, 1970, pág. 563; Kemelmajer de Carlucci. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Director: Belluscio, Coordinador: Zannoni, Tº 5, págs. 656 y sgts; López Cabana, Roberto M. y Lloveras, Néstor L. “La responsabilidad colectiva”, en ED 48, pág. 804; Puig Peña, Federico. “Tratado de derecho civil español”, Tº IV, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946, pág. 583.

40 CORNEJO. Ob. cit., pág. 91.

41 AGUIAR. Ob. cit., Tº III, pág. 135; Boffi Boggero. Ob. cit., Tº V, págs. 814 y sgts.; Borda. Ob. cit., Tº II, pág. 318; Cammarota. *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, Tº 2, págs. 533 y sgts.; Colombo. Ob. cit., pág. 397; Kemelmajer de Carlucci. Ob. cit., Tº 5, art. 1119, pág. 651; Lafaille, H; Bueres, A y Mayo, J. Ob. cit., Tº II, págs. 826 y sgts.; Llambías, J. Ob. cit., Tº IV-A, pág. 448; Ovejero, Daniel. “Responsabilidad por el hecho de tercero”, JA 54, Secc., Doctrina, págs. 31 y sgts.; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad civil*, Tº IV, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, págs. 1321 y sgts.

“Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída, o los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar a los vecinos o transeúntes, bajo pena de satisfacer los daños o intereses que por su negligencia les causare”. Por otra parte este constituía, con anterioridad a la reforma de la ley 17.711 de 1968, uno de los casos de responsabilidad del dueño de cosas inanimadas expresamente contemplado en los derogados art. 1133, que en su inciso 1º aludía a daños ocasionados por: “Caídas de edificios (...) en el todo o parte”; y 1134 referido al “daño causado por ruina de edificio”. Actualmente, después de la reforma de la ley 17.711, la responsabilidad que en estos casos se le asigna al dueño del inmueble por ruina o caídas de edificio, en todo o en parte (arts. 1113 y 2616 CC), ha pasado a ser una de las tantas hipótesis encuadrables dentro de la responsabilidad por el daño causado por el “riesgo o vicio de la cosa”, del reformado texto vigente del art. 1113 del Código Civil⁴².

Ahora bien, no se aclara en el proyecto de 2012 cuál es la razón de que la hipótesis de su art. 1760 sea considerada como de “Obligación solidaria”, máxime teniendo en cuenta que, en nuestro derecho vigente, es de obligaciones “concurrentes” de dos o más sujetos que adeuden lo mismo a idéntico acreedor, aunque por distintas causas: uno por ser el único verdadero responsable de la creación de la situación de peligro para los transeúntes, y los restantes sólo por desconocerse de qué parte del inmueble se arrojaron o cayeron cosas o partes del edificio a la calzada (art. 1119 *in fine* CC).

VI. REFLEXIONES FINALES

Todo ello nos ha llevado a pensar acerca de si quizá no hubiese sido preferible tratar como de responsabilidad “solidaria” no sólo los casos que se contemplan en los arts. 1760 a 1762 del proyecto de 2012, sino también a todos los de obligaciones expresamente catalogadas como “concurrentes” de los arts. 1751 segundo párrafo, 1753 y 1758; simultáneamente con correlativa supresión de toda la Sección 8ª, Capítulo 3, Título I, del Libro Tercero del proyecto de 2012 (arts. 850 a 852) sobre “Obligaciones concurrentes”.

Por otra parte ello es perfectamente factible, teniendo en cuenta que como la solidaridad ha de resultar de la ley o del título constitutivo de la obligación (arts. 699 CC y 838 del proyecto de 2012); puede así establecérselo perfecta-

42 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, 9ª ed., Buenos Aires, 1997, pág. 426; Llambías, Jorge Joaquín. “Ley 17.711, reforma del Código Civil”, JA, Doctrina, 1969, págs. 56 y sigte., nº 15.II; Mosset Iturraspe, Jorge. Ob. cit., Tº II-B, págs. 121 y sgts.

mente en el proyecto de 2012, que en definitiva necesita ser aprobado por ley del Congreso de la Nación. Claro que también habría que modificar el art. 827 del proyecto, suprimiendo la parte que dice que las obligaciones solidarias han de estar, "...y originadas en una causa única".

All respecto, puede recordarse que con anterioridad a la reforma de la ley 17.711, dado que no estaba expresamente prevista la "solidaridad" en materia de cuasidelitos o hechos ilícitos culposos (arts. 1081 y 1109 CC), algunos autores recurrieron al concepto de las obligaciones *in solidum* (o "concurrentes"), para sostener que ella era la que existía entre los distintos copartícipes⁴³. Aunque después de dicha reforma, con el agregado introducido al art. 1109 CC ("Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro"), ya no han quedado dudas de que todos esos copartícipes también respondían solidariamente⁴⁴; esto, en consecuencia, dejó, a la vez, tal supuesto excluído por completo del ámbito de las obligaciones "concurrentes"⁴⁵.

43 SAFONTÁS. Ob. cit., Revista "Jus", nº 3, págs. 24 y sgts.; León, Pedro. "Responsabilidad solidaria en los cuasidelitos", Revista Jurídica de Córdoba, nº 2, abril-junio de 1947, sección Jurisprudencia, pág. 302.

44 ALTERINI, Atilio Aníbal. *Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 238 y sgts.; Boffi Boggero. Ob. cit., Tº 5, págs. 567 y sgts.; Borda, Guillermo A. "Reforma del Código Civil. Responsabilidad extracontractual", en ED 30, pág. 820; ídem. Ob. cit., Tº II, págs. 279 y sgts.; Bustamante Alsina. Ob. cit., pág. 576; Goldenberg, Isidoro H. "La solidaridad en materia de cuasidelitos" Tº I, Enciclopedia Jurídica Omeba. Apéndice, ed. Ancalo, Buenos Aires, 1974, págs. 718 y sgts.; Kemelmajer de Carlucci, A. Ob. cit., Tº 5, págs. 375 y sgts.; Llambías. Ob. cit., Tº IV-A, págs. 200 y sgts.; Mosset Iturraspe. Ob. cit., Tº I, pág. 307; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., Tº IV, págs. 710 y sgts.

45 Algo similar sucedió con la responsabilidad de fabricantes e intervinientes en la cadena de comercialización de productos elaborados. En un fallo del 26 de Marzo de 1997, recaído en los autos "Ryan Turccillo c/ Cencosud SA", la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal resolvió, con cita de Zannoni (ED 178-389, con nuestra nota "Protección de usuarios y consumidores", y la de Roberto A. Vázquez Ferreira, "Responsabilidad por productos elaborados (estallido de una botella de gaseosa)"), que: "...frente al consumidor, la responsabilidad del vendedor no fabricante es concurrente con la del fabricante o elaborador del producto". Tal decisión, que compartimos, constituyó por cierto una muy acertada solución y revestía, además, especial trascendencia, pues vino a llenar el vacío que crea el veto presidencial a los artículos 13 y 40 de la ley 24.240 de protección al consumidor, determinando que en el régimen de la misma no existiese "solidaridad" entre los distintos co-responsables de la comercialización de productos susceptibles de ocasionar daños a sus consumidores o usuarios. De esa manera, con la interpretación del prealudido pronunciamiento, los distintos sujetos obligados al cumplimiento de dicha ley, mencionados en su artículo 2º, es decir, toda "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución

Por lo demás, unificando como de “solidaridad pasiva” a todos los supuestos de obligaciones concurrentes, sin duda se obviarían los problemas que generan algunos de los “efectos” atribuidos a estas últimas en el art. 851 del proyecto de 2012, que difieren respecto de las obligaciones solidarias; los que podrían dar lugar en un futuro a eventuales conflictivas controversias hermenéuticas.

y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”, pese a no responder solidariamente, tendrían sin embargo, todos y cada uno de ellos, una obligación “concurrente”, “indistinta” o “conexa”, de reparar integralmente todos los perjuicios ocasionados a sus usuarios y consumidores. No obstante, desde la vigencia de las reformas introducidas por la ley 24.999, que prácticamente reimplantara los textos los arts. 13 y 40 de la misma, vetados al sancionarse la ley 24.240, que no fueran modificados por la ley 26.361, quedó instituido un sistema de responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio y una amplia legitimación pasiva solidaria entre los coresponsables; esto se debe a que el art. 13 dispone que: “Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los prestadores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11”; y el 40 que: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio ...La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”. En estos casos, nos encontramos frente a supuestos de causación individual, en los que sin embargo no se conoce al autor, sino al grupo o conjunto del cual provino el daño; Se entiende que, acreditado el nexo causal entre el daño y la acción grupal del conjunto de presuntos responsables, deben todos ellos ser tenidos como tales, en razón de ser posibles autores del perjuicio. Se fundará el juicio de reproche a todos los componentes del grupo, en la circunstancia de que la acción del conjunto, aprehendida como fenómeno unitario, fue la que posibilitó la consecuencia dañosa; como así también, a la inversa, que sin esa participación grupal tal resultado no habría acontecido (Bustamante Alsina, Jorge H. “La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños” en LL, 142, págs. 976 y sgts.; Ídem. *Teoría general de la responsabilidad civil*, págs. 605 y sgts.; Gesualdi, Dora Mariana. “La responsabilidad colectiva” en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Tº II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, págs. 152 y sgts.; Goldenberg, Isidoro H. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 152 y sgts.; López Cabana, Roberto M. “Responsabilidad colectiva. Régimen Legal en Argentina y Latinoamérica”, LL 1986-B, págs. 936 y sgts. y en “Cuestiones modernas de responsabilidad civil” por Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, Buenos Aires, LL, 1988, págs. 225 y sgts.; López Cabana, Roberto M. y Lloveras, Néstor L. “La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino”, ED 48, págs. 799 y sgts.; Llambías, Jorge Joaquín. “Responsabilidad colectiva o anónima”, ED 83, págs. 783 y sgts.; Mosset Iturraspe, Jorge. “Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado”, JA, Doctrina, 1973, págs. 1 y sgts. y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Tº II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1980, págs. 305 y sgts.; ídem. *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, págs. 19 y sgts.; Zavala de González, Matilde. “El daño colectivo” en *Derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1989, págs. 437 y sgts.

La inhibición general de bienes y las medidas precautorias

***Nomen iuris correcto:* inhibición de bienes registrables. Reseña jurisprudencial y procesal**

Néstor O. Pérez Lozano

SUMARIO: *Introducción. I. Medidas cautelares. Inhibición general de bienes. Designación correcta del instituto cautelar. Efectos. Elementos y requisitos. Sociedades. Capital Social. II. Cesión de derechos hereditarios. Publicidad. Oponibilidad. Inhibición general de bienes. Efectos. Preferencia de la inhibición sobre la escritura de fecha anterior no presentada en el juicio sucesorio. III. Inhibición general de bienes. Divorcio. Mantenimiento de la medida sujeta a contracautela. IV. Medidas cautelares. Contenido y límites de la potestad asegurativa. V. Las medidas cautelares y los principios procesales de bilateralidad e igualdad. VI. La facilitación judicial para decretar la inhibición general de bienes. Recaudos mínimos. Unilateralidad provisoria. El debido proceso. VII. El derecho procesal argentino. La necesidad de investigar la adopción de instituciones procesales vigentes en otros sistemas jurídicos. El principio de la buena fe procesal. VIII. La potestad de la AFIP para trabar unilateralmente medidas cautelares. Las facultades de ARBA.*

INTRODUCCIÓN

La inhibición general de bienes integra el repertorio de las medidas cautelares, cuya naturaleza es de origen procesal. Se aplica en todos los casos en que procede el embargo preventivo y este no puede efectivizarse por desconocimiento de bienes o insuficiencia de los mismos. Constituye la *última ratio* de los aseguramientos procesales para no hacer ilusorio el derecho de los acreedores. No recae sobre la universalidad de los bienes del deudor, sino sobre los de naturaleza registrable que se encuentren inscritos a su nombre en los registros públicos creados por ley donde debe publicitarse la medida para hacerla oponible a terceros.

Para su procedencia es necesario “demostrar” la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora para su decreto judicial y la de otorgar “contracautela suficiente”. Es una medida precautoria de excepción, sustitutiva del embargo y debe trabarse por un monto determinado con más la previsión para cubrir las costas del juicio. Esta medida cautelar es de naturaleza supletoria, subsidiaria, general e indiscriminada, es instrumental y provisional. Sólo tendrá efectos en la medida que tome publicidad registral.

Los jueces han contribuido a la facilitación de la medida y también a su abuso, porque han sustituido la necesidad de “demostrar” y probar dichos extremos por la simple declaración del acreedor y la “contracautela suficiente” por la caución juratoria. Los organismos administrativos de recaudación impositiva abusan de su utilización a partir de leyes de clara estirpe inconstitucional, y afectan la división de poderes que el sistema republicano impone, el derecho de propiedad y el principio rector del debido proceso que permite ejercitar el derecho constitucional de la defensa en juicio.

Este trabajo tiene como finalidad revisar la jurisprudencia, la doctrina y las instituciones del derecho procesal en cuanto al cumplimiento de los presupuestos que habilitan su procedencia y los estándares del control del debido proceso, y hacen efectivos los principios de bilateralidad e igualdad. Para ello deberá cesar la unilateralidad *in audita parte* una vez anotada la medida en los registros, para hacer efectivo el ejercicio de la defensa de los derechos y de su sustitución ofreciendo bienes a embargo o caución suficiente y, si fuera procedente, la reparación de los daños y perjuicios causados por quien haya abusado de la solicitud de la medida cautelar o, en su caso, de la maliciosa conducta que importa el ocultamiento del conocimiento de bienes registrables del deudor.

Contribuye a confundir los efectos y la naturaleza jurídica de la medida, su errónea denominación como “inhibición general de bienes”, cuando sólo afecta bienes registrables tales como muebles registrables, automotores, aeronaves y buques, equinos de pura sangre, ciertos semovientes, marcas, obras

incluidas en la ley 11.720 en el ámbito de la competencia de registros nacionales y, respecto de los bienes inmuebles con efectos territoriales, sólo dentro de la competencia de cada registro inmobiliario; todos ellos creados por ley. Un registro nacional de inhibiciones provocaría un verdadero caos y resultaría impropio para el régimen jurídico federal patrio por ser, como dijimos, una medida de linaje procesal regulada por los códigos de procedimientos cuya materia y cuya sanción legislativa no han sido delegadas a la Nación. En fin, afectaría el tráfico contractual y la seguridad jurídica.

La correcta denominación del instituto, a nuestro entender, debe ser “inhibición de bienes registrables”.

No obstante ello y ampliando la extensión de la medida, se debe acreditar la inexistencia de anotaciones personales para ejercer determinada profesión (comerciantes, martilleros, etc.) o su anotación obligatoria en los procesos fallenciales (concurso o quiebras), o de declaración de incapacidad por demencia u otras causas, produciéndose, en tales casos, al decir de COUTURE una “interdicción” con prohibición absoluta o relativa, decretada judicialmente en los casos previstos por la ley, de realizar ciertos actos o de asumir determinada conducta¹. Por ello los Registros de Anotaciones Personales que registren “incapacidades” o ciertas situaciones jurídicas excepcionales que provoquen ese estado y estén relacionadas con las personas, deben ser de competencia nacional. En estos presupuestos, el instituto sí debería denominarse “inhibición general de bienes” por los efectos que produce con clara diferenciación de la “inhibición de bienes registrables”.

1 Citado por de LÁZZARI, E. En *Medidas Cautelares, Vocabulario Jurídico*, Montevideo, 1960, págs. 348 y 355.

I. MEDIDAS CAUTELARES. INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES. DESIGNACIÓN CORRECTA DEL INSTITUTO CAUTELAR. EFECTOS. ELEMENTOS Y REQUISITOS. SOCIEDADES. CAPITAL SOCIAL

Autos: "Chiavassa, Eduardo N.".

Título: Inhibición y aportes de los socios.

Fecha: 2006. Publicado: LNC 2006-3-3.

I. Introducción

La Cam. Civ. y Com. 2º de Córdoba hizo lugar al recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que había denegado continuar con el íter inscriptorio del contrato constitutivo de una SRL en razón de que uno de los socios reconocía anotada una inhibición general de bienes. Uno de los jueces de la alzada interpretó que constituía un obstáculo que debía ser removido antes de que el Registro Público de Comercio tomara razón del citado contrato de constitución societaria. La decisión no fue unánime. En voto preopinante, la Dra. Montoto de Spila entendió que el aporte societario de capital constituye un acto de disposición afectado por la "inhibición general de bienes". En tanto, los Dres. Zinny y Chiapero de Bas, en discordancia con aquel criterio, opinaron que la inhibición no hace referencia a una medida genérica comprensiva de todo el patrimonio del inhibido, sino que se limita únicamente a los bienes registrables en jurisdicción del Registro donde se encuentra anotada la medida cautelar.

II. Alcances de la inhibición general de bienes

La "inhibición" es la medida cautelar que impide efectuar actos de disposición a una persona con relación a los bienes de su titularidad, presentes y futuros, que se encuentren inscriptos en un determinado Registro creado por ley (1). Es una medida que para su oponibilidad debe tener exteriorización registral.

La errónea denominación con la que fue "bautizada" la medida cautelar como "inhibición general de bienes" provocó y provoca enorme confusión en la doctrina para la determinación de sus efectos y de su naturaleza jurídica.

La misma ha sido ampliamente debatida con distintos fundamentos, que, a nuestro entender, sólo han contribuido a una mayor confusión y ninguna aplicación práctica. Como expresamos, la medida impide efectuar actos de

disposición o modificación de derechos reales sobre inmuebles registrados en la jurisdicción territorial de los Registros donde se anote, pero no recaer sobre la totalidad de los bienes del deudor de manera indiscriminada.

Si no existiera la publicidad registral de anotaciones personales, la cautelar no tendría ninguna aplicación práctica, ni efectos, ni oponibilidades a terceros de buena fe. Por ello proponemos que, a esta medida cautelar, se la denomine "inhibición de bienes registrables" (IBR), porque traduce su verdadero alcance y, además, sólo tiene esos efectos.

Limitaciones: bienes registrables. Actos de disposición y actos de administración. Registros locales. Depósitos bancarios y sistema financiero

Alcanza sólo bienes registrables inmuebles (2), automotores, aeronaves, buques, equinos pura sangre de carrera, inclusive marcas y obras incluidas dentro de la ley 11.720. A su vez, en aquellos supuestos en los que el Registro es de competencia local, se limita estrictamente a dicho territorio. La inhibición no alcanza a los restantes bienes (3), como por ejemplo depósitos bancarios (4), sin perjuicio de otras medidas cautelares que sobre ellos puedan trabarse. No puede ordenarse esta medida genérica, impidiéndose la realización de actos que vinculen al afectado con el sistema financiero, pues tal amplitud de consecuencias genera prácticamente una incapacidad absoluta (5). Debe afectar a los actos de disposición pero no a los de administración y gestión regular, debido a los perjuicios que causaría en el normal desenvolvimiento de los negocios de la persona en contra de quien se ordena (6).

Anotación registral

Debe anotarse en cada una de las reparticiones estatales que cumplan las funciones de registro con relación a ciertos bienes para que tenga efecto sobre ellos (7).

Disminución patrimonial. Incorporación patrimonial. La incapacidad

Es una medida que impide la disminución patrimonial pero no es un obstáculo para que se inscriban bienes a nombre del inhibido (8). Afectando sólo los actos de disposición sobre bienes registrables, la inhibición "...no genera una incapacidad sustancial..." (9).

Este aspecto debe ser resaltado, pues implica el más valioso punto de apoyo en la interpretación de la medida.

El crédito, la credibilidad, el buen nombre, el prestigio. La norma legal, la interdicción y la incapacidad

La credibilidad, el crédito, el prestigio o el buen nombre son requisitos ineludibles respecto de toda persona que se dedica habitualmente al ejercicio de cierta actividad, oficio o profesión. Esta confianza pública es protegida por la ley cuando presume que todas aquellas personas inhibidas no pueden desarrollar aquellas actividades o profesiones, como por ejemplo: el comerciante, el martillero, los corredores, etc. (10). Pero cabe advertir que tal efecto personal de incapacidad para el ejercicio de ciertas actividades no se da por la medida misma. Naturalmente, la inhibición no genera una incapacidad, sino que es la existencia de una norma legal que enlaza la inhibición a una consecuencia no prevista originariamente. Por sí misma, la inhibición tiene entidad suficiente como para dar nacimiento a una indisponibilidad, pero cuando es aprehendida por una norma como supuesto fáctico genera una especie de interdicción o incapacidad.

Cautelar subsidiaria, genérica, en ausencia o insuficiencia de bienes registrables. El concurso y la quiebra, y la totalidad de los bienes del deudor

Es una medida cautelar subsidiaria (11) y de carácter general (12). Se ordena en defecto de bienes o ante la insuficiencia de los mismos para cubrir las acreencias (art. 481, CPCC Córdoba). En el proceso concursal, la inhibición es la medida cautelar por "excelencia" (13). La ley establece que uno de los requisitos que debe contener la sentencia de apertura del concurso o quiebra es la orden de anotar la inhibición en los registros pertinentes (arts. 14 inc. 7, y art. 88 inc. 2 LCQ) (14), abarcando la totalidad de los bienes del deudor.

III. Aportes societarios. Los interdictos. Los fallidos y administradores

La inhibición no constituye óbice para que una persona pueda constituir una sociedad. No es una medida de repercusión personal, sino que afecta a aquellos actos de disposición que se pretendan realizar sobre bienes registrables (15). Aunque no es objetivo del presente trabajo, tratar en profundidad el tema de la capacidad para constituir una sociedad, hay que destacar que dicha habilidad se extiende a quienes, según las leyes comunes, tienen la libre administración de su patrimonio (art. 9º, C.Com.) (16). Los interdictos por condena superior a tres años, los fallidos y los administradores de una persona jurídica declarada en falencia (17), por ejemplo, se encuentran incapacitados para formar sociedad (18). Esta situación fáctica no se da respecto del "inhibido",

quien no ve afectada su capacidad negocial, salvo respecto de actos de disposición sobre bienes registrables donde se asentó la medida.

El aporte, como principal obligación que posee quien concurre a participar en un negocio societario (19), puede tratarse de una obligación de dar o de hacer. Respecto de una persona inhabilitada, el acto de disposición de bienes para la formación de la sociedad puede tratarse de obligaciones de dar, cuya prestación consista en bienes muebles no registrables, o de obligaciones de hacer; incluso se deben admitir los aportes de bienes registrables cuando en los respectivos registros públicos no figure anotada la medida cautelar.

La inscripción del aporte

El art. 38 (párr. 3º LSC), dispone: “Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un Registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación”.

Una persona inhabilitada no podrá aportar un bien registrable a una sociedad pues tal acto chocaría con el requisito que la ley impone. Cuando el registro competente informa la medida cautelar que pesa sobre el socio, el aporte a la sociedad deviene imposible, salvo que se sustituya la inhabilitación por embargo o caución suficiente².

-
- 2 Ver BENSEÑOR, Norberto R. Revista del Notariado N° 860, pág. 45:
 “El Notariado ha aportado la tesis completa y correcta del art. 38 LSC y los efectos de su inscripción:
 - La aportación de un bien registrable a una sociedad en formación determina la realización de un negocio traslativo, completo, por parte del aportante a favor de dicha sociedad.
 - La integración del capital de una sociedad en formación con bienes registrables implica una verdadera transmisión de dominio a título de aporte a favor de esta entidad, que lo adquiere antes de operar su inscripción en el Registro Mercantil. En tal sentido, la locución ‘ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación’, utilizada por el artículo 38 de la ley 19.550, debe ser entendida como ‘ésta se hará originariamente a nombre de la sociedad en formación’.
 - La transmisión debe operarse utilizando el documento idóneo para ello, con cumplimiento de todos los recaudos impuestos por las leyes de acuerdo con la naturaleza propia de los bienes.
 - Tratándose de bienes inmuebles, debe acudirse a la aportación por escritura pública, no pudiendo prescindirse de la tradición.
 - Registralmente debe practicarse en todos los casos una inscripción definitiva a nombre de la sociedad en formación, sustituyendo la titularidad del aportante por la de la sociedad. Este asiento, por su propia naturaleza, no está sujeto a duración ni condicionalidad de ninguna especie. Debe excluirse todo régimen basado en inscripciones provisionales, notas marginales o anotaciones preventivas.
 - La rogación del asiento registral respectivo puede ser solicitada por el notario interviniente, por el socio aportante, por el órgano de representación de la sociedad en

Del patrimonio directo a la participación negocial

El acto de disposición que una persona realiza hacia la sociedad con los aportes comprometidos, si bien implica disminución patrimonial directa y cambio de titularidad de los bienes sobre los que recae, se transforma en participación en el negocio asociativo. Sobre tal participación (cuotas o acciones) los acreedores pueden solicitar la anotación de otras medidas cautelares, o bien liquidar coactivamente las mismas para satisfacer sus acreencias (arts. 57 párr. 2º, 153 párr. final y 193 LS).

La calificación registral mercantil

Las facultades del registrador comercial para el control y/o calificación del cumplimiento de los requisitos legales en la constitución o modificación de las sociedades no deben exceder los límites de la prudencia en el ejercicio de su poder de policía. La inhibición no es una incapacidad (20), por lo que no podrá negar la toma de razón del contrato constitutivo de sociedad en el que uno de sus socios se encuentre inhibido.

IV. Conclusiones

Los derechos constitucionales

La resolución objeto de análisis efectúa una correcta interpretación de la inhibición, y delimita los alcances de este instituto cautelar. En toda restricción a la libertad comercial siempre está en juego, en última instancia, el derecho constitucional de trabajar y ejercer toda industria lícita (21). Además, el fallo comentado hizo expresa aplicación del principio constitucional de reserva, pues la inhibición no fue regulada por el legislador como incapacidad.

formación y por quien acredite interés legítimo en asegurar el derecho que se ha de registrar (art. 6 de la ley 17.801), sin ser necesarias la intervención judicial, registral o de la autoridad administrativa de control.

- Operada la inscripción regular de la sociedad, sólo cabe anotar al registro dominial de esta circunstancia, siendo suficiente para ello reingresar el documento ya inscripto, de acuerdo con el artículo 38 de la ley 19.550, con una rogatoria o minuta con el único objeto de que se consigne en el asiento la inscripción de la sociedad en sede mercantil y se deje constancia de ello en el título (art. 28 de la Ley 17.801)...”.

Medida de carácter objetivo

La inhibición es una medida de carácter objetivo: alcanza sólo a los actos de disposición sobre los bienes inscriptos en el registro donde se anota la medida.

Los bienes inscriptos en un registro donde no se ha asentado la inhibición u otros bienes no registrables, pueden constituir el objeto de la obligación contraída por los socios al momento de constituir una sociedad.

NOTAS

Efectos Jurídicos. No afecta a la persona sino a los bienes

(1) C. Civ. Com. Cont. Adm. y Familia Villa María, 29/10/2003, "Don Santiago SRL.", LLC 2004-887:

La inhibición general de bienes tiene efectos jurídicos concretos (impide enajenar o gravar), solamente ciertos bienes de la persona inhibida (inmuebles y muebles registrables) y no sobre todo su patrimonio, quedando excluidos todos aquellos bienes que no cuentan con una forma específica de registración.

Sup. Corte Just. Mendoza, 26/10/1992, "Portabella, Oscar, denunciante", JA 1993-II-658:

Tanto en la provincia de Mendoza como en la mayoría de los ordenamientos procesales del país, la inhibición -a diferencia del embargo- impide los actos de disposición sobre bienes registrables; en otros términos, produce una prohibición de transferir, modificar o gravar dichos bienes.

En la resolución general 22 del 20/9/1988 el director del Registro General de la Provincia de Córdoba, en los vistos, consideró: "La inhibición es una medida precautoria que no afecta a la persona ni a los bienes sino a la capacidad de disposición de la persona con relación a determinados bienes...".

Certificados Registrales

(2) Art. 23 ley 17.801: para la transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles se requiere certificación del estado jurídico de las personas.

Fuga registral

Corte Sup., "Menkab SA. v. Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios", 5/10/1995, Fallos 318:1800, www.csjn.gov.ar

Es responsable la provincia demandada si, no obstante la inhibición general de bienes que pesaba sobre la vendedora, se procedió a la venta del inmueble, expidiéndose títulos perfectos y ello fue posible porque el certificado de inhibiciones indicó que no pesaban sobre la titular del dominio impedimentos ni restricciones para la transmisión.

Opinión minoritaria. Efectividad de la medida

(3) En contra: Wetzler Malbrán, Alfredo R. y Leguizamón, Héctor. "Inhibición general de bienes. Anotación de litis", en *Práctica procesal civil y comercial*, "Medidas Cautelares", Oscar Serantes Peña y Jorge F. Palma (directores), Ed. Depalma, 1986, pág. 78:

Por ello opinamos que la inhibición general, jurídicamente, no sólo afecta a las cosas inmuebles y muebles registrables, sino también a todo tipo de bienes cuya enajenación por parte del deudor pueda ser evitada; el problema radica, entonces, en la forma práctica de hacer efectiva la medida...

(4) Por lo que en este punto aparece criticable el argumento de la cámara cuando cita la resolución de la C. Nac. Civ., sala A, 18/11/1992, en la causa "M. de W., C. v. W., M. A."

Inadmisibilidad de la extensión al sistema financiero

(5) C. Nac. Com., sala A, 16/2/1998, "Sant Anna, Joaquín, v. Inter Freight, SRL.", ED 181-678:

Resulta inadmisibile la pretensión de trabar una inhibición general de bienes incluyendo una anotación sobre la misma en las circulares que el Banco Central dirige a los demás integrantes del circuito, pues ello implicaría extender esta medida a todos los fondos de cualquier naturaleza que la demandada tenga en esas instituciones, ya sea en sus casas centrales, sucursales o agencias, produciéndose así, una inhibición general para operar en el sistema financiero que no aparece respaldada por normativa específica alguna.

Extralimitación de su naturaleza

C. Nac. Com., sala B, 18/4/2001, "La Argentina Caja de Crédito Coop. Ltda. v. Agropecuaria El Trébol SA.", el Dial, AA80F:

Por tanto, teniendo en cuenta la latitud y generalidad con que se solicita la medida (dirigida a un universo virtualmente indefinido de entidades en las que hipotéticamente podría poseer fondos el accionado) ésta exlirmitaría su naturaleza y función, pudiendo generar perjuicios desproporcionados en relación con el legítimo interés del pretensor.

Derecho Deportivo. Pedido de inhibición

(6) Incluso se debe limitar por los daños que se pueden causar a los terceros: C. Nac. Com., sala B, 9/6/1998, "Meske, Hernán v. Club Deportivo Español de Buenos Aires s/ Medida precautoria":

Resulta improcedente la medida cautelar consistente en un pedido de inhibición de un club deportivo para vender, prestar u otorgar autorización para que cualquiera de los jugadores profesionales o "amateurs" registrados en la accionada, puedan ser transferidos o dejados en libertad de acción. Ello, pues acceder a la prohibición requerida importaría un avance improcedente sobre derechos de terceros -los jugadores-, que podrían ver restringida su posibilidad de contratación laboral por causa ajena a su ámbito de responsabilidad".

Obligación de inscribirse en cada uno de los registros

(7) Vénica, Oscar H. *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*, t. IV, Marcos Lerner Editora, pág. 441: "... para su efectividad es menester inscribirla en cada uno de los registros correspondientes...".

(8) Camps, Carlos E. *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (Anotado - Comentado - Concordado)*, Ed. Lexis Nexis, Depalma, 2004. Lexis Nº 8009/007141: "Nada podría impedírsele ya que lo buscado por la medida es evitar la reducción patrimonial y no, por el contrario, su incremento...".

(9) Gagliardo, Mariano. "Estado de socio y calidad de comerciante", LLC 2004-887.

(10) De Lázzari, Eduardo N. *Medidas cautelares*, t. I, Librería Ed. Platense, 1984, pág. 518: "Esto traduce una ampliación de las tradicionales fronteras existentes en torno a los efectos del instituto...".

Requisito en Córdoba para cargos judiciales

La ley del Consejo de la Magistratura de la provincia de Córdoba -art. 18 inc. 13, ley 8802- exige, como uno de los requisitos para los candidatos a ocupar cargos judiciales, la ausencia de inhabilitación.

Remedio subsidiario del embargo

(11) C. Nac. Civ., sala F, 14/12/2001, "Raimondi SAF y De Ri v. Lavalle 714 SA. y otros":

La inhabilitación general de bienes se encuentra reglada en el rito como remedio subsidiario del embargo, desde que sólo procede cuando éste no puede hacerse efectivo, ya sea por inexistencia o por no conocerse bienes del deudor, o por resultar éstos insuficientes.

Incoexistencia e Incompatibilidad genérica con el embargo

Cám. Apel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 21/5/1999, "Banco de Galicia y Buenos Aires SA. v. Transportes Demarlengue e Hijos SRL. y otros", JA 2002-II-síntesis: "La medida de inhabilitación general de bienes es de carácter subsidiario y excepcional, y tiende primordialmente a facilitar la traba del embargo, con el cual no puede coexistir o es incompatible".

C. Nac. Trab., sala 2ª, 31/8/1998, "Ortegoza, Samuel y otros v. Miguel Á. Soprano SA. s/ Despido", ED 179-620:

La inhabilitación general de bienes es una medida de excepción, substitutiva del embargo que puede ser ordenada únicamente por carencia, insuficiencia o desconocimiento de bienes del deudor, siempre que concurren las circunstancias que autorizan el embargo preventivo.

Indisponibilidad de los bienes afectados

(12) Kielmanovich, Jorge L. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2005, Lexis Nº 8007/005199:

...en la inhabilitación no se individualizan ni inmovilizan bienes en particular sino todo un género de ellos, así, de automotores o de

derechos reales sobre inmuebles, a la par que conlleva una indisponibilidad absoluta de los bienes que afecta, a diferencia de lo que acontece con el embargo con monto que contrariamente permite la disposición del bien afectado...

C. Nac. Com., sala D, 23/9/2004, "Fiat Auto SA. de Ahorro para Fines Determinados v. Monzón Guex, Natalia E. N. y otros"; en www.lexisnexis.com.ar:

Puesto que el efecto de tal medida es impedir la libre disposición de los bienes registrables de los que pueda ser titular la persona respecto de la cual se ordena -por desconocerse la existencia de un bien específico (...) carece de sentido disponer su inscripción por una suma determinada. No importa -en ese orden de ideas- el valor de los bienes.

Procesos concursales

(13) Junyent Bas, Francisco y Musso, Carolina. *Las medidas cautelares en los procesos concursales*, Ed. Lexis Nexis, 2005, pág. 18.

(14) Resolución general 32/99 del Registro General de la Provincia de Córdoba, "Inhibiciones e inhabilitaciones de fallidos":

Resuelvo: Art. 1: Disponer que la anotación de la inhibición general de bienes del deudor ordenada en procesos concursales y inhabilitación del fallido, no están sujetas a término alguno de caducidad automática y sólo podrán ser removidas o canceladas por orden judicial expresa.

(15) Aunque su anotación se efectúe en un Registro de Anotaciones Personales (art. 30 inc. a), ley 17.801), única manera de hacer efectiva una medida de carácter general.

(16) Villegas, Carlos G. *Derecho de las sociedades comerciales*, Ed. Abeledo-Perrot, 2001, pág. 131.

(17) Di Tullio, José. "Nuevo régimen sancionatorio de la quiebra", RDPyC, N° 11.

(18) Si bien respecto del concursado preventivamente se traba la inhibición general de bienes, podría concurrir a la formación de sociedad a través del aporte de bienes no registrables (en este sentido, ver el precedente "Los Álamos SRL.", en el que con fecha 22/11/2005 la C. Civ. Com. Familia y Cont. Adm. Villa María revocó la denegación de inscripción de una sociedad formada por concursados (en www.lexisnexis.com.ar). En esa situación, sin

embargo, entrarían en conflicto los arts. 15 y 16 LCQ, sin perjuicio de que, en una eventual declaración de quiebra, jueguen otros artículos que tienden a la protección de la integridad patrimonial de quien se encuentra en estado de cesación de pagos.

Aportes societarios

(19) C. Apel. Civ. y Com. Junín, "Mirazzo, Lorenzo y otros v. Lincoln Televisora Color, Canal 5", 13/8/1986, ED 121-508. Sin aportes no puede haber socios ni, por ende, sociedad, pues ésta -por naturaleza- es onerosa. Los aportes pueden transferirse a la sociedad en propiedad o en uso y goce y pueden efectuarse en el acto constitutivo o durante el desarrollo societario, en integración única, sucesiva o gradual. También pueden consistir en obligaciones de dar o hacer y traducirse en dinero, muebles o inmuebles, patentes y marcas, trabajo personal (art. 38 y sgts. LSC), beneficios de operaciones ya realizadas (art. 1651 CC) o, en general, en otros bienes o derechos apreciables en dinero.

C. Nac. Civ, sala D, 4/5/1961, "Louit, Rodolfo E. v. Favelevic, Alejandro", LL., 103-399. No se concibe el contrato de sociedad sin aportes de los socios, los que pueden consistir en bienes, trabajo o ambas cosas a la vez.

El socio no adquiere el carácter de comerciante

(20) Conf. Etcheverry, Raúl A. *Manual de Derecho Comercial*, Ed. Astrea, 2ª reimpresión, 1983, pág. 122. Además, el socio no adquiere la calidad de "comerciante", por lo que no rige lo dispuesto en el art. 29 del Código de Comercio (conf. C. Civ. Com. Cont. Adm. y Familia Villa María, 29/10/2003, "Don Santiago SRL.", LLC 2004-887).

(21) C. Civ. Com. Cont. Adm. y Familia Villa María, 29/10/2003, "Don Santiago SRL.", LLC 2004-887:

Sin perjuicio de lo dicho oportunamente en el punto tercero de estos considerandos (el cit. Sr. Arnaudi no ha solicitado su inscripción en la matrícula de comerciante), la invocación de dicho principio general del derecho para denegar la inscripción registral solicitada, exige un deber de prudencia especial, estando en juego los derechos constitucionales de trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar y de asociarse con fines útiles (art. 14 CN)...

II. CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS. PUBLICIDAD. OPONIBILIDAD. INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES. EFECTOS. PREFERENCIA DE LA INHIBICIÓN SOBRE LA ESCRITURA DE FECHA ANTERIOR NO PRESENTADA EN EL JUICIO SUCESORIO

Al haberse trabado la inhibición general de bienes del mencionado code mandado, con anterioridad a la presentación en el juicio sucesorio del testimonio de la escritura de cesión de acciones y derechos hereditarios a favor de los recurrentes, el actor tiene preferencia sobre los cesionarios, por más que su escritura sea de fecha anterior a la medida precautoria.

009328/2011, "Finning Argentina SA c/J. A. G. R. y otro s/ ejecutivo".
CNCom, Sala F, 06/05/2014.

Buenos Aires, 6 de mayo de 2014.

Y Vistos:

1. Apelaron quienes se presentaron como cesionarios de todos los derechos hereditarios del codemandado W. G. C., la resolución de fs. 181/182 mediante la cual el Sr. Juez de Grado desestimó el levantamiento de la inhibición general de bienes trabada en autos sobre aquél, con costas a su cargo (fs.193). El memorial de agravios obra glosado en fs. 203/205 y fue respondido en fs. 208/209.

2. Cabe recordar que el Fallo Plenario dictado por la Cámara Civil en autos "Díscoli, Alberto T. s/ sucesión", del 24/12/1979 (LL 1980-A, pág. 327; ED 117-311) exigía la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que la cesión de derechos hereditarios que comprenden inmuebles sea oponible a terceros interesados.

Sin embargo, tal precedente ha sido dejado sin efecto por entenderse que quedó sin sustento normativo al ser derogada la ley 17.417 por la ley 22.231. Así, el único procedimiento válido para otorgar publicidad al acto de cesión de derechos hereditarios y tornarlos oponibles a los terceros, es la presentación en el sucesorio del respectivo instrumento (cfr. CNCivil, Sala M, Expte. N°221352; Sumario N°15997 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°12/2004; ídem Sala E, "Mazzarella c/ Chamorros/ Suc." del 02/05/89; íd Sala B, 28/05/87; íd. Sala G, 09/11/1983, publicado en El Derecho Tomo

108-56. Ídem Sala G, R.14758 del 22/07/85; Sala M, "Arvas Fernando c/ Trabado Rufina s/ Sucesión" del 21/05/2004 - Nro. Exp.: R.399876; CNCom, esta Sala, 4.10.2011, *mutatis mutandi*, "Sucesión de Giardini Hugo Aníbal s/ pedido de quiebra por (Compañía Argentina de Seguros Anta SA)").

3. Desde esta óptica entonces, el carácter consensual de la cesión de derechos hereditarios determina que la transmisión se opere, entre partes, con la sola escritura. En cambio, frente a terceros, es necesario un mecanismo de publicidad que reemplace a lo que en materia de cesión de créditos constituye la notificación al deudor cedido.

Esta publicidad se logra con la presentación del testimonio de escritura pública en el expediente sucesorio. Es que, en materia de cesión de derechos hereditarios por no existir el "deudor cedido" a quien notificar, la notificación se cumple con la presentación de la escritura en el juicio universal (cfr. CNCiv, "Gazzaniga Carlos Alberto s/suc. ab-intestato y Urbieta Josefina s/sucesión testamentaria", del 27.09.1994; íd. sala M, 10.12.2002, "Kaliman Raquel c/ Bromberg Jacobo s/sucesión").

En el *sub lite*, al haberse trabado la inhibición general de bienes del mencionado codemandado en fecha 17.01.2012 (fs. 173), esto es, con anterioridad a la presentación en el juicio sucesorio del testimonio de la escritura de cesión de acciones y derechos hereditarios a favor de los recurrentes (que data del 20.05.2012; v. fs. 154/156), el aquí actor tiene preferencia sobre los cesionarios, por más que su escritura sea de fecha anterior a la medida precautoria.

Ello así, en tanto -como se dijo- con la sola presentación en el expediente civil, dicho instrumento de cesión adquiere efectos contra terceros y les es oponible.

4. En razón de ello, se resuelve: desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el decisorio atacado. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado atento las particularidades del caso y la forma en que se resuelve (CPr. 68).

Notifíquese. Cumplido, requiérese a la Mesa General de Entradas devolver los autos a esta Sala para hacer saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13). Verificada la publicación pertinente, devuélvase. Fdo.: Rafael F. Barreiro, Alejandra N. Tevez, Juan Manuel Ojea Quintana. Ante mí: María Julia Morón.

La reseña, a entender del suscripto, es insuficiente para comentar correctamente este fallo. De su texto no surge relacionada la fecha de la escritura de cesión. Ello es necesario para juzgar la conducta diligente, debida por la parte que contó con la primera copia para hacer efectiva la publicidad mediante su incorporación a los obrados judiciales en un plazo razonable. De ser así, debilitaría la posición del juzgado, en el sentido de juzgar la preferencia o prelación de la inhibición general de bienes con la escritura pública de cesión de derechos hereditarios. En el juzgado no aparece el expediente sucesorio.

En el último Seminario de la Academia Nacional del Notariado³, la Not. ZULMA DODDA, prestigiosa doctrinaria a quien es necesario consultar en materia registral, en su trabajo presentado al pleno, determina una posición confirmatoria de lo expuesto y aconseja seguir determinada técnica. Veamos:

...se generó jurisprudencia con relación a la preferencia entre la publicidad registral y la publicidad en el expediente dando prioridad a una u otra. En el año 1979 un fallo plenario (Cámara Civil en pleno en autos "Discoli Alberto T. s/ sucesión" de fecha 24/12/1979, LL 1980 A, pág. 327, ED 117-311), exigía la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que la cesión de derechos hereditarios que comprenden inmuebles sea oponible a terceros interesados.

Un reciente fallo del 6 de mayo de 2014 de la Cámara Nacional Comercial Sala F, (Cám. Nac. Com. Sala F 6-5-2014, "Finning Argentina SA c/ J. A. G. R. y otro s/ Ejecutivo", elDial.com, 26/5/2014), ratificando copiosa jurisprudencia establece que "... el único procedimiento válido para otorgar publicidad al acto de cesión de derechos hereditarios y tornarlos oponibles a los terceros, es la presentación en el sucesorio del respectivo instrumento (...) el carácter consensual de la cesión de derechos hereditarios determina que la transmisión se opere, entre partes, con la sola escritura. En cambio frente a terceros, es necesario un mecanismo de publicidad que reemplace a lo que en materia de cesión de créditos constituye la notificación al deudor cedido. Esta publicidad se logra con la presentación del testimonio de escritura de cesión en el expediente sucesorio". "Concuerdo con este fallo, afirma DODDA, respecto a que la publicidad de las cesiones debe

3 DODDA, Zulma A. "Registro de la propiedad inmueble. Certificados e informes. Publicidad registral - sus fines". Academia Nacional del Notariado. CABA, junio de 2014, págs. 99 a 108.

Doctrina

realizarse en el expediente sucesorio donde los terceros podrán informarse de las mismas y el juez ordenar la inscripción conjuntamente con la DH protegiendo de esa manera los derechos de todas las partes interesadas. Por este motivo sugiero que el notario aún cuando inscriba las cesiones en el registro especial, acompañe al expediente copia de la cesión para su debida publicidad”.

III. INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES. DIVORCIO. MANTENIMIENTO DE LA MEDIDA SUJETA A CONTRACAUTELA

Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "S. P. c. M. A. N. s/ Art. 250 C.P.C. - Incidente familia", 2013-08-30
Publicado: SJA 2013/12/04-19; JA 2013-IV

La sentencia en análisis. Contracautela

Al confirmar, en lo principal, la resolución dictada en primera instancia, la Cámara resolvió mantener distintas medidas cautelares trabadas contra el marido a pedido de la esposa, los que se encontraban en juicio de divorcio. No obstante y ante las particularidades del caso, a las que haremos referencia en el curso de este comentario, dicho Tribunal dispuso que la peticionante de las medidas debía integrar, dentro del plazo de treinta días de notificada, una contracautela real de \$50.000, bajo apercibimiento de proceder sin más al levantamiento de las medidas cautelares ordenadas.

Comentario

Quien solicita una medida cautelar debe garantizar los daños que originará, si abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla (art. 199 CC y CPBA y 208 CPC y CN).

La contracautela garantiza el resarcimiento por los daños y perjuicios cuando el derecho en el que el actor fundó su pedido no exista, se abuse o exceda en el mismo. Dicha garantía sólo abasteca los daños de la medida y de sus costas.

Esta puede ser real o personal; su graduación queda sujeta a la prudencia del juez, quien toma en cuenta la entidad de la verosimilitud del derecho alegado, conforme a las circunstancias del caso. También se considerará el valor de la demanda y grado de la inmovilización, la conducta de las partes y la actividad de las mismas (Cam. 2ª Sala 1ª La Plata 13/10/81, causa B - 50.713. Reg. Int. 286/81. CNCom. Sala A 23/5/96, "Orrico c/ Transportes"; íd-Sala C, 24/8/93 "Sarqueis c/ Astilleros"; íd. 18/04/94 "Cozzi c/ Vazquez").

No obstante es extendido el criterio de que se puede prescindir de ella, como en el caso de los interventores, síndicos, administradores judiciales, asesor de menores y en los asuntos de familia, de incidente de alimentos y de divorcio. También podrán prescindir de la contracautela la Nación, la Provincia, las municipalidades o quien tenga el beneficio de litigar sin gastos.

En cuanto a la caución juratoria, esta declaración de asumir responsabilidad, en rigor, nada le agrega a la responsabilidad genérica del Código Civil.

IV. MEDIDAS CAUTELARES. CONTENIDO Y LÍMITES DE LA POTESTAD ASEGURATIVA

EDUARDO N. DE LÁZZARI⁴, citando a PIERO CALAMANDREI (traducido por SENTÍS MELENDO en *Estudios sobre el Proceso Civil*) bajo el sugestivo título “El dispositivo psicológico de las medidas cautelares” nos alerta sobre la extensión desmedida que pueden alcanzar esas providencias. Nos advierte acerca de “la necesidad de ponderar los límites en que ha de detenerse la potestad asegurativa”.

“Las medidas cautelares en general deben acordarse restrictivamente, limitándolas al mínimo indispensable, evitando dentro de lo posible, que puedan constituirse en un medio de extorsión o una traba al normal desenvolvimiento de las actividades del afectado...”. (Cita a PODETTI. *Tratado de las medidas cautelares*, pág. 422; BORDA, G. *Tratado de derecho civil argentino. Familia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 318; SALAS. *Código civil anotado*, 1968, pág. 768; Cam.1^a. Sala 3, La Plata, causas 178.856 Reg. 392/80; 1862.650 Reg. 406/81. La Ley, 1983, v. D, pág. 251, Fallo 82.229. Cam. Nac. Com. Sala C 11-7-83 JA 1983, v. IV).

La conducta procesal maliciosa ha sido conceptualizada como la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso en contradicción con los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el dictado de la sentencia o, ya dictada, obstaculizar el cumplimiento de las obligaciones que la misma ha impuesto (conf. COLOMBO, C. *Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación - Anotado y comentado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, T° I, ed. 1969, págs. 295/296, n° 6-II, ap. 1 y 2; conf. FENOCHIETTO y ARAZI. *Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación - comentado y concordado*, T° 1, Astrea, 1983, pág. 190, parág. 4, ap. “b”; esta Sala, causas B-61.093, reg. sent. 327/86 y B-84452, reg. sent. 25/98, e.o.). Además, la conducta es temeraria cuando se litiga sin razón valedera y con conciencia de la propia sinrazón (conf. FENOCHIETTO y ARAZI. Ob. cit., pág. 188, parág. 4, ap. “a”), con conocimiento de lo absurdo de la actuación procesal (esta Sala, causas B-41.576, sent. del 14/IX/76 y B-42.455, sent. del 22/III/77, e.o.). Hay aquí un uso arbitrario de las facultades procesales, al haberse actuado en contraposición con los fines del proceso, violándose los deberes de lealtad, probidad y buena fe (esta Sala, causa citada en MORELLO, SOSA y BERIZONCE. *Códigos Procesales...*, T° II-A, pág. 818, parág. 6).

4 DE LÁZZARI, Eduardo N. *Medidas Cautelares*. Librería Editora Platense SRL, pág. 19.

Abuso del derecho

Nuestro derecho no ampara el abuso del derecho⁵; no obstante, que su abordaje exceda la finalidad de este trabajo, resulta insoslayable al momento de resolver los múltiples conflictos que la inhibición general de bienes como medida cautelar genera, sobre todo, en punto a las “responsabilidades” de quien solicitó la medida y afectó derechos personales y patrimoniales. Así cabe distinguir y aplicar la tesis de la responsabilidad subjetiva: culpa del acreedor (arts. 1067 a 1069, 1109 y 512 y conc. CC) y la tesis de la responsabilidad objetiva, que se funda y aplica, a quien obtuvo la medida frente a su contrario por haberla trabado sin derecho, tanto en sus aspectos sustanciales como instrumentales, sin analizar si existió abuso, dolo, culpa o negligencia de su parte.

La legislación procesal, tanto en la provincia de Buenos Aires (art. 208), como en los arts. 209 inc. 1º y 212 del CPCC de la Nación, adoptó el criterio subjetivo. La responsabilidad emerge cuando se demuestra que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla. He ahí que debe acudirse al art. 1071 transcripto como elemento indispensable para determinar la responsabilidad.

La jurisprudencia confirma esa posición y, por lo tanto, la pretensión resarcitoria prosperará si acreditan los extremos de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1074, 1076, 1109 y concs. CC), Cam. 1ª. Civ. y com., Bahía Blanca, sala 1ª., expediente 65.933, 10-6-80, DJBA, v. 119, pág. 768; CNCCom., Sala C, 24/3/88, “Marra c/ Construcciones Echeverría”; íd., Sala D, 15/9/77, “Berardi c/ Frig. Gral. Rodríguez”, s/p.; “Juez Competente” CNCiv., Sala A, 11/4/89, JA, 1990-I-124; “Carga de la Prueba”, CNCCom., Sala D, 27/10/95, JA, 1996-II-484; “Caducidad de la cautelar”, CNCCom., Sala A, 6/8/74, ED, 57-410. “Prescripción de la acción”.

Las resoluciones judiciales que recaen para determinar la responsabilidad acuden a los siguientes estándares: a) intención de daño, b) que no haya interés, c) si entre las opciones para ejercer el derecho se han elegido las más dañosas para otros, d) si el perjuicio es anormal o excesivo, e) si la conducta es contraria a las buenas costumbres, f) si actúa de manera no razonable y g) que contraría los fines de aseguramiento de la medida obtenida o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

5 “Art. 1071.- El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Modificado por: Ley 17.711, art. 1 (sustituido por inciso 54)”. (B.O. 26-04-68). A partir del 01-07-68 por art. 7.

V. LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE BILATERALIDAD E IGUALDAD

Dice EDUARDO DE LÁZZARI⁶:

Por un imperativo de su propia naturaleza, las medidas cautelares se ordenan y cumplen sin intervención de la contraparte. De otro modo, este medio de aseguramiento advendría ineficaz (...) avisado el afectado (...) se encontraría en condiciones de frustrarlo (...) No hay mengua del derecho Constitucional de la defensa en juicio (...) en la medida en que una vez que se han hecho efectivas se le notificarán personalmente o por cédula y contará con la posibilidad de recurrirlas.

Este autor refleja la tesis de la CSJN 7/9/49 (La Ley, v. 56, pág. 459; Fallos v.213, pág. 246) cuando este mismo Tribunal expresa que "No es requisito de la CN la audiencia previa a toda resolución no definitiva" (CSJN, Fallos, v. 253, pág. 229. Ídem, Fallos, v. 243, pág. 391 o La Ley, v. 96, pág. 464).

Otros: SCBA Ac. y Sent. 1983, v 1, pág. 654. Cam. C y C 2^a, La Plata, Sala 1^a 3/6/80, causa B 48.333.

Podemos afirmar que la tesis jurisprudencial se asienta en la tramitación *in audita pars*, pero también afirma que dicha unilateralidad es transitoria, dado que *posteriormente a su anotación* debe ser notificada fehacientemente a la parte contra la cual se ha obtenido y anotado la inhibición de bienes, para que esta mantenga intacta la posibilidad de recurrirla. No es admisible cuestión o incidencia que detenga la efectivización.

Por lo general, ...no es dable supeditar la resolución de una precautoria que por esencia se sustancia 'in audita pars', al cumplimiento de recaudos que posibilitarían la injerencia del demandado y aun la posible oposición de este, desvirtuando absolutamente la finalidad de la misma" (Cám. 1^a, Mar del Plata, JA 1969, reseñas, pág. 342, n° 129, cits. por DE LÁZZARI).

También afirmamos que, para restablecer la bilateralidad transitoriamente preterida, los jueces deben tener en cuenta las vigentes normativas procesales de la Provincia, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otras provincias, y garantizar el ejercicio del recurso de revocatoria contra la medida que dispuso la cautelar.

6 Ob. cit., pág. 78.

Los códigos procesales, por lo general, legislan sobre la prueba anticipada (arts. 326 y 328 CPCCN), como regla general: “si hubiese de practicarse la prueba se citará a la contraria” (art. 327 último párr., mismo Código). Cuando resulte imposible debe designarse e intervenir un defensor oficial. Queremos advertir que, en los casos de urgencia, el juez puede decidir, pero la integración de la litis es referencia obligada para satisfacer las normas superiores que garantizan los derechos y las garantías del debido proceso. La unilateralidad es excepcional y transitoria (MORELLO, JA. 2005-I-1348).

La necesidad de acreditar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y ofrecer contracautela adecuada son presupuestos previos y necesarios para obtener una medida cautelar; es decir, las circunstancias de hecho deben ser subsumibles en una norma de derecho que reconozca tal situación y habilite la instancia *fumus bonis iuris*. La contracautela debe ser de tal magnitud y especie que pueda receptársela (CN Com. Sala D, 14/8/00, LL 2000-F-981, 43207-S; CN Cn. Adm. Fed. Sala IV, 10/2/99-D 133).

Para la viabilidad de la inhibición, además, son requisitos específicos: a) desconocimiento de la existencia de otros bienes pasibles de embargo y b) insuficiencia económica de dichos bienes.

Así lo dispone la tesis del art. 228 CPCCN, que determina que procede sólo ante la imposibilidad de decretar embargo suficiente sobre el patrimonio del deudor demandado. Ello determina la relación de subsidiaridad de la inhibición con el embargo. Por ello, nada impide que *a posteriori*, conocido que sea un bien o bienes de valor suficiente, quede sin efecto la primera, dado que la inhibición además es supletoria (C. 1º Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 18/7/96, “Vargas c/Lucero s/d y perjuicios”. JUBA sum B 1401712. C. 1º Civ. y Com. La Plata, Sala II, 7/11/91, “Danilovich c/Guaraglia”, JUBA sum. B200184).

Además de dichos caracteres, la inhibición general de bienes tiene contenido residual, genérico y temporario. Ello es así porque su cesación y levantamiento procede cuando se presentan bienes a embargo o se otorgan cauciones suficientes (CNCiv. Sala I, 12/4/90, “Yazji c/ Elliot s/ sumario”, Lexis Nexis, nº 10/4143).

Preferencia: la inhibición general de bienes no concede prioridad sobre otra medida de igual naturaleza trabada con posterioridad y menos respecto del embargo. Tampoco tiene preferencia cuando es obtenida en un procedimiento concursal (art. 173). CNCom, Sala A, 29/6/00, LL2000-F-978 (ver dictamen Fiscal de Cámara).

Oponibilidad: dado que la inscripción registral de las medidas que disponen embargos o inhibiciones está establecida para su publicidad y oponibilidad a terceros, no cabe, a un tercero, alegar que la inhibición debidamente inscripta con anterioridad al boleto le es inoponible.

VI. LA FACILITACIÓN JUDICIAL PARA DECRETAR LA INHIBICIÓN GENERAL DE BIENES. RECAUDOS MÍNIMOS. UNILATERALIDAD PROVISORIA. EL DEBIDO PROCESO

MORELLO, PASSI LANZA, SOSA y BERIZONCE (*Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, v. III, pág. 250) destacan que la inhibición procede, en última instancia, luego de pasar previamente por el embargo. A tales efectos, se acreditará sumariamente la inexistencia de bienes (verbigracia, mediante informe de los registros nominativos respectivos). Con su resultado negativo, corresponderá trabar inhibición.

DE LÁZZARI no acompaña tal posición y se manifiesta a favor de su decreto sin audiencia de la otra parte, privilegiando así la urgencia y la posible frustración en caso de anoticiarse al deudor. Agrega que los registros carecen de ficheros de propietarios⁷.

Hoy la nómina de propietarios ha sido materia de ordenamiento y registración informatizada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Al ingresar al sitio <http://www.rpba.gov.ar> se brinda una amplia información de este registro nominativo.

Al respecto, a partir del nombre y del apellido de una persona física o de la razón social de una jurídica, se pueden conocer los inmuebles que pertenecen a la persona por la que se consulta.

Además, el interesado tiene la posibilidad de obtener la inscripción del dominio y, consecuentemente, su titularidad también a partir de los datos catastrales, suministrando partido y partida del inmueble. Dicha información está limitada a los inmuebles que se encuentran en la provincia de Buenos Aires. En las demás jurisdicciones, se han organizado registros similares.

Está habilitado para el conocimiento de todas las personas que tengan interés legítimo en obtener los datos referidos o sean profesionales designados en el decreto 5479/65 (art. 21), ellos son: escribanos, abogados, procuradores, ingenieros, agrimensores, síndicos actuantes en quiebras o concursos y martilleros.

No tenemos conocimiento de que los juzgados, para decretar la inhibición general de bienes (al menos y como mínimo), requieran como medida para mejor proveer alguno de estos recaudos; se trata de un pequeño esfuerzo de gestión que hace a calificar la buena fe y lealtad procesal. Esta información no subvierte ni afecta ninguno de los dos estándares sobre los cuales se justifica

⁷ Ob. cit., editada el 15 de septiembre de 1984.

la unilateralidad del procedimiento, estos son: la urgencia y la posible frustración en caso de anotarse al deudor.

Por supuesto que la inexistencia y/o insuficiencia de bienes del deudor se puede acreditar por todos los medios de prueba, pero aquellas deben ser el resultado de una sustanciación en un proceso de conocimiento.

La tramitación *in audita pars* debe tener como contrapartida el carácter transitorio de la unilateralidad. Los jueces, para componer y asegurar el debido proceso, *en todos los casos*, una vez acreditada la inscripción de la medida, *deben* abrirlo bajo los principios procesales de igualdad y bilateralidad, para que el inhibido tenga la oportunidad de ejercitar el derecho constitucional de la defensa en juicio.

La jurisprudencia mayoritaria entiende que la sola manifestación de que desconocen bienes es suficiente: "La carencia o desconocimiento de bienes del deudor no necesita prueba alguna a los efectos de decretar la inhibición general de bienes, bastando con la sola manifestación del requirente" (C.1º Civ. y Com. Mar del Plata, Sala I, 17/8/99, "HBC c/ Edecin SA, ejecución". Ídem 11/3/03 "Bco. Río de La Plata c/ Sebal Alejandro y otros"; JUBA, sum B 135.1927).

También sostiene que no es necesario que quien solicita la inhibición general de bienes lleve a cabo diligencias previas para justificar la inexistencia o insuficiencia de bienes, pues ello desnaturalizaría la urgencia y sumariedad propia de las medidas cautelares. En los supuestos de daños que pueda irrogar la medida encuentran reparación en el ofrecimiento de bienes que puedan ser embargados, en cuyo caso justificarán el levantamiento de la inhibición (C. 1º, Mar del Plata, Sala I, 21/10/99, "Viñoles Juan Carlos c/ Banco Crédito Provincial s/ C de pesos"; 5/2/02 "Cebrian c/ Grieco A. s/ incidente de apelación", JUBA, sum. B1351977).

La facilitación judicial para acceder a la inhibición general de bienes y la lentitud en la sustanciación del proceso constituyen la razón principal de la generalización de la solicitud con éxito de la medida. Luego, el abandono de la causa y quedar a la cómoda espera hasta que el deudor o presunto deudor se anoticie de la traba. El inhibido suele tomar conocimiento generalmente en el mismo momento que debe realizar un acto, una inscripción o una registración para los que se ordenan y requieren certificados de anotaciones personales. Actúa así, con efectos extorsivos. Con el fin de evitar daños mayores por el tiempo que pueda insumir la sustanciación del incidente, manda inmediatamente a pagar lo reclamado, aun cuando no corresponda en derecho o su monto resulte exorbitado y sin sustento legal.

VII. EL DERECHO PROCESAL ARGENTINO. LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA ADOPCIÓN DE INSTITUCIONES PROCESALES VIGENTES EN OTROS SISTEMAS JURÍDICOS. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PROCESAL

El derecho procesal argentino ha tenido un notable desarrollo y una notable expansión gracias a sus escuelas integradas por destacados juristas⁸. Pero ello no impide que deba ser actualizado con nuevas instituciones que introduzcan con eficacia el valor del principio de la buena fe procesal.

El derecho anglosajón carece de una simbiosis estructural entre el derecho procesal y el derecho notarial. Ello es así en ausencia de un sistema jurídico documental expresivo de la realidad social con efectos probatorios y ejecutivos, que le aportaría la autenticidad y la función notarial, como lo es en el ámbito del derecho greco-romano-germánico, dejando todo a la "jurisdicción".

Ese déficit estructural provoca un excesivo costo ocasionado por la alta litigiosidad que afecta negativamente sobre todos los estándares económicos que se traducen en la medición del PBI, como ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica. De ahí su necesidad visceral y existencial de incorporar al proceso el sistema de intermediación denominado *discovery*⁹, con el fin de insertar al mismo los principios de la intermediación de la buena fe procesal en la búsqueda de la verdad procesal.

8 Nuestro sentido homenaje a la Escuela Procesal de La Plata, a los maestros Augusto Mario Morello y Roberto Berizonce, para nombrar a todos, nuestro respetuoso reconocimiento. Distintos e importantes tratadistas basaron la esencia y existencia independiente del Derecho Notarial en fundamentos similares a los que notables juristas desarrollaron para asentar las simientes de un Derecho Procesal diferenciado e independiente del Derecho Civil. En otros trabajos afirmamos que "...la función notarial produce la convergencia del orden, la seguridad y la paz hacia el ideal de la justicia preventiva, para legitimar las relaciones humanas -en los hechos y en los actos- otorgándole firmeza a dicha relación jurídica, documental y autenticada. El notario es el autor del documento, no un mero intermediario entre la voluntad y el papel".

9 El *discovery* es una de las instituciones paradigmáticas del Derecho Procesal de los países del *common law* y, más en particular, del Derecho Procesal de los Estados Unidos de América. Aunque no es exclusivo de este último país, es allí donde se encuentra indiscutiblemente arraigado hasta el punto de constituir, sin riesgo a exagerar, un elemento básico de su cultura jurídica. También fuera del ámbito anglosajón resulta, a estas alturas, poco probable encontrar a un procesalista que no lo reconozca. El *discovery* o "descubrimiento" tiene que ver con la aportación de los hechos al proceso, con la realidad que se representa ante el juez a fin de que tome una decisión sobre un determinado litigio y, por tanto, en última instancia, con la fascinante búsqueda de la verdad procesal. El *discovery* es un conjunto de actos procesales que tiene por objeto la obtención de información que las partes deben aportar. Principalmente de carácter fáctico para la mejor determinación de las posiciones de las partes en un determinado procedimiento judicial. Desde una perspectiva concreta en la materia de las cautelares, aun cuando estén dictadas y anotadas en el Registro, la comparecencia obligatoria de las partes cumple una función equivalente a una declaración jurada, que, de faltar a la verdad y a la plena información o la ocultación maliciosa de pruebas o bienes, se configura un delito penal susceptible de condena. Esta última función resulta tan esencial como claramente ajena a nuestros básicos principios procesales. ¿Habrà llegado la hora de adoptarlo?

VIII. LA POTESTAD DE LA AFIP PARA TRABAR UNILATERALMENTE MEDIDAS CAUTELARES. LAS FACULTADES DE ARBA

La Corte Suprema de la Nación declaró inconstitucional la normativa mediante la cual se invistió a los funcionarios de la AFIP de la potestad de disponer y trabar unilateralmente medidas cautelares.

La disposición 250/2010 (BO 16/07/2010) los faculta a hacer efectivos embargos, inhibiciones o cualquier otra medida cautelar sobre bienes y cuentas del contribuyente.

Por dicha norma, los funcionarios de la AFIP están obligados a solicitar al juez de la causa, en el escrito de interposición de la demanda, que ordene la traba de "embargo general" de fondos y valores. El agente fiscal debe diligenciar las medidas cautelares dentro de las siguientes 72 horas posteriores a la orden judicial.

En el régimen anterior, podían solicitar unilateralmente embargos de fondos o bienes con la obligación de informar al juez.

En caso de que el embargo de fondos sea rechazado o insuficiente, el agente fiscal podrá solicitar al juez que ordene la traba de otras medidas, y priorice la traba de embargo sobre bienes registrables, preferentemente inmuebles.

Podrán también solicitar al juez que ordene el embargo sobre los créditos que el contribuyente posea contra otras empresas o instituciones.

Para los casos en que se desconozcan bienes susceptibles de embargo o los conocidos sean insuficientes, se dispone que el agente fiscal deberá requerir al juez que ordene la inhibición general de bienes del contribuyente.

En cuanto al levantamiento de medidas cautelares, la norma dispone que deberán ser ordenadas por el juez de la causa. En tal caso, el agente fiscal prestará conformidad al levantamiento solicitado por el contribuyente, previa verificación del pago de las sumas reclamadas (incluyendo accesorios y costas).

Los fundamentos del fallo

La sentencia declaró la inconstitucionalidad del art. 18, inc. 5 de la ley 25.239, que había sustituido el art. 92 de la ley 11.683. Este último habilitaba a los representantes del fisco nacional a decretar y trabar embargos sin intervención judicial.

En tal sentido, el alto tribunal explicó que, conforme el mecanismo implementado por dicha norma, el agente fiscal, con el solo recaudo de informar al juez asignado, podía, sin más trámite, y a su sola firma, decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar

Doctrina

otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda fiscal, en cualquier estado del proceso, por medio de un oficio expedido por el agente fiscal (TO art. 92 ley 11.683 por art. 18, inc. 5 de la ley 25.239).

La tesis de la Corte se basa en que la misma:

Contiene una inadmisibles delegación, en cabeza del fisco nacional, de atribuciones que hacen a la esencia de la función judicial, al permitir que el agente fiscal pueda, por sí y sin necesidad de esperar siquiera la conformidad del juez, disponer embargos, inhibiciones o cualquier otra medida sobre bienes y cuentas del deudor, modificando el rol del magistrado en el proceso, quien pasa a ser un mero espectador que simplemente es "informado" de las medidas que una de las partes adopta sobre el patrimonio de su contraria.

Ello violenta los principios constitucionales de la división de poderes, de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio, consagrados tanto en el artículo 18 de la Constitución Nacional como en los pactos internacionales y en la disposición fundacional del art. 17 de dicha Carta Magna. En él se establece que la propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella sino es en virtud de una sentencia fundada en ley.

Por lo tanto, todas las medidas cautelares que se dispongan con posterioridad al 15 de junio de 2010, para su validez requerirán una orden judicial previa, y los funcionarios de la AFIP deberán observar el procedimiento previsto en la disposición 250/2010.

El juez, así, podría dar cumplimiento al mandato legal que instruye trabar embargo preferentemente sobre bienes inmuebles de los demandados, y requerir, al menos del agente fiscal, una declaración jurada sobre la inexistencia o insuficiencia de bienes registrables en base a los legajos que obran en la AFIP y el certificado del registro nominativo de propietarios que ofrecen los registros inmobiliarios.

Con los contundentes argumentos de la CSJN fundados en el orden jurídico genérico y sobre los cuales se fundan la República, el estado de derecho y la seguridad jurídica, estamos de acuerdo y celebramos que así se haya pronunciado el Alto tribunal.

Lamentablemente, en los hechos, debemos decir que la cuestión se ha convertido en un mero trámite con casillero privilegiado. En forma inmediata, sin cumplimiento de recaudo previo alguno, el juzgado dispone del decreto de la inhibición general con formularios preimpresos. Ello es así aunque los agentes fiscales, en la inmensa mayoría, disponen de las declaraciones juradas de los contribuyentes deudores, de las que surge su estado patrimonial con el anexo de los bienes registrables en forma detallada.

Las facultades de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA)

En el marco de la audiencia citada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que concluyó con el fallo comentado precedentemente, Santiago Montoya, el polémico recaudador de la provincia de Buenos Aires, apoyó la facultad de la AFIP para aplicar este tipo de medidas cautelares. El funcionario argumentó que esta práctica extrajudicial otorga “mayor dinamismo” a los reclamos por tributos y “evita el colapso” de los tribunales; e indicó que 393.000 causas anuales se sustancian fuera de los tribunales con resultado exitoso.

En un comunicado oficial, su administrador, el licenciado Perelmiter, interpretó que “...es importante remarcar que ARBA mantiene sus facultades para trabar embargos sobre cuentas y activos bancarios extraños a su jurisdicción siguiendo el trámite establecido por la ley nacional 22.172 (...) Somos respetuosos de la justicia, pero debe tenerse en cuenta que el máximo Tribunal no se expidió sobre la cuestión de fondo debatida, que son los alcances del art. 13 bis del Código Fiscal”, detalló.

Para el organismo, ese artículo faculta a ARBA a:

...decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución.

“También podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los ejecutados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la ley 21.526”, agrega.

Según ARBA:

...es oportuno destacar que no impide la facultad de continuar con la traba de medidas cautelares sobre cuentas bancarias dentro de la Provincia y que tampoco se objeta la traba de tales medidas sobre dichos activos fuera de la provincia de Buenos Aires, dado que el fallo emanado por el máximo Tribunal no cuestionó la facultad que a esta agencia le confiere la Ley.

“Vamos a adoptar todas las medidas que resulten necesarias a fin de evitar que una abusiva o maliciosa interpretación del alcance de la medida cautelar por parte de los evasores cause mayores perjuicios al erario público”, sentenció el titular de ARBA.

Pese al pedido que le hizo la CSJN al administrador bonaerense, de que se abstuviera de trabar embargos sobre cuentas bancarias fuera de su jurisdic-

ción, estos recaudadores se vieron sostenidos y avalados por el gobierno de la provincia de Buenos Aires (el Estado que mayor incidencia tiene en materia impositiva sobre los productores y patrimonios familiares) e incorporaron nuevos tributos de clara estirpe inconstitucional. Ello se debe a que son confiscatorios, atendiendo al volumen que los mismos alcanzan acumulativamente, según jurisprudencia de la CSJN, de la SCJBA y por materia como lo son el impuesto Inmobiliario "adicional" y el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes (ITGB) -entre otros- no obstante percibir por coparticipación federal el impuesto a los bienes personales.

El Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires. Anexo I, Ley 10.397. (T.O. Resolución 39/11, modificada por la ley 14.333)

Por su contenido violatorio del régimen jurídico patrio, creemos menester transcribir los dos artículos que otorgan facultades judiciales al organismo administrativo.

ARTÍCULO 13. (Texto según ley 14.333). En cualquier momento podrá la Autoridad de Aplicación solicitar embargo preventivo, o cualquier otra medida cautelar en resguardo del crédito fiscal, por la cantidad que presumiblemente adeuden los contribuyentes o responsables.

En tal circunstancia, los jueces deberán decretarla en el término de veinticuatro (24) horas sin más recaudos ni necesidad de acreditar peligro en la demora, bajo la responsabilidad del Fisco.

Para la efectivización de las medidas que se ordenen, la Autoridad de Aplicación podrá, por intermedio de la Fiscalía de Estado, proponer la designación de oficiales de justicia ad-hoc, los que actuarán con las facultades y responsabilidades de los titulares.

La caducidad de las medidas cautelares, se producirá si la Autoridad de Aplicación no iniciase la ejecución fiscal transcurridos sesenta (60) días hábiles judiciales contados de la siguiente manera:

1. Desde la fecha de notificación al contribuyente o responsable de la denegatoria o rechazo de los recursos interpuestos contra la determinación de la deuda sujeta a cautelar.

2. Desde que la deuda ha sido consentida por el contribuyente o responsable, al no interponer recursos contra su determinación o liquidación administrativa, dentro de los plazos establecidos.

Cuando el contribuyente o responsable cancele o regularice la

deuda cautelada, o solicite la sustitución de la medida trabada, las costas serán a su cargo.

ARTÍCULO 14. La Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires estará facultada para trabar por las sumas reclamadas las medidas precautorias indicadas en el escrito de inicio del juicio de apremio o que indicare en posteriores presentaciones al Juez interviniente la Fiscalía de Estado.

La Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires podrá decretar el embargo de cuentas bancarias, fondos y valores depositados en entidades financieras, o de bienes de cualquier tipo o naturaleza, inhibiciones generales de bienes y adoptar otras medidas cautelares tendientes a garantizar el recupero de la deuda en ejecución. También podrá disponer el embargo general de los fondos y valores de cualquier naturaleza que los ejecutados tengan depositados en las entidades financieras regidas por la ley N° 21.526. Asimismo podrá controlar su diligenciamiento y efectiva traba.

Dentro de los quince (15) días de notificada de la medida, las entidades financieras deberán informar a la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires acerca de los fondos y valores que resulten embargados, no rigiendo a tales fines el secreto que establece el artículo 39 de la ley N° 21.526.

Para los casos que se requiera desapoderamiento físico o allanamiento de domicilios deberá requerir la orden respectiva del juez competente. Asimismo, y en su caso, podrá llevar adelante la ejecución de sentencias mediante enajenación de los bienes embargados a través de subasta o concurso público.

Si las medidas cautelares recayeran sobre bienes registrables o sobre cuentas bancarias del deudor, la anotación de las mismas se practicará por oficio expedido por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, el cual tendrá el mismo valor que una requisitoria y orden judicial. La responsabilidad por la procedencia, razonabilidad y alcance de las medidas adoptadas por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, quedarán sometidas a las disposiciones del artículo 1112 del Código Civil...

Esta norma regula "Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las

disposiciones de este título” (Capítulo IV. “Del ejercicio de las acciones para la indemnización de los daños causados por los delitos”).

ARBA. Medida cautelar autónoma anticipada. Declaración de inconstitucionalidad. Competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Facultades no delegadas. Normas de carácter procesal

Texto completo del fallo B.71.847 “Reciclar S.A. c/ ARBA s/ medida cautelar autónoma o anticipada. Cuestión de competencia”.

La Plata, 27 de junio de 2012.

AUTOS y VISTOS:

1. El representante de la firma “Reciclar S.A.”, promueve una acción solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 25 y 27 de la ley 14.200¹⁰ por entender que lesionan de forma manifiestamente ilegal y arbitraria los artículos 14, 17, 18, 28, 31, 75 inc. 22, 116 y 121 de la Constitución.

Al exponer los fundamentos de su petición entiende que “la legislación impugnada avasalla las autonomías provinciales al disponer normas de naturaleza procesal, siendo que estas facultades no han sido delegadas al gobierno federal” (sic, fs. 21) y que viola los principios de debido proceso y defensa en juicio, así como el de razonabilidad y el de legalidad.

Entiende vulnerado por la legislación atacada su derecho a usar y disponer de su propiedad. Solicita se dicte una medida cautelar innovativa por la cual se suspenda la aplicación de las normas atacadas hasta tanto se dicte sentencia.

2. El titular del Juzgado de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo N°1 del Departamento Judicial de La Plata resolvió declararse incompetente para entender en los presentes y remitió los autos a esta Suprema Corte (fs. 28).

3. La pretensión planteada tiene por objeto un pronunciamiento de invalidez constitucional de normas locales que disponen suspender, bajo determinadas condiciones, los artículos 39 de la ley N° 11.490¹¹, 1º, 2º, 3º y 4º de la ley N° 11.518 y modificatorias

10 Ley Impositiva. Código Fiscal 2011 de la Provincia de Buenos Aires.

11 Ley Impositiva año 1994.

y complementarias, y la ley N° 12.747¹² (art. 25, ley 14.200) y “establecer en cero por ciento (0%) la alícuota del impuesto sobre los Ingresos Brutos para las actividades comprendidas en el código 921110 del Nomenclador de Actividades del impuesto sobre los Ingresos Brutos (Naiib '99), cuando las mismas se desarrollen en la Provincia de Buenos Aires, y el total de ingresos gravados, no gravados y exentos, obtenidos por el contribuyente en el período fiscal anterior no supere la suma de pesos sesenta millones -\$60.000.000-. Cuando se trate de contribuyentes que hayan iniciado actividades durante el ejercicio fiscal en curso, quedarán comprendidos en el beneficio establecido en el párrafo anterior, siempre que el monto de ingresos gravados, no gravados y exentos obtenidos durante los dos primeros meses a partir del inicio de las mismas, no superen la suma de pesos diez millones -\$10.000.000” (art. 27 de la ley 14.200).

Es claro, entonces, que se procura la declaración originaria de inconstitucionalidad de una ley local.

Siendo ello así, corresponde declarar que la materia objeto de la acción articulada es propia del conocimiento de esta Suprema Corte en instancia originaria (arts. 161 inc. 1°, Const. prov. y 683 y sgtes., CPC y C; doct. causas B. 67.769 “Bernasconi”, res. 15-V-04; B. 68.030, “Bernal”, res. del 13-X-04; B. 67.988 “Labastía”, res. del 8-IX-04, entre otras).

Por consecuencia, siendo una atribución del órgano jurisdiccional calificar el alcance de las pretensiones de las partes y determinar el régimen procesal que le es aplicable, cabe reconducir la demanda entablada, al trámite previsto en los 683 a 688 del CPC y C (arts. 18, C.N.; 15, Constitución de la Provincia; 34 inc 5° y 36 inc. 2°, CPC y C; doct. causas B.64.229, res. de 13-IX-02; I. 67.986, res. de 6-X-04; CSJN in re Provincia de Santiago del Estero c/Estado Nacional”, Fallos 307:1381), radicarla ante los estrados de esta Suprema Corte, en la Secretaría de Demandas Originarias y Contencioso Administrativo (arts. 7, 8 y doct. art. 352 inc. 1° del CPC y C) y proceder a la recaratulación de las actuaciones (art. 34 inc. 5° ap. “b” el CPC y C).

Atento a ello, confíese al actor un plazo de diez días, para que adecue su presentación al proceso reglado en el Título IX,

12 Ley sobre exención Ingresos Brutos.

Doctrina

Capítulo I del Libro IV del CPCC -arts. 683 al 688- (doctr. causa B. 68.179 “Gobernador de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 20-IV-05).

Regístrese, notifíquese y oficiese al magistrado interviniente para su conocimiento.

Eduardo Néstor de Lázzari - Héctor Negri - Daniel Fernando Soria - Juan Carlos Hitters - Luis Esteban Genoud - Hilda Kogan - Eduardo Julio Pettigiani - Juan José Martiarena. Secretario Fdo.: Ne-Hi-Ko-Pe. Reg. N° 513.

La empresa accionante por inconstitucionalidad aún se encuentra en “situación judicial”, tal como surge del Boletín de la Agencia de Recaudación. El fallo abre un proceso propio del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en instancia originaria contra ARBA, cuando esta, en su accionar abusivo, lesiona de forma manifiestamente ilegal y arbitraria los arts. 14, 17, 18, 28, 31, 75 inc. 22, 116 y 121 de la Constitución Nacional.

La jurisdicción protectora o “de acompañamiento”

Roberto Omar Berizonce

La nueva misión del magistrado es pues la de un activismo inédito en este poder. Ya no se circunscribe a la definición o adjudicación de derechos subjetivos determinados conforme a las leyes; él es responsable de la conservación y de la promoción de los intereses finalísticos según los objetivos socioeconómicos, regulados por los correspondientes regímenes de normas técnicas.

Augusto M. Morello¹

SUMARIO: I. La jurisdicción en el Estado de Derecho Democrático. II. El ejercicio de funciones de garantía III. La justicia protectora o “de acompañamiento”. IV. Instituciones y técnicas típicas de la justicia protectora. V. Algunas conclusiones de cierre.

1 *La Corte Suprema en acción*, LEP, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, pág. 29.

I. LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO DEMOCRÁTICO

El nuevo Estado Constitucional que emergió en la segunda mitad del siglo pasado, edificado sobre los escombros de la segunda gran conflagración mundial, transformó los contenidos y la recíproca relación entre la ley y la Constitución. Quedó en claro que la legislación debe ser entendida e interpretada a partir de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales.

No es el objeto de estas líneas adentrarse en el análisis de las tan complejas cuestiones que se suscitan a partir de aquella premisa -por otra parte, largamente debatidas dentro de la teoría general del derecho donde han estado instaladas cuanto menos en las últimas seis décadas-, ni siquiera intentar una aproximación pormenorizada a las numerosísimas posturas, criterios y doctrinas que se han alineado en esos debates. Basta señalar las dificultades semánticas que se derivan de la ambigüedad e imprecisión de la expresión "principios", sus diversos sentidos², su relación con los valores e incluso su asimilación³, o con las denominadas "directrices políticas"⁴. Lo que resulta claro -nos parece- es que los principios son "normas fundantes", criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas "inspiradoras" de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones⁵.

Mientras los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio, las reglas, aun cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que estas significan. A los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece⁶.

Al margen de tan arduas disquisiciones, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y, correlativamente, sobre la misión de los jueces.

2 DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, págs. 72, 190; Carrió, G. R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 10; Arruda Alvim Wambier T. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2ª ed., ed. R. dos T., São Paulo, 2008, págs. 68-78.

3 ALEXY, R. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica* en Doxa, Alicante, nº 5, 1998, pág. 145.

4 DWORKIN, R. Ob. cit., pág. 190.

5 ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. Ob. cit., págs. 68-69. Marinoni, L. G.; Pérez Ragone, A. y Nuñez Ojeda, R. "La jurisdicción en el Estado Constitucional", en *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, Abeledo-Perrot, Santiago, Chile, 2010, págs. 120 y sigs.

6 ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, trad. M. Gascón, Ed. Trotta, Madrid, 2005, pág. 110.

Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica del conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular”.

La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el tradicional modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas⁷ y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorpora democráticamente a los principios en el discurso constitucional, con ello, posibilita, por conducto de los principios, conectar la política con el derecho⁸, a salvo, claro está, de todas las reservas y condicionamientos que provienen de las teorías del discurso, la argumentación para el apoyo de las decisiones y los límites de la razonabilidad que igualmente integran las garantías fundamentales. Ello conduce también a la cuestión no menos difícil del conflicto, interferencia o choque entre principios y valores, el “peso relativo” de cada uno⁹, que lleva a la aplicación de la “ley de ponderación”¹⁰.

A ello sumamos que la misión de los jueces se desenvuelve ahora, más que nunca, en un contexto de creciente fragilidad de la ley y demás normas infraconstitucionales y de laxitud de las relaciones intersubjetivas. En realidad, si bien se ve, afloran diversos fenómenos paralelos, complejos y recíprocamente influidos, cuales son principalmente la creciente judicialización de los conflictos, el activismo judicial y, con ello, el empeño de participar, de uno u otro modo, en el “gobierno” a través de su incidencia sobre las políticas públicas. Estos, a su vez, tienen su explicación en una serie de factores concurrentes, principalmente: i) la presión casi siempre incontenible por el acceso a la jurisdicción, fruto de la mayor participación social y la consiguiente “apropiación” de los derechos individuales y del grupo; ii) la creciente “inflación-deflación”

7 MARINONI, L. G. *Teoría geral do processo*, ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, págs. 47-53.

8 STRECK, L. *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*, trad. A. Álvarez Aranda, Lima, 2009, pág. 48; Arruda Alvim Wambier, T. Ob. cit., págs. 32-57; Guzmán, N. L. “Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho” en *Principios Procesales*, R. O. Berizonce coord., LEP, La Plata, 2011, págs. 6 y 7.

9 DWORKIN, R. Ob. cit., pág. 77.

10 ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pág. 349. Lorenzetti, R. L. *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, págs. 21 y sgts.

legislativa que deja más intersticios para la interpretación creativa¹¹; iii) la “explosión” de nuevas conflictividades fruto del reconocimiento de los “nuevos derechos y garantías”; y, por último, aunque no menos incidente, iv) el impacto de la “globalización” jurídica que proviene de los sistemas de protección transnacional, en particular el *bloque de convencionalidad* que, a su vez, constituye el parámetro del “control difuso de convencionalidad”, con la particularidad de que ha de ser ejercido no sólo por el Tribunal Interamericano a través de sus decisiones sino, también, por los propios jueces nacionales, para su aplicación aun de oficio¹².

II. EL EJERCICIO DE FUNCIONES DE GARANTÍA

En ese contexto, se reserva a los jueces y estos vienen convocados a asumir el ejercicio de verdaderas y trascendentes *funciones de garantía* destinadas a asegurar la efectiva operatividad de los derechos fundamentales.

En esa tarea, corresponde a la judicatura, en la consideración de los casos concretos, escrutar incluso las políticas públicas, propias de la competencia de los poderes políticos, para confrontarlas (no para sustituirlas -lo que les está vedado-) con los mandatos superiores contenidos en la Constitución y las convenciones internacionales, mediante un test fundado y dentro de los límites que razonablemente ellos mismos se imponen.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha ocupado de delinear el ámbito acotado de tales prerrogativas. Por un lado, se subraya que corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que conduzcan a garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, lo cual, por sí, no constituye una intromisión indebida en relación a las potestades de los demás poderes¹³.

11 Sobre la creciente “esfumación” de la ley, por la recurrencia a preceptos “abiertos, flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y ‘lagunas’, tanto como al inmovilismo legislador que inducen a los jueces la asunción de funciones integrativas y de ‘suplencia judicial’”; PICARDI N. “I mutamenti del ruolo del giudice in nostri tempi”, en *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI* (Temas actuales en memoria de los Profs. I. Eisner y J. A. Salgado), coord. R. Arazi, Ediar, Buenos Aires, 1997, págs. 398-401. La “inestabilidad” de la ley no es sino una consecuencia de las aceleradas mutaciones colectivas, lo que no constituye en sí mismo un suceso negativo como suele afirmarse desde posiciones escépticas, que descreen del parlamentarismo.

12 HITTERS, J. C. *Derecho internacional de los derechos humanos. Influencia de los tratados en el derecho interno. Responsabilidad de los jueces*, Instituto de Estudios Judiciales SCBA, La Plata, 2009, pássim.

13 Corte Suprema de Justicia de la Nación, L. 733. XLII, 13-2-07, “Lavado c. Prov. de Mendoza”. En el mismo sentido, D. 587. XLIII, 18-9-07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y Prov. de Chaco”.

Aun, en el ejercicio del aludido control, los jueces están obligados a tomar un rol activo y desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de los derechos fundamentales¹⁴. Empero, no les compete resolver cuestiones que son privativas de los otros poderes, como las de política económica y las de poder de policía concomitante¹⁵; ni, desde luego, imponerles su criterio de conveniencia o eficacia económica o social¹⁶; ni pronunciarse sobre el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas¹⁷.

1. Conflictos de interés público

La función genérica de garantía adquiere tonalidades singulares, cuando la tutela es requerida en el marco de procesos colectivos de interés público o estructurales, que, por su propia esencia, inevitablemente concitan el involucramiento, en mayor o menor medida, de los jueces en las políticas públicas. Ello se debe no sólo por las novedosas formas de gestión, de raíz pretoriana, o los singulares métodos “dialogales” que los jueces utilizan en la búsqueda de soluciones concertadas con la propia administración demandada, sino también, y principalmente, por el control que de diversos modos se ejerce sobre las políticas públicas y hasta induciendo su configuración o mejora por los poderes de gobierno¹⁸. Basta pensar en los casos paradigmáticos asumidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verbitsky”¹⁹, “Lavado”²⁰, “Badaro”²¹, “Beatriz Mendoza”²², entre otros. La acentuación del activismo judicial aparece como ingrediente notorio en todos ellos.

14 Por caso, tratándose de la tutela del medio ambiente, que constituye un bien colectivo perteneciente a la esfera social y transindividual (20-6-2006, “Mendoza Beatriz S. y ot. c. Estado Nacional y ot.”, La Ley, 2006-D, pág. 86, consid. 18). O estando en cuestión la seguridad de una represa, lo que convirtió en un imperativo la garantía de la seguridad de las personas y de los bienes (3-3-2009, “Rozniatowski, R. C. c. -EN-Secretaría de Energía de la Nación”, La Ley, 2009-C, pág. 272).

15 Fallos, 315:1820, consid. 8º y su cita; 323:3075; 325:461.

16 Fallos, 311:1565.

17 Fallos, 314:424.

18 BERIZONCE, R. O. “Los conflictos colectivos de interés público en Argentina” en *Procesos colectivos. Class actions*, I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, IAPL-AADP-IIDP, Buenos Aires, 2012, pág. 429 y sgts.

19 Fallos, 328:146.

20 Fallos, 329:3863; 310:111 y 1135.

21 Fallos, 329:3089.

22 Fallos, 329:2316.

2. Tutela diferenciada de los derechos y situaciones “sensibles”

Hay, todavía, un extenso terreno en el cual reluce el ejercicio de las funciones de garantía judiciales, cual es aquel de los conflictos en los que se persigue la tutela de derechos de común individuales, aunque en ciertos casos también colectivos, que corresponden a cierta categoría de individuos o a situaciones de aflicción que engloban a grupos determinados o indeterminados de personas.

El común denominador de unos y otras deviene de la calidad singular de los derechos fundamentales objeto de protección: están en juego en todos los casos derechos “especialmente sensibles”, porque así son considerados por los principios que nutren las fuentes constitucionales y convencionales. Piénsese en los *derechos* a la vida, a la dignidad humana, a la salud, a la educación, a las condiciones dignas de subsistencia, al ambiente sano, entre otros, que integran los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC); o piénsese en las *situaciones* necesitadas de especial protección en que se encuentran, bajo ciertas circunstancias, los niños y adolescentes, ancianos, incapaces, mujeres, etc., verdaderos y propios “grupos particularmente vulnerables”.

El derecho internacional de los derechos humanos y los propios textos constitucionales estatuyen los principios que imponen y gobiernan su tutela. Son los “nuevos derechos y garantías”, que sumándose a los derechos sociales ya contemplados por el art. 14 bis, se incorporaron en la reforma de 1994 (arts. 41, 42, 43 y, en especial, todos aquellos que ingresaron por vía de los tratados, art. 75 inc. 22), así como los grupos señalados como necesitados de especial protección por el art. 75 inc. 23.

III. LA JUSTICIA PROTECTORA O “DE ACOMPAÑAMIENTO”

1. El anclaje constitucional y convencional

El perenne desafío de las constituciones radica en la difícil armonización entre los valores de la libertad y de la igualdad. El modelo del constitucionalismo social y democrático, inaugurado en la posguerra por las cartas de Italia y de Alemania, inspiró en buena medida la Constitución Española de 1978, la que, a su vez, fue una de las principales fuentes de nuestra reforma de 1994. Sin un núcleo ideológico expreso, quedó claro que se incorporaron principios fundamentales que acentuaron la concepción social y la igualdad material en

concreto, al igual que la participación ciudadana y social, amplificándose la solidaridad. Se explicitaron los principios típicos del Estado Social, a partir de una concepción material de la igualdad, superadora de la mera igualdad formal que se sustentaba en la "igualdad de oportunidades", reiterativamente proclamada a lo largo del texto, y la recepción de las "acciones positivas"²³ a cargo del Estado para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales (art. 75 inc. 23)²⁴. Este precepto, junto con el inc. 19, y la cláusula del "progreso económico y social" que enfatiza el desarrollo humano, constituyen la clave de bóveda de la reforma de 1994²⁵; con el acento, todavía, de la protección diferenciada que se confiere en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, primer párrafo, *in fine*).

Por otro lado, adquirió relevancia el derecho fundamental a la tutela judicial eficiente, sustentado en la garantía del debido proceso que dimana del art. 18, Constitución Nacional y su doctrina y, más concretamente, del mandato contenido en el art. 114, tercer apartado, inc. 6° *in fine*, que impone asegurar "la eficaz prestación de los servicios de justicia"²⁶. En paralelo se constitucionalizaron los derechos de incidencia colectiva y las garantías correspondientes. En la confluencia, precisamente, de los principios dimanantes de los aludidos preceptos de el art. 75 incs. 19 y 23, y en los arts. 18, 114, 41, 42, 43 y conc. del texto supremo, en consonancia con el sistema transnacional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22), se encuentra el anclaje del régimen de *tutelas procesales diferenciadas* de ciertos derechos y situaciones considerados "sensibles" en general y de la propia justicia protectora o "de acompañamiento", propiciada con anterioridad por destacada doctrina²⁷.

23 Las acciones positivas pueden verse en términos de estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades o a concretar medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones producto de prácticas o sistemas sociales. Su designio es promover una igualdad concreta entre un grupo dominante y otro dominado (SCBA, 7-3-2007, causa B 58.760, voto Dr. de Lázari).

24 CAPPELLETTI, M. "Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei", en *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. S. Sentís Melendo y T. A. Banzhaf, EJE, Buenos Aires, 1974, pág. 115 y sgts. Sobre la filiación de las medidas de acción positiva en el art. 3° de la Constitución italiana de 1946.

25 DALLA VIA, A. R. "El ideario constitucional argentino", *La Ley*, 1995-C, pág. 1195 y sgts.

26 En ese sentido: GARCÍA LEMA, A. M. "Interpretación de la Constitución reformada y el proyecto de Código", *La Ley*, 2014-C, supl. 2-6-14.

27 MORELLO, A. M. "La jurisdicción protectora...", J.A., 1986-II, págs. 3005 y sgts.; *id.*, "Un nuevo modelo de justicia", *La Ley*, 1986-C, págs. 800 y sgts.; *id.*, *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot/LEP, Buenos Aires, 1989, págs. 11 y sgts.; *id.*, *El proceso justo*, 2ª Ed., Lexis Nexis/LEP, Buenos Aires, 2005, págs. 651 y sgts.

Si ese ha sido el gran avance de las reformas no puede soslayarse que, como contrapartida, la organización del poder se haya mantenido de hecho inalterada, con un rampante hiperpresidencialismo que -en la realidad- lejos de verse atenuado terminó impregnando todos los ámbitos del poder, incluyendo -en buena medida y salvo notorias excepciones- al propio Poder Judicial; una Constitución “con dos almas”, en la que relucen robustos los derechos sociales pero se oscurecen por obra de poderes concentrados que, a menudo, los niegan u obstaculizan²⁸.

2. Igualdad real, derechos “sensibles” y situaciones de tutela preferente

En el diseño constitucional la igualdad supone conjugar el tradicional alcance del art. 16 con la imposición de las acciones positivas del art. 75 inc. 23²⁹. Semejante concepción impone consagrar tutelas diferenciadas y preferentes que favorecen, como ya hemos destacado, ciertos derechos y situaciones a las que se considera, en el mandato constitucional, menesterosas de protección. Los *derechos “sensibles”* refieren ya a los clásicos derechos personales individuales (derecho a la vida, a la integridad física y la salud, a la intimidad, a la identidad, de la niñez y la familia, a la educación, a la vivienda digna), ya a los derechos sociales (al trabajo, a la seguridad social), y ya a los derechos de incidencia colectiva (al ambiente sano, de consumidores y usuarios³⁰). Incluyen los derechos individuales homogéneos y, por último, los derechos de la institucionalidad republicana y democrática (información pública, transparencia, etc.).

Existen, a su vez, *situaciones de atención preferente*, igualmente “sensibles”, que están referidas y engloban a los denominados genéricamente “grupos vulnerables”. Ellos refiere concretamente el art. 75 inc. 23, primer párrafo *in fine* y segundo párrafo.

Unos y otras están igualmente tutelados por diversos instrumentos internacionales, en particular, los que protegen los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), y así lo ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹, al aludir a la protección especial debida a los sujetos de derecho, ya sea “por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.

28 GARGARELLA, R. “Los derechos relegados de la Constitución”, La Nación, 6-8-2014, pág. 23.

29 GARCÍA LEMA, A. M. Ob. cit.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 331:819; sent. 24-6-2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c. EN-MO V.E. y otros, s/amparo”, consid. 8.

31 C.I.D.H., 4-VII-2006, “Ximenes López c. Brasil”.

Sea por la trascendencia social de los derechos o sea en virtud de las características de los sectores afectados, se genera la necesidad de tutela que adquiere connotaciones típicas por sustentarse en la noción de interés público, del cual deriva un fuerte interés estatal en su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto³².

3. Igualación y acciones positivas. Discriminaciones “favorables”

Las acciones positivas tendientes a la igualación constituyen medidas de excepción que encuentran sustento, como hemos visto, en los preceptos constitucionales. Sin embargo, en ciertos supuestos, se plantea la cuestión de su inconsistencia con el principio de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, en concordancia con los criterios que niegan la posibilidad de un orden jerárquico de valores, que sobrevalúe a algunos y no a otros. Si todos ellos deben considerarse equivalentes, no habría razón, cuando aparecen en colisión, para brindar prevalencia a uno o a algunos en desmedro de otros; la categoría de derechos fundamentales los engloba por igual³³.

Más allá del debate doctrinario, propio de la teoría general del derecho y de los valores, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha clarificado los criterios básicos para resolver la cuestión. Por un lado, “la garantía de igualdad del art. 16 CN no obsta a que el legislador contemple en forma distinta a situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable”³⁴. Es suficiente que concurra una causa objetiva para discriminar³⁵. En estos supuestos, se validan las “discriminaciones favorables” o inversas. El ámbito de las prohibiciones, a su vez, asienta en las discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 4º, Pacto de San José de Costa Rica).

Las normas infraconstitucionales (sustanciales y procesales) han de asegurar, entonces, la igualdad material y lo propio deben hacer los jueces en la aplicación a los casos concretos. En el proceso, el deber de asegurar la igual-

32 Así, p.e., Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24-2-2009, “Halabi”, considerando 13.

33 La C.I.D.H. ha remarcado la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, como “un solo conjunto amplio, partes del mismo universo... (que) tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto”. Claro que “... entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que la tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan”. Opinión Consultiva OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados”, párrafo 27, 28. Voto razonado concurrente de Sergio García Ramírez.

34 Fallos, 299:146, entre muchos.

35 Fallos, 298:286, entre muchos.

dad de las partes impone su nivelación material, en el sentido de garantizar la paridad de armas y, para ello, se coloca a aquella que se encuentre en situación de inferioridad en el mismo nivel procesal que su oponente.

La noción de vulnerabilidad, propia del derecho material, persigue identificar las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan el desequilibrio entre las posiciones de los litigantes.

La vulnerabilidad procesal (como se ha señalado con acierto)³⁶ constituye un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes, que, en realidad, persigue la igualación en concreto. En la doctrina brasileña se identifican diferentes categorías, a las que se trata de mitigar con técnicas diversas: la vulnerabilidad económica, con el derecho a la gratuidad de la justicia; la vulnerabilidad probatoria, con la inversión del *onus* o la regla de la carga dinámica; la vulnerabilidad etaria de menores o ancianos, con mecanismos de aceleración de la duración del proceso, o los tribunales especializados; etc. En todos los supuestos, para la legitimación del tratamiento diferenciado, debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas³⁷.

4. Caracterización de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad

La tutela reforzada se confiere a personas y grupos titulares de derechos o intereses especialmente vulnerables (la dignidad humana en general) que se encuentren en situación de desventajamiento, sea individualmente o como integrantes de grupos postergados o débilmente protegidos³⁸, sectores “socialmente vulnerables”³⁹ o desfavorecidos.

La vulnerabilidad es una situación compleja de carencia de múltiples bienes esenciales de todo tipo. Es habitualmente, producto, al menos como una causa principal, de la exclusión institucional o de hecho del goce de tales bienes⁴⁰. En la perspectiva del Estado Democrático de Derecho y las obligaciones

36 MONTEIRO BARBOSA, R. V. y Casas Maia, M. *Isonomía dinâmica e vulnerabilidade no Directo Processual Civil*, RePro, São Paulo, 2014, n° 230, pág. 349 y sgts.

37 Íd., pág. 363.

38 En la caracterización de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi”, considerando 13, cit.

39 Tal la tipología que adopta la Ley 26.854, sobre medidas cautelares entre el Estado, art. 2°, inc. 2.

40 Desde ese punto de vista, la alusión a los “vulnerables” -como afirma Zannoni- es un eufemismo que encubre la incapacidad del Estado de destinar sus recursos para implementar verdaderos planes de ayuda social que promuevan la vivienda digna, el

puestas a cargo de las autoridades de gobierno, la exclusión genera desigualdad y discriminación que deben ser reparadas mediante acciones positivas a cargo de todos los poderes con funciones de gobierno, incluyendo, naturalmente, al Poder Judicial.

En lo que aquí interesa, se trata de las diversas medidas y acciones tendientes a asegurar el acceso a la justicia, mediante los tribunales, a las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, como presupuesto ineficiente para el logro de la tutela de sus derechos.

En tal sentido, resultan de particular utilidad para integrar la manda constitucional, las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana en 2008, a las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió en lo pertinente mediante Acordada N° 5/2009 nota 41. Las Reglas consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, *encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia* los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3). En sucesivas reglas alude a menores y ancianos (reglas 5 y 6); personas afectadas de alguna discapacidad grave (reglas 10, 11 y 12); migrantes y desplazados internos (reglas 13 y 14); pobreza (reglas 15 y 16); mujeres afectadas por violencia y discriminación (reglas 17 a 20); minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística (regla 21); personas privadas de libertad (reglas 22 y 23). La enumeración, que no resulta taxativa, se adecua a muchos de los instrumentos internacionales y, por ello, resulta de particular utilidad para la configuración de la condición de vulnerabilidad, habiéndose señalado que si bien carecen de valor normativo deben constituir un marco referencial insoslayable para todos los operadores del sistema judicial⁴².

Interludio: el aprovechamiento perverso del argumento de la vulnerabilidad

Así, el argumento de que la difusión pública de datos en poder del Estado que conciernen a personas o a grupos desfavorecidos es de carácter sensible

-
- trabajo en sus diversas formas, la salud pública y la protección de la familia, como lo encarece la Constitución Nacional (“Género, derecho y familia”, La Ley, 2013-B, pág. 1009).
- 41 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha invocado en sus sentencias las Reglas de Brasilia. Así, entre otros, en “Pedraza Héctor Hugo c. ANSES, s/ acción de amparo”, 6-5-2014, considerando 15.
- 42 NOGUEIRA, J. M. y Schapiro H. J. “Acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad...” en la obra colectiva *Acceso a la justicia y grupos vulnerables*, de la que han sido coordinadores, LEP, La Plata, 2012, págs. 93-95.

y afectaría a los propios titulares, desplegado para negar su exhibición y publicación, exterioriza una utilización perversa de su dignidad, que no ampara la ley. De ahí que, como declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴³, el propósito alegado por el Ministerio de Desarrollo Social para denegar el listado de beneficiarios de planes sociales requeridos por una ONG, de evitar que se exteriorice la vulnerabilidad de los empadronados, carece de todo asidero. Tal negativa no es conciliable con una sociedad democrática y un Estado de derecho, ya que “no es ocultando padrones que se dignifica a los vulnerables y ayudarlos no es ignominioso: la ignominia es pretender ocultar a quienes se asiste, pretendiendo que impere el sigilo en el ámbito de la canalización de los fondos públicos”, que no son del Estado sino de toda la sociedad.

IV. INSTITUCIONES, PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS TÍPICAS DE LA JUSTICIA PROTECTORIA

Sentado quiénes resultan los sujetos de protección preferente, corresponde indagar cuáles son los instrumentos e intervenciones que perfilan la forma como el Estado provee (además, de las reglas de derecho sustancial, aunque en correspondencia con estas) la tutela procesal. Con ello viene a conformarse, en definitiva, la jurisdicción protectoria, con la singularidad de que el mandato constitucional del art. 75 inc. 23 compromete la intervención activa de todos los poderes estatales, y los jueces a través de la interpretación normativa y aun en ausencia de textos legales, tienen el deber de articular por sí una forma de protección jurisdiccional capaz de impedir la violación de los principios y reglas que edicta la ley suprema⁴⁴. En ese cuadrante aparece claro que el principio de legalidad de las formas debe aprehenderse en su necesaria y paulatina evolución por influjo de diversas pautas de flexibilización, en manos de la racionalidad del juez y a condición de preservarse el principio áureo del contradictorio. Ha de admitirse que la legalidad formal quedó infiltrada por la necesidad de reconocer la operatividad a los derechos sustantivos y la concepción del proce-

43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26-3-2014, “CIPPEC c. Estado Nacional. Ministerio de Desarrollo Social”, votos Dres. Petracchi y Argibay, Supl. Administrativo La Ley, junio 2014, con notas de I. A. D’Argenio y J. P. Falcón. Asimismo: Drucaroff Aguiar A. “El derecho de acceso a la información en poder del Estado”, La Ley, 2014-C, fallo 117.857.

44 En ese sentido: MARINONI, L. G. “De la acción abstracta y uniforme a la acción adecuada a la tutela de los derechos”, Revista Peruana de Derecho Procesal, *Communitas*, Lima, n° 17, 2013, págs. 370-371.

so como instrumento al servicio de logros “de resultados”, que han dado pie a la adecuación de las formas y aun a la “desformalización”. Es lo que, en su magnitud, expresa la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el memorando caso “Beatriz Mendoza”, entre otros⁴⁵.

Se trata, en definitiva, de la articulación de novedosos procedimientos y técnicas, diseñadas por la legislación o por los propios jueces, como verdaderas instituciones equilibradoras y compensadoras de las situaciones concretas de las partes en litigio⁴⁶, con la finalidad de asegurar el resultado útil de la jurisdicción.

1. Cuadro general, abierto y meramente enunciativo

Entre las diversas *técnicas orgánico-funcionales* para la efectividad de la tutela de los derechos “sensibles”, se inscriben los fueros especializados, que conjugan órganos específicos en función de la materia sustantiva y reglas procesales también diferenciadas (tribunales del trabajo, de seguridad social, de familia, de menores, de menor cuantía, rurales, de consumo, etc.).

A su vez, constituyen *técnicas procesales* que apuntan a los mismos objetivos, entre otras: a) las que tienden a facilitar el acceso a la justicia (gratuidad de las actuaciones y otros beneficios integrativos); b) técnicas de sumarización del proceso en sus variadas modalidades (tutelas anticipadas y urgentes, mandatos preventivos); c) soluciones autocompositivas; d) operatividad revaluada del amparo; e) amplificación de los poderes-deberes de los jueces para la mejor ordenación de las causas, la instrucción con fines de esclarecimiento de la verdad (primacía de la realidad) y el dictado de una sentencia justa, en plazo razonable; f) acentuación de los deberes de colaboración de las partes en la información de los hechos; g) carga dinámica e interactiva de la prueba; h) preclusión elástica de las deducciones y flexibilización del principio preclusivo; i) flexibilización de la congruencia; j) prevención y sanción del abuso del proceso; k) equilibrio en el trámite de ejecución de la sentencia, para evitar el abuso a través de la intervención del juez y la búsqueda de soluciones consensuadas; l) regímenes específicos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva; y un largo etcétera.

En su conjunto, tales técnicas enfatizan los postulados de *accesibilidad* para todos al sistema judicial, de *simplificación* de los trámites, de *aceleración*

45 Nos permitimos remitir a nuestro trabajo “El principio de legalidad formal bajo el prisma de la Constitución ‘normatizada’”, *La Ley*, 2011-E, págs. 1144 y sgts.

46 DINAMARCO. *Instituições de Directo Processual Civil*, v. I, Malheiros, São Paulo, 2001, pág. 208. Denomina instituciones de “neutralización de desigualdades”.

de los tiempos del reconocimiento y efectivización de los derechos, de búsqueda y prevalencia de la *verdad objetiva*, de consagración, en fin, del *derecho material* (derechos fundamentales) que no puede frustrarse por razones puramente formales. Bien que, en paralelo, no deja de advertirse sobre la conveniencia de acotar los confines de las tutelas diferenciadas, para evitar su proliferación y, con ello, el vaciamiento del proceso común. Por otro lado, la articulación de procedimientos más sencillos y simplificados, aun por iniciativa judicial, no puede menoscabar la garantía fundamental del debido proceso y el contradictorio, que tutela a ambas partes⁴⁷.

2. Muestrario singular: algunas intervenciones legales paradigmáticas

2.1. Medidas cautelares contra el Estado: régimen especial para derechos que corresponden a "sectores socialmente vulnerables"

La ley 26.854 de 2013, por diversas y sustantivas razones harto criticables⁴⁸, instituyó un verdadero esquema de excepción en relación a la tutela de los derechos pertenecientes a sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, cuando se encuentre comprometida la vida digna (conforme la Convención Americana de Derechos Humanos), la salud o un derecho de naturaleza ambiental (art. 2º, inc. 2). En tales supuestos, los jueces quedan habilitados para dictar medidas cautelares contra el Estado aun cuando el conocimiento de la causa no fuera de su competencia (art. 2º, inc. 2, cit.). Podrá decidir sin informe previo de la demandada (art. 4º, inc. 3) y acordarlas sin límite de vigencia temporal (art. 5º, apartado segundo), bajo simple caución juratoria (art. 10, inc. 2). Por último, el recurso de apelación contra la providencia que suspende total o parcialmente los efectos de un acto estatal, se concede sin efecto suspensivo (art. 13, inc. 3 *in fine*).

Desde luego, no se trata de una preceptiva orgánica ni el método utilizado ha sido el más apropiado. Sin embargo, dejó al desnudo una lamentable rémora legislativa, cual es la falta de sanción de un régimen integral de tutela procesal de las personas y grupos desfavorecidos. Tampoco ha sido pulcra la redacción

47 Para una explicitación de cada una de las técnicas y sus límites condicionantes: BERIZONCE, R. O. "Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas", RDP 2009-1, pág. 29 y sgts.

48 Conf. Suplemento La Ley mayo 2013, "Cámaras Federales de Casación, ley 26.853 - Medidas cautelares contra el Estado Nacional, ley 26.854", especialmente los trabajos de Gil Domínguez, A.; Gozáini, O. A.; Midón, M. S.; Oteiza, E. y Rojas J. A. Asimismo: Buteler, A. "Ley de medidas cautelares en la que el Estado es parte", La Ley 2014-D, supl. 15-7-2014.

en punto a la descripción del núcleo central de los sujetos protegidos, que peca por un exceso de generalización, cuando alude a “la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos” y, en el otro extremo, por omisión. Claro que la jurisprudencia habrá de cubrir tales defectos mediante una interpretación armonizadora a partir de los textos constitucionales y los mandatos convencionales. Por de pronto, si el concepto y el alcance de la “vida digna” no está explicitado en la CADH, deberá recurrirse a la doctrina que ha sentado el Tribunal de Costa Rica⁴⁹. En lo demás, a partir del principio de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, la tutela habrá de expandirse extensivamente más allá de los supuestos explícitos en el art. 2º, inc. 2, para resultar comprensiva de otras diversas situaciones que el derecho convencional regula, especialmente, las que se cobijan bajo el rótulo de los DESC. Entre otros, aquellos derechos relativos a la educación, a la vivienda, los propios de los consumidores y usuarios, y todos los demás que ya vienen siendo tutelados generosamente por la jurisprudencia. Para la identificación de los grupos y de las personas vulnerables, será útil recurrir a las Reglas de Brasilia, ya mencionadas.

Fuera de ello, cabe interpretar que tales medidas no quedan sujetas al régimen general del art. 9º, sobre afectación de recursos y bienes del Estado e imposición de cargas personales pecuniarias a los funcionarios. En efecto, un criterio contrario menoscaba principios constitucionales y convencionales que imponen el aseguramiento de un contenido mínimo, un núcleo intangible e indisponible (el “mínimo existencial”) tanto de los derechos individuales como de los colectivos, los económicos, los sociales y los culturales⁵⁰. El mandato convencional que liga al Estado a hacer efectivos tales derechos, consagra el principio del desarrollo progresivo. Este refleja el ingrediente de equidad social y, precisamente, debe ser articulado con la imposición constitucional de las acciones positivas (art. 75, inc. 23), especialmente respecto de las situaciones y sujetos a los que alude⁵¹. A su vez, ese “mínimo existencial” carece de sentido si no se lo vincula con otro deber del Estado que es el de proveer las expensas presupuestarias necesarias para acordar efectividad a los derechos sociales prestacionales, aunque sea en el marco de la medida de los recursos disponi-

49 CABRAL, P. O. “La nueva ley de cautelares contra el Estado Nacional como una política pública de tutela procesal diferenciada...”, J. A., 2013, fascículo n° 11, 12-6-2013, págs. 28 y sgts.

50 BAZÁN, V. “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”, La Ley, 2007-D, págs. 1139, 1148.

51 En ese sentido: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4-9-2007, “Reyes Aguilera, D. c. Estado Nacional”; 24-4-12, “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Bs. As. s/amparo”.

bles. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos pronunciamientos, sentó una clara doctrina a ese respecto⁵².

Igualmente, tampoco son aplicables las restricciones del art. 14 de la ley 26.854 en relación a las medidas positivas⁵³ e innovativas. Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha negado la admisibilidad de este tipo de medidas, cuando implicaban contrariar políticas públicas en áreas de la actividad económica, estando en juego intereses puramente patrimoniales⁵⁴, su procedencia no puede ser cuestionada ante derechos sociales prestacionales⁵⁵. Es que la suma de los presupuestos que establece la norma, prácticamente elimina estas medidas en todos los supuestos⁵⁶ y, además, negar su operatividad respecto de tales derechos sociales contraría la propia razón de ser de los mismos y su sustento constitucional y convencional, que presupone su efectividad, “toda vez que el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que darles todo el contenido que (la Constitución) le asigna”⁵⁷, y la temporaneidad de la tutela⁵⁸.

2.2. Régimen de pronto pago de los créditos laborales en los concursos y quiebras

El régimen de pronto pago no es novedoso en las leyes concursales, sin embargo, han de destacarse las reformas introducidas por la Ley 26.684 al art. 16 de la ley vigente, que incorpora nuevos supuestos que justifican la autorización judicial de pronto pago y, en lo que aquí interesa, establece el pago anticipado de ciertos créditos preferentes, no sujetos a prorrata ni limitados en su

52 Conf.: GIL DOMÍNGUEZ, A. “Estado Constitucional de Derecho, políticas públicas y derechos a acceso a una vivienda digna”, *La Ley*, 2012-C, pág. 385. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, 327:3677; 332:2043; 332:709; “Q. C., S. Y.”, 24-4-12, cit.; “A. R., E. M. c. Gobierno Ciudad de Buenos Aires”, 11-12-12.

53 Sobre la naturaleza y alcance de las medidas positivas: SORIA, D. F. *La medida cautelar positiva en el proceso administrativo*, *El Derecho*, v. 182, pág. 1115. Buteler, A. “Medida cautelar positiva contra la Administración”, *La Ley*, 2009-F, pág. 1091.

54 Así, entre otros: Fallos 323:3075, 325:461, en los que las decisiones judiciales incursionaban sobre políticas públicas de pesca y aprovechamiento de recursos naturales.

55 En tal sentido: SCBA, causa B-59.331, 13-4-99, *El Derecho*, v. 182, pág. 1115 y sgts.

56 GOZAÍNI, O. A. “Las medidas cautelares ante la ley 26.854”, en *Suplem. Especial La Ley*, mayo 2013, cit.

57 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24-4-12, “Q. C., S. Y. c. Gobierno Ciudad de Buenos Aires, s/amparo”, consid. 10.

58 Corte Suprema de Justicia de la Nación, G-456, XLVI, 5-10-10, “Grupo Clarín y otros, s/medidas cautelares”, donde se señaló que “la protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere procedimientos cautelares y urgentes, y de medidas conservativas o innovativas”. Distinto es el supuesto de las cuestiones de naturaleza patrimonial.

monto. Excepcionalmente, el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o por sus circunstancias particulares, deba ser afectado para cubrir por sus contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitan demoras.

2.3. Títulos ejecutivos especiales de formación por el acreedor para la tutela rápida de derechos de sustancia alimentaria

En el proceso laboral, la tutela procesal de los derechos del trabajador es tributaria también del principio de “progresividad”⁵⁹ (art. 39 inc. 3º, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reforma de 1994). Los textos constitucionales cobijan ahora instituciones y técnicas específicas orientadas a la efectivización de los derechos sustantivos del trabajo y de la seguridad social⁶⁰. En ese marco, la ley bonaerense 13.829 incorporó los arts. 53 bis y 53 ter a la ley 11.653, de proceso laboral, que establecen una técnica específica de creación de un *título ejecutivo* a favor de quien reclama el pago de salarios, asignaciones familiares o rubros denominados no remunerativos, provenientes de una relación individual de trabajo subordinado y hasta un máximo de tres meses, devengados, vencidos o impagos.

Como condición de viabilidad de la demanda judicial, el reclamante debe cursar, a quien considere su deudor, una intimación fehaciente que contenga fecha de ingreso o antigüedad computable, categoría profesional o funciones cumplidas y la suma del crédito reclamado, con expresión clara y concreta de los períodos, montos y rubros que la componen. Si el requerido, debidamente notificado, no se pronuncia o formula una negativa meramente genérica, su silencio o la falta de respuesta concreta se considera como tácita admisión de los hechos y de lo pretendido, lo que implica la negativa al pago. Solamente la negativa del vínculo laboral enerva el procedimiento.

Con tales constancias, el trabajador puede promover la ejecución que se prepara ofreciendo la declaración en primera audiencia de hasta tres testigos para que depongan sobre las circunstancias referidas. En la primera resolución, el tribunal, dentro de los cinco días, fijará audiencia para recibir la ratificación del reclamante y la declaración de los testigos, al cabo de lo cual quedará integrado el título ejecutivo. Ello habilita, concurridos los requisitos aludidos, el

59 CORNAGLIA, R. J. “El llamado principio de progresividad”, La Ley, 2008-A, pág. 959.

60 Así, el citado art. 39 inc. 3º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagra los principios de gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador.

libramiento del mandamiento de intimación de pago y embargo, trámite que continuará conforme al procedimiento de ejecución reglado por la ley procesal del fuero (art. 53 bis).

Se trata de una técnica especial de conformación del título ejecutivo con la particularidad de que no se deriva de un acto escrito del propio deudor, sino que se integra con la actividad del requirente y el silencio o la conducta omisiva de aquel. Se justifica por la especial naturaleza alimentaria del reclamo y el mecanismo no puede suscitar objeciones fundadas. Ello es así, en primer lugar porque el legislador ha creado títulos ejecutivos emanados exclusivamente del acreedor (v.gr., créditos por expensas, saldos derivados de cuenta corriente bancaria y otras operaciones similares)⁶¹. Además, y a diferencia de estos últimos supuestos, el deudor debe ser fehacientemente requerido y se le confiere concreta oportunidad para hacer valer sus derechos en la instancia previa extrajudicial, y podrá enervar la vía con la sola negativa del vínculo laboral alegado. Se trata, en suma, de ampliar la protección procesal del trabajador, generando un título ejecutivo para asegurar de modo expeditivo derechos preferentes de subsistencia⁶².

2.4. La protección de la vivienda familiar en el proceso de ejecución hipotecaria

La ley entrerriana 10.278 de 2014, incorporó el art. 584 ter al CPC para regular, dentro del proceso de ejecución hipotecaria, un trámite especial para el caso de subasta de vivienda única y permanente del deudor y su familia.

En cualquier tiempo, el deudor puede plantear un incidente de liquidación de deuda y de determinación del plan de pago, que suspenderá el trámite.

En tal supuesto el juez convocará a las partes a una audiencia conciliatoria y, en su caso, homologará el acuerdo al que arriben las partes. A falta de acuerdo, el juez determinará la forma de pago, atendiendo a las propuestas de las partes, su situación socioeconómica y demás circunstancias del caso. La cuota a fijarse no podrá exceder del 25 % del ingreso familiar; si alguno de los miembros de la familia padece enfermedad terminal o crónica grave, será de entre el 15 y el 20%. La duda debe interpretarse en favor de la protección de la vivienda digna y de la tutela integral de la familia.

61 No está en cuestión, claro, la técnica de los títulos ejecutivos de formación extrajudicial, sino, en todo caso, el abuso que pueda hacerse de ello. La celeridad procesal, como destaca Barbosa Moreira, encubre a menudo luces y sombras desde las perspectivas del deudor desfavorecido; en *La significación social de las reformas procesales* en RDP, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006-1, págs. 443-446.

62 FANJUL, A. J. y Cuartango, G. "Vía ejecutiva para el cobro de salarios adeudados", en LL, actualidad del 9-2-09. En contra: Rivera, F. M. "Breves comentarios sobre el denominado cobro ejecutivo de salarios...", en LL, Buenos Aires, doctrina, 2008, pág. 929 y sgts.

La ley entrerriana 10.278, que se pone en línea con los compromisos internacionales⁶³, implica el desarrollo progresivo de la norma tuteladora genérica del art. 558 bis, CPCN, texto ley 22.434 (que reprodujo el anterior art. 536, sin modificaciones sustanciales). Se regulan los límites y modalidades de la ejecución en general, en consonancia con el art. 509, con la finalidad de proteger al deudor y salvaguardar la vivienda familiar, proscribiendo las actitudes abusivas o innecesariamente vejatorias del acreedor⁶⁴.

3. Algunas intervenciones judiciales paradigmáticas

La jurisprudencia ha sido la gran constructora de la jurisdicción protectora, por la vía de la interpretación creativa de las diversas fuentes normativas, de las instituciones, de los procedimientos y de las técnicas de todo tipo para la tutela de los derechos fundamentales. No repasaremos aquí el largo inventario de sus intervenciones que, podría sostenerse, alcanzan su cenit con la creación del amparo y se reiteran, por señalar otro caso paradigmático, en el de “Beatriz Mendoza”. Entre ambos se inscribe una larga serie de pronunciamientos en materias igualmente propias a aquellas intervenciones, que hemos estudiado en otros lugares⁶⁵. Aquí nos proponemos, tan sólo, analizar un pronunciamiento reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (motor indiscutido de todas las construcciones), que marca un nuevo punto de inflexión en la construcción de la jurisdicción protectora.

a. Revisión judicial de la competencia en materia de seguridad social: el caso “Pedraza”

Si existe una materia sensible que impacta directamente en uno de los grupos vulnerables que tutela expresamente el art. 75 inc. 23, es el de las prestaciones de la seguridad social, de neto carácter vital y alimentario que, por otro lado, proclama el art. 14 bis del texto constitucional.

El Congreso dictó la ley 24.463 (impropiamente denominada “de solidaridad previsional”), cuyo art. 18 confiere a la Cámara Federal de la Seguridad

63 DI FILIPPO, M. I. “Tutela legal del derecho a la vivienda. Una iniciativa provincial”, en *Anales de Legislación Argentina*, LXXIV-A, 2014, pág. 1209.

64 BERIZONCE, R. O. “El justo proceso de ejecución y la efectividad de la tutela judicial” en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008, págs. 55 y sgts.

65 Nos remitimos a *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., págs. 29 y sgts., especialmente en cuanto a la operatividad revaluada del amparo, págs. 55-58; apertura y trámite de los recursos extraordinarios, págs. 63-67; medidas anticipatorias y de urgencia, págs. 77-88; conflictos de interés público o estratégicos, págs. 140-149.

Social el conocimiento como alzada de los juzgados federales con asiento en las provincias, para revisar sus sentencias definitivas dictadas en los procesos de conocimiento pleno en los que la Administración Nacional de Seguridad Social intervenga como parte demandada.

En el caso "Pedraza Héctor Hugo c. ANSES, s/acción de amparo", decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 6 de mayo 2014, el tribunal fue requerido para resolver una contienda negativa de competencia, en el marco de un amparo iniciado por un pensionado con el objeto de obtener el pago de haberes. No sólo decidió la cuestión de competencia sino que oficiosamente se adentró en el test de constitucionalidad de la norma referida del art. 18 de la ley 24.463, cuya inconstitucionalidad terminó declarando en pronunciamiento, que reconoce antecedentes similares en los casos "Tellez" (Fallos, 308:552), e "Itzcovich" (Fallos, 328:566)⁶⁶ que cita. Ambos encuentran sustento en argumentos de base sociológica, en el marco del grave colapso del sistema de prestación de justicia por el desborde del número de las causas que deben atenderse, sea por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en "Itzcovich"), o sea por la Cámara del fuero (en "Pedraza")⁶⁷.

En este último, el Alto Tribunal destacó que dado que la crítica situación del fuero impactaba directamente en uno de los grupos más vulnerables, "a contramano del mandato del constituyente de otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan", resultaba menester analizar de oficio la validez de las normas atributivas de competencia, en ejercicio de las atribuciones propias de su rol institucional como cabeza del Poder Judicial de la Nación. En ese test, reiteró su doctrina acerca de la inconstitucionalidad sobreviniente, ya invocada en "Itzcovich": "las leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad..." (considerando 6).

Si bien, el Poder Legislativo mediante la ley 24.463 reglamentó el procedimiento en materia de seguridad social, en uso de las facultades otorgadas por el art. 75 inc. 20 de la Constitución Nacional, con un criterio cuya conveniencia o acierto la propia Corte ha reconocido reiteradamente como un ámbito ajeno a la revisión judicial, ello no obsta la valoración que quepa efectuar acerca de la racionalidad de las medidas adoptadas (considerando 8).

66 SAGÜÉS, N. P. "La revisión judicial de la determinación legislativa de la competencia apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", J.A., 2005-II, pág. 743.

67 GOZAÍNI, O. A. "El caso Pedraza y la Acordada 14/2014...", Supl. Constitucional La Ley, julio 2014, págs. 54 y sigs.; García Rapp, J. "Desplazamiento de la competencia en la seguridad social", La Ley, 2014-C, supl. 18-6-2014. Quadri, G. H. "La inconstitucionalidad de una atribución de competencia revisora...", La Ley 2014-C, supl. 2-6-2014. Maraniello, P. A. "Declaración de inconstitucionalidad de oficio y con efectos *erga omnes*", La Ley 2014-C, supl. 2-6-2014.

Como es exacto que el objetivo perseguido por la ley era instalar un sistema eficiente, que permitiese cubrir mejor los riesgos de subsistencia de la población de mayor edad o incapacitada por el trabajo, no puede negarse la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento de apelación del art. 18 en cuestión, ha tenido el efecto contrario y ha generado su colapso y “afectando de esa manera y en forma decisiva la posibilidad de que los ciudadanos que se encuentran en situación de vulnerabilidad obtengan en forma rápida y eficiente una respuesta jurisdiccional a sus reclamos de contenido netamente alimentario” (considerando 10); máxime la paradoja de que se vean compelidos a acudir a tribunales que distan centenares o miles de kilómetros del lugar donde residen (considerando 13).

Todo ello, en definitiva, importa una clara afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva de los jubilados y pensionados que no residen en la Ciudad de Buenos Aires, lo que justifica declarar la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463 y disponer el desplazamiento de la competencia para que sea asumida por las Cámaras de Apelaciones federales con asiento en las respectivas provincias.

Para su implementación, el mismo día, se dictó la Acordada N° 14/2014, con la finalidad de disponer las medidas necesarias para que el desplazamiento de la competencia se realice de manera apropiada y rápida; no sin dejar de señalar el convencimiento de que la medida adoptada constituye un mero paliativo a la situación de atolladero institucional que padece el fuero de la seguridad social⁶⁸ y, por tales razones, exhortar al Congreso de la Nación, al Poder Ejecutivo Nacional, al Ministerio Público Fiscal y otros organismos, para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, procedan a adoptar todas las resoluciones necesarias para superar la situación existente.

En lo que nos interesa, se impone resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en ejercicio de sus atribuciones, como cabeza del Poder Judicial asumió la revisión de la constitucionalidad de una ley atributiva de competencia, propia de las potestades del Congreso (art. 75, inc. 20, CN). Además, concluyó declarando la invalidez con sustento en la violación del derecho fundamental a la tutela judicial eficiente, “en una materia tan sensible como lo es la previsional” y que afecta a “aquellos grupos de población que se encuentran en situación de vulnerabilidad” (considerandos 14 y 15), en contradicción abierta con el mandato constitucional de “otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan”.

68 GARCÍA RAPP, J. Ob. cit. Se ha estimado que los asuntos a transferir a las Cámaras del interior no superan el 25% de las causas actualmente en trámite ante la Cámara Federal y que los reclamos por reajuste de haberes originados en las jurisdicciones locales nunca superaron en promedio el 20% del total de los asuntos en trámite.

Doctrina

La tan profunda intervención del Alto Tribunal supone participar en las propias políticas públicas de la organización judicial y en la atribución de competencias, sin interferir en las misiones propias del Congreso, sino, en todo caso, supliendo su omisión.

La ley 24.463 ya había sido enmendada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2005 en el caso "Itzcovich" y ahora se reitera una tacha significativa en "Pedraza", donde se profundiza el embate mediante la dura y certera Acordada complementaria. Desde luego, como se ha señalado⁶⁹, la revisión judicial del ejercicio de la facultad que corresponde al Congreso se ve favorecida en un contexto de erosión, retroceso y difuminación de la tradicional doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, en paralelo con el mayor activismo de los jueces que se ve apurado por una sociedad cada vez más requirente, debido a la creciente conciencia individual y colectiva acerca de la operatividad de los derechos fundamentales más sensibles. El mérito principal de semejante avance corresponde, una vez más, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por sobre dificultades y obstáculos tan notorios, asume comprometidamente una de las más trascendentes misiones que le corresponden en el diseño institucional de la República.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES DE CIERRE

1. En el Estado de Derecho Democrático, la "juridización" de la Constitución por la recepción en el máximo nivel de la jerarquía normativa de los nuevos o amplificados derechos fundamentales, en paralelo con la operatividad del amplio catálogo que se trasiega desde las convenciones y tratados humanitarios, ha operado un cambio sustancial en el eje mismo de la juridicidad. Se difumina el sistema de la ley, y en paralelo se configura una nueva y más fluyente juridicidad que dimana de los valores y principios fundamentales, por su propia naturaleza abiertos e indeterminados, y que requieren necesariamente para su efectivización de la labor integrativa jurisdiccional.

2. Bajo esas premisas, la concepción de la jurisdicción y la misión de los jueces, ya no se agota en la clásica labor de decir el derecho frente al litigio o conflicto (el modelo subsuntivo enfocado hacia una función meramente reparadora o preventiva de los derechos subjetivos lesionados), sino que se transmuta para asumir el papel preponderante de identificar y dar valor a los consensos básicos de la sociedad que expresa la Constitución y, a partir de

69 SAGÜÉS, N. P. Ob cit.

ello, ejercer aun novedosas actividades programáticas, en colaboración con los poderes políticos.

3. Bajo la Constitución Nacional reformada, la recepción de los principios fundamentales que acentuaron la concepción social y la igualdad en concreto, al igual que la participación ciudadana, en conjunción con el principio de la tutela efectiva y eficiente, brindan sustento a la jurisdicción protectora o “de acompañamiento”, que se expresa y encarna en las tutelas diferenciadas preferentes de ciertas categorías de personas o situaciones.

4. Las tutelas diferenciadas se derivan del principio fundamental de igualdad real de oportunidades y la imposición al Estado (y a sus diversos poderes, incluyendo al Judicial), de acciones positivas niveladoras, tendientes a favorecer ciertos derechos de personas o sectores englobados en la categoría de derechos sociales pertenecientes a grupos “vulnerables” o desfavorecidos, aludidos en el art. 75 inc. 23 del texto constitucional.

5. Por la trascendencia social de tales derechos y situaciones, se genera una necesidad de tutela. Esta sustenta la noción de interés público y justifica un fuerte interés estatal en su protección, en todas las instancias de su incumbencia (legislativas, administrativas y jurisdiccionales). En el marco de la jurisdicción protectora (y aún actuando preventivamente) los jueces asumen nuevos roles como gestores, controladores, garantes y ejecutores de los intereses generales respectivos (interés general del niño, de la familia, de la seguridad social, del ambiente, etc.). Si bien no sustituyen a los poderes políticos, participan, de una u otra forma, a través de sus decisiones, en la configuración de las políticas públicas, especialmente cuando ejercen sus poderes en los conflictos colectivos de interés público. La jurisdicción protectora se legitima a partir del fundamento racional de las decisiones y el método democrático de enjuiciamiento, que excluyen el voluntarismo y la arbitrariedad, y expresan la “representación argumentativa”.

6. La justicia protectora o “de acompañamiento” se construye mediante instituciones, procedimientos y técnicas típicas que persiguen en general, la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles, a través de procedimientos más sencillos y simplificados, gestionados por un juez activo en el marco del debido proceso. La tutela jurisdiccional protectora, al igual que la material, debe ser progresiva, por lo que tales instituciones, procedimientos y técnicas evolucionan para su perfección de modo permanente. En cada tiempo es dable identificar intervenciones legales y jurisprudenciales paradigmáticas, como las que se analizan en el capítulo IV precedente.

7. Queda pendiente la regulación normativa de las reglas distintivas de la justicia de protección, necesaria a esta altura de los desarrollos teóricos y jurisprudenciales para conformar una jurisdicción “de rostro más humano”.

Patrimonialidad de la prestación

Rubén H. Compagnucci de Caso

SUMARIO: 1. *Los deberes jurídicos y la obligación.* 2. *La presencia de dos sujetos.* 3. *Interés del acreedor.* 4. *Patrimonialidad de la prestación.* 5. *Tesis negatoria.* 6. *Diferenciaciones necesarias.* 7. *Tesis que afirma el carácter patrimonial.* 8. *Conclusión y epílogo.*

1. LOS DEBERES JURÍDICOS Y LA OBLIGACIÓN

A manera de introducción al tema propuesto, es necesario hacer algunas consideraciones generales vinculadas a la teoría de la obligación, es decir, un análisis sobre algo que siempre resta como concepto abstracto sin contener una realidad tangible.

Se ha señalado, casi sin disidencias y de manera lineal, que la obligación civil es: "...una relación jurídica donde un sujeto llamado acreedor tiene derecho de exigir de otro, calificado como deudor, el cumplimiento de una determinada prestación"¹.

Por ello, se reconoce que este instituto resulta siempre una subespecie de la relación jurídica y especialmente vinculado a uno de sus aspectos más relevantes, es decir, a los "deberes jurídicos".

En sus elementos de orden subjetivo, un sector asume el papel activo o de poder con facultades de exigir, mientras que otro es el del "deber jurídico" o de sometimiento u obligación².

Se indica que entre los "deberes jurídicos" es posible diferenciar entre aquellos que no tienen, como contrapartida, derechos subjetivos. Como consecuencia de ello, señala el profesor DE CASTRO que no todos los deberes jurídicos se encuentran sometidos a la voluntad del titular de un derecho subjetivo, sino a acatar el mandato imperativo contenido en una norma jurídica; resulta indiferente que la existencia de ese comportamiento se deje a la voluntad de un particular en cuyo interés se constituyó, o bien por el contrario, sea solamente exigible por los órganos del Estado, en ejecución de la ley que impone dicho deber³.

-
- 1 O'CALLAGHAM MUÑOS, Xavier. *Compendio de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 7ma. Edic., T. II, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 39; Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, Felix A. *Derecho de las obligaciones*, T. I (actualizado por el Dr. José M. Cazeaux), Ed. La Ley, 4ª edic., Buenos Aires, 2010, pág. 3 y sgts.; De Gásperi, Luis y Morrello, Augusto M. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, T. II, Ed. Tea. Bs. As. 1964, pág. 37; Compagnucci de Caso, Rubén H. *Manual de obligaciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 3; Bigliazi Geri, L.; Breccia, U.; Busnelli, F. D. y Natoli, U. *Diritto civile. Obligazioni e contratti*, T. III, Ed. UTET, Torino 2000, pág. 2.
 - 2 CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*, T. I, v. II, 12ª Edic., actualizada, Ed. Reus, Madrid, 1978, pág. 15; Betti, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. R.D.P., Madrid, 1859, trad. Martín Perez, pág. 9; Borda, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino. "Parte general"*, T. I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 35; Rivera Julio C. *Instituciones de derecho civil. Parte general*, T. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 9; Demogue, René. *Traité des obligations en général*, T. I, Ed. Rousseau, París, 1923, pág. 3.
 - 3 DE COSSIO, Alfonso. *Instituciones de derecho civil*, v. I, Ed. Ariel, Madrid 1979, págs. 80/81; Espín, Diego. *Manual de derecho civil español*, T. I, Ed. RDP, Madrid, 1979, pág. 81; Von Tuhr, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*, T. I, v. I, Ed. Depalma, Trad. Tito Rava, Buenos Aires, 1946/1948, pág. 120; Ripert, Georges. *Les forces creatrices*

En virtud de esa idea, es posible aclarar que hay deberes generales a los que los habitantes deben respetar y responder a fin de observar ciertas situaciones jurídicas legítimamente constituidas y hay otros más particularizados, concretos y específicos que se les impone a una persona determinada o a un grupo de personas. Generalmente, en este último caso y, como contrapartida, existen sujetos que tienen la potestad de exigir el cumplimiento. Allí es donde se encuentra la "obligación civil"⁴.

Poder diferenciar los deberes jurídicos de la obligación civil no resulta una tarea sencilla y sin escollos. Es en la doctrina italiana donde su estudio logró mayor profundidad y obtuvo respuestas satisfactorias. Para ello también hizo su aporte el lenguaje. Cuando se habla de "deberes jurídicos genéricos" se los indica como *obligghi*, mientras que para los específicos, se los cualifica como *obbligazioni*⁵.

De allí que, salvo alguna opinión aislada, en general, se sostiene que, la obligación civil se corresponde -tal como ya dijimos- como subespecie con el género de los deberes jurídicos específicos, aunque resta el problema de poder diferenciar ambos supuestos. Para lograr el distingo se deben analizar tres aspectos muy precisos: a) la existencia de dos sujetos o, a mejor decir, dos partes en la obligación; b) el denominado "interés del acreedor" y c) por último, la "patrimonialidad de la prestación"⁶.

du droit, Ed. LGDJ, París, 1955, pág. 226; Orgaz, Alfredo. *La ilicitud*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1974, pág. 62.

- 4 ALBADALEJO, Manuel. *Derecho civil. Introducción y parte general*, T. I, v. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, pág. 9; Santos Briz, Jaime. *Derecho civil. Teoría y práctica*, T. I, Ed. R.D.P., Madrid 1978, pág. 284.
- 5 GIORGIANNI, Michele. *La obligación. La parte general de las obligaciones*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, trad. Evelio Verduera y Tuells, pág. 23; Moisset de Espanés, Luis. *Obligaciones civiles y deberes morales*, Ed. Zavallia (Academia Nacional de Derecho de Córdoba), pág. 28; Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Gustavo. *Instituciones de derecho civil. Obligaciones*, T. I, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, pág. 57; Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar y López Cabana, Roberto M. *Obligaciones civiles y comerciales*, Ed. Abeledo Perrot, 2da. edic., Buenos Aires, 1995, pág. 17; Zannoni, Eduardo. *Elementos de la obligación*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 17; Compagnucci de Caso, R. H. "La relación jurídica. Derechos subjetivos, deberes jurídicos y obligación", en JA 25- IV- 2001, (Número especial) "Derecho de obligaciones", pág. 42.
- 6 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. "Obligación y responsabilidad", REVISTA NOTARIAL N° 853, pág. 1111; Zannoni, Eduardo. *Elementos de la obligación*, pág. 78; Moisset de Espanés, Luis. *Ob. cit.*, pág. 28; Busso, Eduardo. *Código civil anotado*, T. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1951, pág. 10; Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, T. IV, Ed. Ejea, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1971, pág. 9; Galgano, Francesco. *Diritto privato*, Ed. Cedam, 7ma. Edic., Padova, 1992, pág. 180.

2. LA PRESENCIA DE DOS SUJETOS

En consideración a los sujetos, en la obligación siempre deben encontrarse en el lado activo, es decir, en el carácter de acreedor una de la partes, y la otra, en el lugar opuesto o sector pasivo donde se halla el deudor. Los sujetos pueden ser singulares o plurales, y estar o no determinados en su origen, pero no hay relación obligacional que carezca de alguna de estas partes.

En ese sentido aclara bien el profesor ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: "Ser acreedor o deudor, más que ostentar una cualidad entraña una posición jurídica. Las posiciones jurídicas de acreedor o de deudor, pueden corresponder por entero, de manera excluyente y exclusiva, a cada una de las dos personas, a cada uno de los dos sujetos...". Además insiste en páginas posteriores: "...pero no siempre es así; incluso no resulta lo mas frecuente. Las posiciones de acreedor y de deudor pueden estar compartidas al mismo tiempo por los diversos sujetos integrantes de la relación obligatoria. Generalmente no se es sólo acreedor o deudor, sino al mismo tiempo deudor y acreedor"⁷.

3. INTERÉS DEL ACREEDOR

En cuando al "interés del acreedor", es posible entender que se trata de un elemento esencial en la distinción y caracterización de la obligación civil.

Sostiene GIORGIANNI que si bien el principio aparece como demasiado genérico para elevarse a regla de consideración general, es posible afirmar que dicho interés es el que corresponde a cualquier derecho subjetivo. En este último caso, siempre la ley presupone la tutela de ese interés; todo lo cual llevará a asimilarlo con el derecho subjetivo⁸.

7 HERNÁNDEZ GIL. *Derecho de obligaciones*, Ed. Ceura, Madrid, 1961, pág. 92; Montes, Cristobal. *La estructura y los sujetos de la obligación*, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág. 137. Hacer saber su disenter con la opinión de Hernandez Gil. Dice: "Las posiciones jurídicas son situaciones caracterizadas por unos concretos datos que sirven para nominarlas y hacer derivar de ellos efectos específicos. Por ejemplo: posición de vendedor, o de comprador. Mientras que las cualidades jurídicas son matizaciones que hacen referencia a aspectos jurídicos teñidos de generalidad y abstracción, bajo esta óptica ser acreedor o deudor supone ostentar una cualidad jurídica igual y constante en su determinaciones básicas para todos los acreedores y para todos los deudores".

8 GIORGIANNI. Ob. cit., pág. 61; Bianca Massimo. *Diritto civile. L'obbligazione*, T. IV, Ed. Giuffre, Milano, 2005 (ristampa aggiornata), pág. 41; Betti, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*, T. I, Ed. R.D.P., trad. José L. De Los Mozos, Madrid, 1969, pág. 54, considera que la exigencia del "interés del acreedor" tiene dos aspectos, por una lado se refiere a los requisitos de la prestación, por otro a la exigencia de la "buena fe" que es requerida tanto en la interpretación como en la ejecución del contrato.

Este interés se une a dos aspectos muy concretos: uno, la necesidad del acreedor; y, el otro, correlativo, la satisfacción de ese deseo. Es el propio contenido de la prestación, como objeto de la obligación, el que puede llevar a satisfacer dichas necesidades, dándose por otra parte en una especie sucesiva de acontecimientos⁹.

El problema que suscita el requisito es determinar si la prueba de la ausencia de interés deja o no sin valor a la obligación. Para una corriente de opinión, con buena recepción entre los autores italianos, la falta de dicho interés hace inexistente el vínculo obligatorio y produce la automática liberación del deudor¹⁰.

Sin embargo, en tiempos más actuales dicha postura ha sido controvertida y, es más, rechazada por algunos autores; todo ello en razón de que pueden darse casos en los que el mentado "interés" no se satisface con la prestación, o que la apariencia de licitud tiene fines ilícitos, o cuando la ineficacia consecuente lleva a resultados injustos y graves.

Como se ha visto, este elemento constituye un requisito de la relación jurídica obligacional, y según el profesor EMILIO BETTI, no se agota en ello su influencia. También se refiere a la exigencia de un comportamiento de "buena fe" que abarca toda la etapa de la relación, tiene origen en su inicio, continúa en la interpretación y culmina en la ejecución del negocio¹¹.

De todos modos y en consideración de dicho elemento, es posible entender que el debate sobre la consideración del contenido del interés no ha llegado a una conclusión precisa y definitiva. Es evidente que el derecho no contempla sólo la satisfacción de intereses económicos, ya que puede darse para fines artísticos, morales, religiosos, o de simple esparcimiento o entretenimiento. Aunque es dable señalar que, a pesar de esa aparente amplitud, la ley pone algunas limitaciones a ello¹².

9 ALPA, Guido. *Manuale de diritto privato*, 5ª edic., Ed. Cedam, Padova 2002, pág. 509. Expone: "L'interesse creditorio esprime il rapporto esistente tra la serie di accadimenti as trattamente soddisfattori et il bisogno del creditore".

10 BIANCA. Ob. cit., T. IV, pág. 41 y 43 quien explica: "L'interesse è un bisogno oggettivamente valutabile, di beni o servizi. L'interesse del creditori è l'interesse che la prestazione è diretta a soddisfare", y más adelante agrega: "Il carattere costitutivo dell'interesse creditorio comporta che l'obbligazione non sorge setale interesse non sussiste o si la prestazione è insuscetibile di soddisfarlo, e inoltre che il venir meno dell'interesse è causa di estinzione dell'obbligazione".

11 BETTI. Ob. cit., T. I, pág. 54.

12 Son numerosos los autores, especialmente entre los nacionales, que ubican la cuestión del contenido patrimonial, no sólo en la prestación sino también sobre el interés del acreedor. Lafaille, Héctor. *Tratado de las obligaciones*, T. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1951, pág. 34; Busso. Ob. cit., T. III, pág. 35; Salvat, Raymundo y Galli, Enrique V. *De las obligaciones en general*, T. I, Ed. Tea, Buenos Aires, 1952, pág. 26; Rezzónico, Luis María. *Estudio de las obligaciones*, T. I, Ed. Depalma, 9ª Edic., Buenos Aires, 1964, pág. 42.

Es razonable que los intereses que la ley protege sean todos aquellos que se encuentren en el terreno de la licitud, encuadrados en la moral y las buenas costumbres, y que merezcan ser tutelados. Por ello se indica que lo son los que la comunidad o la sociedad considera dignos de protección y respeto. Se da como ejemplo la construcción de una edificación para que reste como homenaje a una persona que merece dicho reconocimiento, o a un hecho que se desee recordar. Es evidente que el locador de la obra tendrá derecho a percibir una contraprestación económica, pero el locatario, sea el estado o un particular, satisfarán un interés que carece de dicho colorido¹³.

Creo que allí se centra el objetivo del interés del acreedor, que puede o no ser de sustancia patrimonial, pero merece la protección de la norma.

La ausencia de esa vocación lleva a que la obligación no tenga virtualidad si dicho interés no subsiste, o bien, si la propia prestación no puede satisfacerlo. Como bien lo expone BIANCA: "Il carattere costitutivo dell'interesse comporta che l'obbligazione non sorge se tale interesse non sussiste o se la prestazione è inscettibile di soddisffarlo, o inoltre il venir meno dell'interesse è causa di estinzione dell'obbligazione"¹⁴.

4. PATRIMONIALIDAD DE LA PRESTACIÓN

El problema de la determinación del carácter "patrimonial" o "extrapatrimonial" de la prestación lleva un largo debate y ha merecido discusión y polémica sin haberse arribado a una conclusión satisfactoria y definitiva.

En mi opinión, la controvertida cuestión tiene dos elementos que confunden y han arrastrado a una controversia doctrinaria que hoy mantiene su vigor. Esos elementos son la situación del acreedor y el significado del propio carácter patrimonial de la prestación.

Previo a ingresar en ambos temas, debemos indicar que, como significación dogmática, el contenido patrimonial de la prestación, importa que dicho objeto pueda y deba ser siempre apreciado en dinero¹⁵.

13 BETTI. Ob. cit., T. I, pág. 55. El autor trae los ejemplos de la actividad profesional liberal. Dice que en el caso del médico su tarea es tratar de curar al enfermo; el del abogado buscar el triunfo en los procesos judiciales en la defensa de los intereses de su cliente; o el del docente que desea con fervor transmitir los conocimientos. En todos estos casos el interés que guían a los diferentes actores, carece de valoración económica.

14 LAMARCA MARQUÉS, Albert. *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Ed. Studia Albornotiana, publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, Bologna 2001, pág. 23.

15 BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Ed. La Ley, 13ª. Edic., actualizada por el Dr. Alejandro Borda, Buenos Aires, 2008, pág. 16; Giorgianni. Ob. cit.,

5. TESIS NEGATORIA

Los autores, siguiendo las ideas de IHERING, WINSCHIED y de buena parte de la doctrina francesa, adicionan el interés del acreedor con el objeto, y allí deducen que hay bienes ideales que deben ser protegidos, como los intereses morales, éticos, religiosos, etc.

Allí aparecen los ejemplos que creó IHERING y citan muchos; son los casos: del camarero de hotel que acuerda con su patrón que tendrá libres los días domingos y sin necesidad de concurrir a trabajar; del locatario que pacta con el propietario que cultivará un jardín en el frente de la casa arrendada para su disfrute; y del de la señora anciana enferma que da en locación parte de su vivienda con la condición de que el inquilino no haga sonar música.

En todos los supuestos se afirma que gozar de los domingos sin tener que trabajar, o disfrutar del jardín, o por fin la tranquilidad de la anciana que impide el sonido musical, son bienes que merecen ser tenidos en cuenta por el derecho y su consiguiente protección¹⁶.

Dice DIEZ PICAZO que esta tesis dominó la redacción del Código Civil alemán (1900) ya que ninguna referencia hay sobre la patrimonialidad. A ello suma que en el derecho moderno se suprimió la *litis aestimatio* romana que derivaba todo incumplimiento en el pago de los daños y perjuicios. Hoy debe darse curso a la ejecución específica o *in natura* de todo tipo de obligación, sea de dar, de hacer o de no hacer, lo cual permite sostener dicha postura¹⁷.

También HERNÁNDEZ GIL apoya decididamente esta corriente de opinión, que por otra parte tiene -nos atrevemos a afirmar- un colorido romántico. Piensa que una prestación sin contenido patrimonial puede integrar perfectamente el objeto de una obligación civil y producir las consecuencias previstas, por aquello de que el derecho no solamente tutela intereses económicos, y que la ejecución forzada

pág. 41; Diez Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, T. II, Ed. Civitas, 5ª edic., Madrid, 1996, pág. 83 y sgts.; Cristóbal Montes, Ángel. "¿Es la patrimonialidad un requisito de la prestación?", en Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1990, pág. 623; Verdura Server, Rafael. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Ed. Studia Albornotiana, publicaciones del Real Colegio de España en Bologna, Bologna 1995, pág. 165. Compagnucci de Caso. "Obligación y responsabilidad", en REVISTA NOTARIAL, pág. 2111.

16 IHERING, Rudolf Von. *Tres estudios jurídicos. Del interés de los contratos, y la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias*, Ed. Omeba, Buenos Aires 1947, pág. 9 y sgts.; Hernández Gil, Antonio. "En torno al concepto de obligación", en "Apéndice" del libro: *Derecho de obligaciones*, Ed. Ceura, Madrid, 1983; Busso. Ob. cit., T. IV, pág. 34; Demogue, René. Ob. cit., T. I, pág. 16; Salvat y Galli. Ob. cit., T. I, pág. 23. Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., T. I, pág. 105. Rezzónico. Ob. cit., T. I, pág. 35.

17 DIEZ PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Ob. cit., T. II, págs. 85 y 86.

no es una valla, y, aún más, que la vía de la resolución por incumplimiento es también una solución ante la situación patológica de la relación¹⁸.

Es también similar el pensamiento de SANCHO REBULLIDA y de BELTRÁN DE HEREDIA, quienes ratifican el concepto e insisten en que los efectos jurídicos se anotan con el cumplimiento forzoso específico, o en el pago de los daños y perjuicios ante la imposibilidad material o jurídica en acceder al objeto de prestación prometido¹⁹.

Esa idea tiene una gran difusión en los autores nacionales. Es ya célebre la frase de ALFREDO COLMO, cuando sentencia: “El Código Civil no es un Código de lo económico o de la vida económica”; o los distinguos del profesor PEDRO NÉSTOR CAZEAUX, a quien recordamos con gran afecto. El distinguido jurista enseña que es necesario diferenciar el objeto de los contratos, donde VÉLEZ siguiendo a SAVIGNY, reafirmó el contenido patrimonial del objeto de las obligaciones de fuente extracontractual, donde la ley reconoce la protección de bienes ideales, como la seguridad personal, la intimidad, los afectos, sentimientos, etc. A todo le suma que lo dispuesto en el art. 622 del Código Civil, en el texto de la ley 17.711, que permite el resarcimiento del daño moral en la órbita contractual, incorpora un nuevo elemento para reafirmar la fórmula²⁰.

6. DIFERENCIACIONES NECESARIAS

Antes de continuar con el desarrollo de la tesis que exige que la prestación tenga contenido económico, juzgamos necesario efectuar algunas aclaraciones.

A nuestro entender es importante señalar la esencia o sustrato de la prestación, es decir, cuál es su propio contenido.

Se ha dicho que, tanto en las obligaciones de dar, como en las de hacer o en las de no hacer, el deudor queda obligado al cumplimiento *in natura* o en especie, a fin de poder cumplir con el requisito de identidad en el pago²¹.

18 HERNÁNDEZ GIL, Antonio. “El problema de la patrimonialidad de la prestación”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1960, pág. 273.

19 SANCHO REBULLIDA, Francisco en: Lacruz Berdejo, Antonio y otros. *Elementos del derecho civil*, T. II, v. I, 2da. edic., Ed. Bosch, Barcelona 1985, pág. 62.

20 COLMO. Ob. cit., pág. 23; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., T. I, pág. 108.

21 SALVAT y Galli. Ob. cit., T. II, pág. 264; Busso. Ob. cit., T. V, pág. 477; Boffi Boggero, Luis M. *Tratado de las obligaciones*, T. IV, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973-1988, pág. 75; Cazeaux y Trigo Represas. Ob. cit., T. III, pág. 111; Compagnucci de Caso. “Comentario al art. 741”, en Trigo Represas y Compagnucci de Caso. *Código civil comentado. Obligaciones*, T. II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 253 y sgts; SCBA, en JA 1953- II-8. CNCom. S: A, en LL 1997- C- 645. CNCiv. S: A, en ED 49-473. Id. S: C, en ED 47- 373.

Ahora bien, en los supuestos de incumplimiento, el acreedor mantiene el derecho a reclamar la concreción de ese contenido mediante el ejercicio de las acciones y, consecuentemente, el uso de las vías legales previstas (conf. art. 505 del Código Civil).

Ello se perfecciona utilizando la ejecución forzada directa con la intervención de los órganos de la justicia. Si se trata de una obligación de dar, y el o los objetos se encuentran en el patrimonio del obligado, el reclamante-actor puede pedir que se ordene la entrega y, en caso de que se incumpla lo dispuesto, intervenga un oficial de justicia para concretar la orden.

También en las obligaciones de hacer se sigue igual sendero, ya que si el deudor no cumple la orden judicial no es posible ejercer violencia sobre su persona física y la ley admite la intervención de terceros que van a sustituir la actividad o la conducta del deudor (conf. arts. 505, 625, 626 y 629 del Código Civil).

En las obligaciones de no hacer se puede reclamar la destrucción de lo mal hecho (arts. 633 y 634 del Código Civil).

Finalmente, para todos los casos y como destino final, se arriba al pago de una suma de dinero que, ordinariamente, se indica como indemnización de daños y perjuicios. Ese importe dinerario no es más que un sustituto o subrogado del objeto originario de prestación²².

En este fugaz desarrollo del destino de los incumplimientos, siempre se concluye otorgar al acreedor la prestación en sus distintos matices. Pero es necesario observar que, como síntesis y para todos los casos, el contenido de dicha prestación mantiene su carácter patrimonial. Es por ello que muchos autores, con los que coincidimos, confluyen en el funcionamiento final del resarcimiento del daño: se apoya la patrimonialidad de la prestación²³.

22 BUERES, Alberto J. y Mayo Jorge. "Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación", Revista de Derecho Privado y comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 7 y sgts.; Trigo Represas, Félix A. "Comentario al art. 505", en Trigo Represas y Compagnucci de Caso. Ob. cit., T. I, pág. 86 y sgts.; Lafaille. Ob. cit., T. I, pág. 250; Rezzónico. Ob. cit., T. I, pág. 677. Compagnucci de Caso, Rubén H. Ob. cit., pág. 77. Beltrán de Heredia y Onis Pablo. *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. R.D.P., Madrid, 1990, pág. 43 y sgts.; Cristóbal Montes, Angel. *El incumplimiento de las obligaciones*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 206 y sgts.; Fabre y Magnan, Muriel. *Les obligations*, Ed. Thémis, París 2004, pág. 2.

23 Todo este tipo de obligaciones o sustrato de prestación concluye con un valor económico. Los que se denomina "resarcimiento del daño", no es más ni menos que ese contenido transformado. Resulta un buen ejemplo, la reparación del daño moral, donde el antecedente y causa extrapatrimonial resulta satisfecho mediante un valor económico. Giorgianni. Ob. cit., pág. 38, se muestra crítico y rechaza la asimilación. Dice: "No existiendo correlación entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad del daño producido por el incumplimiento de la obligación de la que aquella constituye el contenido, no se puede en consecuencia situar el fundamento de la necesidad del carácter patrimonial de la prestación en la patrimonialidad del daño...".

De allí deriva el tan difundido criterio que reclama el contenido económico para permitir la determinación del resarcimiento de los daños.

La otra cuestión estriba en diferenciar el interés del acreedor de la propia prestación. No es posible unificar ambas características de la obligación ya que, como se ha señalado, el acreedor puede requerir y buscar satisfacer inquietudes culturales, espirituales, estéticas, religiosas, morales, etc. Este distingo que realizara V. SCIALOJA en la doctrina italiana aparece recogido en el art. 1174 del "Codice", y con buena difusión entre los autores²⁴.

7. TESIS QUE AFIRMA EL CARÁCTER PATRIMONIAL

Para concluir, es imprescindible considerar cómo debe entenderse que la prestación tenga un contenido económico o patrimonial. Al respecto son varias y diversas las ideas que han girado alrededor de ese concepto que, por otra parte, carece de univocidad.

A fin de mostrar un cierto panorama al respecto, analizaremos las ideas de tres juristas que se han ocupado del tema. Comenzaremos con el desarrollo que realiza MASSIMO BIANCA, luego trataremos de sintetizar la precisa concepción de GIORGIANNI, para terminar con la estimable opinión del Dr. GUILLERMO BORDA.

BIANCA entiende que la patrimonialidad de la prestación resulta un requisito previsto en la disciplina normativa, lo que hace necesario e impone su estudio. Agrega que la interpretación de ese requisito puede ser analizada bajo un punto de vista subjetivo u objetivo²⁵.

En el caso de la evaluación subjetiva, se apoya en una consideración económica solamente para la parte, en este caso, el acreedor. Ello ocurre, por ejemplo, en la compraventa cuando se fija un determinado precio a la cosa, o en el caso de la cláusula penal compensatoria que viene a sustituir el valor del daño ante el incumplimiento.

24 Me parece aplicable al derecho privado vigente, la concepción que trae el art. 1174 del "Codice civile italiano". Dice: "La prestazione que forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscetibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale del creditore". Lamarca Marques, A. Ob. cit., pág. 24, juzga acertadamente: "La identificación del interés del acreedor sirve como corolario al requisito de la patrimonialidad de la prestación, enriquece su significado y cierra cualquier posible duda sobre sus características". Giorgi Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, T. I, Ed. Reus, Madrid, 1969, trad. Eduardo Dato Iradier, pág. 202.

25 BIANCA. Ob. cit., T. IV, pág. 78.

Cuando el valor es objetivado se tratará de un simple valor de cambio o de mercado. Para lograr esta interpretación más rígida es dable considerar que ello acaece cuando en un determinado ambiente económico social, sus componentes están dispuestos a realizar un sacrificio económico para obtener la ventaja de la prestación²⁶.

Como síntesis, afirma que el requisito de la patrimonialidad, impuesto por la ley, no viene a sancionar una especie de prohibición, sino que delimita la figura de la obligación. Por ello cualquier relación de carácter extrapatrimonial queda fuera de la noción de obligación civil²⁷.

El profesor GIORGIANNI, desecha la posibilidad de que el precio en la compra o la inclusión de una cláusula penal hagan o transformen el carácter no patrimonial de una obligación, ya que ello haría a la valoración del interés del acreedor, y no a su objeto²⁸.

Concluye que la patrimonialidad es un elemento de carácter objetivo que debe ser juzgado según el ambiente jurídico social en que se realiza. Dicha patrimonialidad aparece cuando las personas en ese tiempo y en esas circunstancias, se encuentran dispuestas a realizar un sacrificio económico para gozar de los beneficios de la prestación²⁹.

El ejemplo de la actividad profesional es más que ilustrativo. En el derecho romano no se reconocía que la energía intelectual de un hombre podría ser valorada pecuniariamente. De allí, aquello de los "honorarios" que se diferenciaban de los "salarios", ya que los primeros eran sólo la compensación al honor. Hoy pareciera que no se discute que las energías físicas o jurídicas, por lo menos, en las sociedades conocidas, tienen por sí una valoración económica digna, de consideración.

En la opinión del Dr. GUILLERMO BORDA, el art. 1169 del Código Civil, cuando establece que el objeto de los contratos consiste en la entrega de una cosa o en el cumplimiento de un hecho "susceptible de apreciación pecuniaria" dirime la cuestión y se inclina por la exigencia de dicha cualidad a la propia obligación³⁰.

26 BIANCA. Ob. cit., T. IV, pág. 80.

27 *Ibidem*.

28 GIORGIANNI. Ob. cit., pág. 43. Sobre la posibilidad de que la prestación por virtud de una cláusula penal reciba de reflejo el carácter patrimonial, Giorgianni produce un razonamiento digno de consideración. Dice que es necesario diferenciar dos problemas, uno, el de la jurisdicción de la obligación y, otro, el de su patrimonialidad. Entiende que muchos deberes no jurídicos pueden generar perjuicios, por ejemplo, la invitación a cenar de alguien que llegado el momento de pagar, dice carecer de dinero y obliga al invitado a cumplir. Por ello entiende que la contraprestación dineraria o la cláusula penal no alteran la propia prestación, sino que le dan colorido jurídico a la relación.

29 GIORGIANNI. Ob. cit., pág. 45.

30 BORDA. Ob. cit., T. I, págs. 11 y 12.

Según su pensamiento es posible diferenciar entre la prestación y el objeto de la obligación. En este último caso es donde pone el acento del contenido económico, siendo que, para el recordado jurista, el interés que la ley protege puede tener otros fines, como los culturales, artísticos, religiosos, etc.

Concluye su pensamiento con la cita de GIORGIANNI, coincidencia en esencia con las ideas del jurista italiano³¹.

Consideramos que los tres eminentes juristas que trajimos como referencia, mantienen una cierta unidad en lo central del pensamiento, aunque se pueden notar ciertos matices en algún detalle que los diferencia. Encierra alguna dificultad mostrar disentimientos o sumar algún concepto novedoso.

Lo importante de colocar el acento en el carácter patrimonial de la prestación está en la posibilidad de encuadrar esta tipología en lo admitido y permitido por la legislación. A todo ello, sumamos que, los derechos personales están encuadrados dentro del derecho privado patrimonial, cuestión que no ofrece duda ni merece controversia.

8. CONCLUSIÓN Y EPÍLOGO

Recuerdo que en el año 1980, participé con un trabajo en la Revista Notarial, junto a otros jóvenes profesores de la Universidad Nacional de La Plata.

La monografía tenía un título ambicioso: "Obligación y responsabilidad", título que fue sugerido por el Dr. JUAN CARLOS SMITH, quien nos había convocado para esa oportunidad. Dichos trabajos fueron escritos y, luego, expuestos en charlas públicas en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

La Dra. ELVIRA YORIO, quien fue distinguida directora de la Revista, tuvo hoy la deferencia, que mucho agradezco, de invitarme a ampliar lo ya dicho hace más de treinta años, y de esa manera completar lo ausente y corregir lo mal hecho.

Es por ello que el tema sobre la "patrimonialidad de la prestación" mantiene alguna continuidad con el de antaño y, en cierta medida, sirve para el reencuentro con los amigos y recordar otros tiempos.

31 BORDA. Ob. cit., T. I, pág. 12.

Nulidad de asambleas en la propiedad horizontal

Marina Mariani de Vidal

SUMARIO: *I. Introducción. II. Las asambleas en la propiedad horizontal. II.1. Principios generales. II.2. Requisitos de validez de las decisiones assemblearias. II.3. Nulidad de las asambleas II.4. Plazo para deducir la acción de nulidad. III. Solución que propiciamos: plazo aplicable a la acción de nulidad y punto de partida de su cómputo. IV. Un fallo reciente*

I. INTRODUCCIÓN

La propiedad horizontal¹ es un derecho real creado por la ley 13.512² que amalgama, en una unión inescindible y respecto de un inmueble edificado, un derecho exclusivo sobre ciertos sectores funcionalmente independientes y un derecho indiviso y común sobre otros (concretado en una cuota parte, parte indivisa o “porcentual”). Este último existe para posibilitar el completo ejercicio del primero, respecto del cual reviste la calidad de accesorio (arg. arts. 1º, 2º y 3º, ley 13.512)³.

Constituye un derecho real sobre cosa propia, principal y que se ejerce por la posesión.

Se trata de una figura *sui generis* que combina dos formas jurídicas distintas (dominio y condominio), cuya unidad de destino las reúne en un todo indivisible⁴. Al respecto, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden que se trata de un derecho real autónomo, dadas sus particularidades y su régimen especial. No obstante, otro criterio sostiene que, si bien constituye un sistema con características propias, sustancialmente es un dominio que “se integra” (en función de lo dispuesto en el art 3º de la ley) con un condominio de indivisión forzosa, sistema que encuadra en los principios generales del Código Civil referidos a estos dos derechos reales, que no alcanzarían a desnaturalizar las normas de la ley 13.512⁵.

El derecho relativo a las partes exclusivas se encuentra sometido a importantes restricciones, justamente en virtud de su inescindibilidad con el que asiste respecto de las partes comunes, según lo establecido en el art. 3º de la ley y la convivencia de derechos de distintos titulares dentro del mismo edificio.

Para que puedan originarse los distintos derechos de propiedad horizontal en relación a un edificio es indispensable que exista con anterioridad el

1 Así denominada comúnmente por oposición a la “propiedad vertical” romana, que se extiende “desde el cielo hasta el infierno”.

2 Nuestro Código Civil fue la primera ley en el mundo que prohibió expresamente la propiedad horizontal, a través de su art. 2617. Precisamente, al alumbrar la nueva figura, la ley 13.512 dispuso derogar la norma prohibitiva (conf. art. 18).

3 MARIANI de VIDAL, M. *Derechos Reales*, t. 2, Buenos Aires, 2010, pág. 261 y sgts. Mariani de Vidal, M. y Abella, A. “Propiedad horizontal. El consorcio dueño de unidades funcionales”, *El Derecho*, supl. diario del 19/8/2004; Abella, A. *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, 2008, pág. 460.

4 Conf. RACCIATTI, H. *Propiedad por pisos o departamentos*, Buenos Aires, 1958, pág. 37.

5 En ese sentido LAQUIS, M. y Siperman, A. *La propiedad horizontal en el derecho argentino*, Buenos Aires, 1966, págs. 26/31. También un antiguo fallo: CNCiv., Sala C, 16/7/54, JA-1954-III-312.

llamado “estado de propiedad horizontal”, al que se arriba con la redacción a través de una escritura pública y la inscripción del Reglamento de Copropiedad y Administración⁶ en el Registro de la Propiedad Inmueble (requisito exigido por el art. 9º de la ley 13.512). El reglamento ha de regir la vida del sistema en el respectivo edificio: “Los escribanos (...) no autorizarán escrituras públicas de constitución o traspaso de dominio u otros derechos reales sobre pisos o departamentos, si no se hubiese inscripto previamente el Reglamento de Copropiedad y Administración en el Registro de la Propiedad o no se lo presentase en ese acto para ser inscripto simultáneamente con el título” (art. 24, Dec. 18.734/49, reglamentario de la ley 13.512).

El “estado de propiedad horizontal” deja el inmueble en condiciones para que puedan nacer los distintos derechos de propiedad horizontal que coexistirán en el inmueble afectado. Para ello será necesario que concurra, en cada caso, alguno de los modos enumerados en el art. 2524, incs. 4, 6 y 7 CC.

A dichos modos, la jurisprudencia ha añadido otro: la partición en especie de un condominio o una comunidad hereditaria⁷. Esta situación aparece cuando las características físicas del inmueble lo hacen susceptible de ser sometido al régimen de la ley 13.512, vale decir, que puede ser dividido en unidades con independencia funcional y salida a la vía pública, directamente o por pasaje común. Si uno de los comuneros solicitara la partición en especie sobre la base de lo dispuesto en el art. 3475 bis, CC, en caso de accederse a ello, cada comunero recibiría una o varias unidades de propiedad exclusiva como representativa/s de su porción ideal, con el accesorio inescindible de un porcentual sobre las cosas comunes respecto de cada una de ellas (arts. 2º y 3º, ley 13.512). Subsistiría la comunidad respecto de las cosas comunes del edificio y, entonces, cabría objetar que el condominio no aparecería extinguido o liquidado totalmente.

La jurisprudencia concluye, por el contrario, que existe tal extinción, pues el condominio forzoso sobre las partes comunes constituye un orden secundario y accesorio de relaciones⁸ (art. 3º, ley 13.512). No obstante, se ha negado la aludida posibilidad en el caso de que las unidades resultantes de la división

6 Ver SABENE, S. *Registro catastral*, Buenos Aires, 2013, págs. 52, 90 y sgts. A los fines de dicha inscripción (con arreglo a lo establecido por el art. 4º del Dec. 18.734/49) el reglamento debe presentarse al Registro de la Propiedad Inmueble juntamente con un plano extendido en tela, confeccionado por profesional competente y aprobado y registrado en el organismo catastral, que constituirá la representación cartográfica por la cual se subdivide el inmueble a los fines de afectarlo al régimen de la Ley 13.512. En él constará la mensura de las diversas unidades funcionales y/o complementarias, y las partes comunes que integren el edificio.

7 Al respecto ver MARIANI DE VIDAL, M. Ob. cit., pág. 272 y sgts.

8 Conf. CNCiv., sala A, LL-88-355; Sala B, LL-93-113.

física tuvieran un valor significativamente desigual, pues ello implicaría obligar a quien recibiera la (o las) unidad/es más valiosa/s a compensar en dinero al adjudicatario de la de menor valor, lo cual no resulta pertinente (art. 1324, inc. 1, CC)⁹.

Al aproximarnos al objeto de este estudio, señalamos que, al regular lo relativo al reglamento de copropiedad y administración, el art. 9º de la ley exige como cláusula obligatoria que en él se consigne “la forma de convocar la reunión de los propietarios en caso necesario, la persona que presidirá la reunión, las mayorías necesarias para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones, no tratándose de los casos en que en esta ley se exige una mayoría especial”. Concordantemente, el art. 3º del decreto reglamentario dispone que el reglamento “deberá proveer sobre las siguientes materias: (...) 8) forma y tiempo de convocación a las reuniones ordinarias y extraordinarias de propietarios, persona que las preside, reglas para deliberar, quórum, mayorías necesarias para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones, cómputo de los votos, representación”.

II. LAS ASAMBLEAS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

II.1. Principios generales

Resulta de las disposiciones de la ley que, a fin de administrar y gestionar las cosas comunes, los titulares deben actuar colectivamente, en conjunto, y no pueden expresar su voluntad en forma individual, sino dentro de reuniones o asambleas, cuyas resoluciones (surgidas de mayorías especiales establecidas legal o estatutariamente) obligan a los ausentes y disidentes (art. 10, ley 13.512). Sin perjuicio de ello, la ley impone un régimen particular de administración del edificio y obliga a colocar a un administrador al frente de esa administración (art. 9º, incs. a) y b) ley 13.512).

Para quienes aprecian al consorcio como una persona jurídica¹⁰, la asamblea es el órgano deliberativo supremo a través del cual los propietarios, como miembros integrantes de ella, ejercen su derecho a participar en la administración común a fin de integrar y establecer la voluntad colectiva.

Quienes niegan esa personalidad afirman que aunque los condóminos deban reunirse para resolver acerca de los asuntos que afectan el interés común

9 Conf. CNCiv., Sala C, 14/10/99, LL, fallo 100.488, supl. diario del 3/7/2000.

10 Este no es el lugar adecuado para detenerse en la polémica relativa a la personalidad jurídica del consorcio. Basta resaltar que el criterio ampliamente mayoritario se inclina por aceptarla.

de todos ellos, esto es así, no porque esa reunión configure un órgano de una persona jurídica diferenciada, sino porque tal reunión es impuesta a ellos por la ley como un aspecto del modo específico de administrar y conservar las cosas y servicios comunes al cual deben someterse los consortes y, en consecuencia, las facultades de la asamblea no van más allá de esa gestión y administración¹¹.

Las atribuciones y funcionamiento de la asamblea deben determinarse en el Reglamento de Copropiedad (conf. art. 9º inc. d), ley 13.512 y art. 3º, inc. 8, decreto reglamentario)¹².

Las resoluciones que la asamblea toma, cuando ha sido válidamente constituida y se ha ajustado (en punto a competencia y mayorías) a las prescripciones estatutarias y legales, obligan inclusive a los ausentes y disidentes, aunque ello sólo será así respecto de las surgidas de su seno. Para que la voluntad del mayor número sea considerada voluntad común es necesario que ella se manifieste en una asamblea, toda vez que el art. 10 de la ley 13.512 exige la "previa deliberación de los copropietarios".

En ese sentido, la jurisprudencia tiene resuelto que la reunión de los copropietarios en asamblea, para tomar decisiones, no estructura un recaudo puramente formal que pueda suplirse con la adhesión individual de cada uno de aquellos a la resolución proyectada (por ejemplo, por la vía de una circular a la que adhieren los copropietarios)¹³: cada copropietario debe sopesar su voto después de una amplia y libre discusión¹⁴.

11 Conf. CNCiv., Sala A, 5/4/1984, ED-120-405; Sala F, 9/4/90, LL-89-245. Este criterio no se ha reiterado en la jurisprudencia.

12 La ley uruguaya (art. 18), chilena (arts. 12 a 16) y el Código Civil y Comercial Italiano de 1942 (arts. 1135 a 1137) reglamentan en forma más o menos detallada lo relativo a las asambleas, que nuestra ley deja librado a la convención. Mas ha de advertirse que, en esos regímenes, el reglamento de copropiedad es facultativo y no obligatorio (en el Código italiano sólo es obligatorio cuando el número de copropietarios supera los diez), como sí lo es en nuestro sistema.

13 Conf. CNCiv., sala C, 20/6/95, LL, supl. diario del 20/8/96, f. 94.632; sala D, 7/2/64, ED-6-985; sala E, LL-148-655 (29.383-S). El art. 2000 del proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012 prescribe, con criterio diferente, que: "Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea".

14 Conf. HIGHTON, E. *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, 2ª edición, pág. 638; Benderski, M. "Las asambleas de propietarios en el régimen de propiedad horizontal", LL-92-868; Lambois, S. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, obra colectiva dirigida por Bueres, A. y coordinada por Highton, E., 2ª ed., t. 5B, pág. 407; Mariani de Vidal, M. Ob. cit., pág. 326. No obstante, la interpretación debería flexibilizarse si se tratara de edificios de pocas unidades (a veces sólo dos) cuyos propietarios no tienen la costumbre de reunirse en asamblea y las resoluciones (v.gr., de modificación del reglamento de copropiedad, se formalizan directamente en la escritura pública de reforma, presumiendo la existencia de una deliberación que condujo a que se volcara

La asistencia a las asambleas es un derecho-deber que incumbe a los integrantes del consorcio¹⁵, deber recíproco de colaboración y solidaridad que los obliga a interesarse en la gestión de los asuntos comunes, aunque la realidad demuestre que ello no siempre es así¹⁶.

Finalmente, cabe señalar que el art. 26 del decreto 18.734/49, reglamentario de la ley 13.512, dispone que

Las decisiones que tome el consorcio de propietarios conforme al art. 10 de la ley 13.512 se harán constar en actas que firmarán todos los presentes¹⁷ (...) El Libro de Actas será rubricado por (...) Todo propietario podrá imponerse del contenido del libro y hacerse expedir copia de las actas, la que será certificada por el representante de los propietarios o por la persona que éstos designen. Las actas podrán ser protocolizadas.

A su turno, el art. 28 del citado decreto establece que "Las decisiones que tome válidamente la mayoría de propietarios serán comunicadas a los interesados ausentes por carta certificada"¹⁸. No obstante, el reglamento podría prever otras formas de notificación, ya que lo que interesa es que se haga conocer las decisiones y que ello pueda ser acreditado en cada caso.

En ese orden, el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 dispone: "Actas. (...) Debe labrarse acta de cada asamblea en el libro respectivo (...) Al pie de cada acta, el administrador debe dejar constancia de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y de las eventuales conformidades expresas".

en el instrumento público y se suscribiera por todos los copropietarios lo decidido en definitiva). En ese sentido, el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012, en su art. 2000, establece, como dije, que "Son igualmente válidas las decisiones tomadas por voluntad unánime del total de los propietarios aunque no lo hagan en asamblea".

15 Conf. GABÁS, A. *Manual teórico práctico de propiedad horizontal*, Buenos Aires, 1991, pág. 325.

16 Conf. MARIANI DE VIDAL, M. y Abella, A. "Algunas reflexiones sobre las asambleas en la propiedad horizontal", en *Estudios de Derechos Reales*, Jurisprudencia Argentina, Número Especial, 2010-IV, pág. 9.

17 Como las actas no se extienden corrientemente en el momento de realización de la asamblea, es costumbre que se aplique el régimen previsto en la ley 19.550 para las sociedades anónimas: se designa en la asamblea (el punto debe figurar en el orden del día) a dos copropietarios para que suscriban el acta una vez confeccionada y los asistentes firman al margen del libro de actas para que quede constancia de su asistencia.

18 La notificación debe llevarse a cabo de forma tal que luego pueda acreditarse su recepción. Por ello ha de practicarse en la unidad o, si se trata de propietarios que no la habitan, en el domicilio constituido al efecto en función de lo establecido en el art. 3º, inc. 10 del decreto reglamentario de la ley 13.512.

II.2. Requisitos de validez de las decisiones asamblearias

La regularidad de la asamblea y la fuerza vinculante de sus decisiones impone la concurrencia de los requisitos establecidos por la ley y el reglamento de copropiedad y administración que rija en cada edificio.

Las exigencias para que la asamblea produzca decisiones válidas son: convocatoria, orden del día, quórum y mayoría.

La *convocatoria* debe ser circunstanciada e indicar indicando específicamente el día, la hora y el lugar de la reunión, como así también debe ser formulada con debida anticipación.

También determinará en forma concreta los asuntos que se tratarán en la reunión (*orden del día*). Los asuntos no mencionados (corrientemente cobijados bajo el rótulo de "varios", o "los que los copropietarios consideren", etc.) no son susceptibles de arrojar una decisión vinculante¹⁹, pues el consorcista decidirá su asistencia, conforme a los asuntos a tratar indicados en el orden del día y si su opinión pudiera eventualmente influir en el resultado²⁰.

El *quórum* es la cantidad de copropietarios que deben estar presentes para que la asamblea pueda *deliberar* válidamente. El quórum debe estar previsto en el reglamento de copropiedad (art. 3º, inc. 8º, reglamento). No obstante, el quórum no está enteramente librado a las previsiones reglamentarias pues, como la mayoría en la propiedad horizontal se cuentan sobre la totalidad de los copropietarios y no sobre los presentes, resulta que el quórum deberá, al menos, coincidir con las mayorías necesarias para resolver cada asunto o ser superior²¹.

Las previsiones contenidas en algunos reglamentos que prevén un quórum único para todas las asambleas (sin ponderar los asuntos a tratar) o, peor aun, las que determinan (probablemente inspiradas en el régimen de las sociedades anónimas) una segunda convocatoria, respecto de la que se establece que "se celebrará con los copropietarios que concurren", son nulas y las decisiones que sobre esa base se adopten correrán la misma suerte si no se respeta el quórum y las mayorías legales. Ello es así porque el régimen de los requisitos asamblearios y las mayorías requeridas en cada caso están previstos por la ley 13.512 con carácter estatutario. De tal modo (regulada la cuestión por la ley específica), no funcionará la analogía y no será posible recurrir al régimen de las asambleas de las sociedades anónimas²².

19 Podrán tratarse, pero lo que se resuelva será sólo a título de "recomendación" y carecerá de efecto vinculante.

20 Conf. CNCiv., Sala D, ED-16-343; Laquis, M. y Siperman, A. Ob. cit., pág. 119.

21 Conf. CNCiv., Sala B, LL-141, fallo 66.208.

22 Ver MARIANI DE VIDAL, M. Ob. cit., págs. 329/331.

Las *mayorías* serán las que fije el reglamento, que nunca podrán ser inferiores a las establecidas en la ley para cada caso. Las mayorías establecidas por la ley 13.512 pueden ser agravadas por el reglamento, pero nunca disminuidas²³. Cabe reiterar que las mayorías en la propiedad horizontal se computan sobre *todos* los copropietarios y no sobre los presentes en la asamblea de que se trate.

II.3. Nulidad de las asambleas

Cuando no se satisfagan aquellos requisitos y existan defectos en su faz *constitutiva* (relativos a la convocatoria circunstanciada y al orden del día, fehacientemente notificados a los copropietarios), *deliberativa* (inobservancia del quórum y mayorías, o del procedimiento legal y reglamentario²⁴) o *resolutiva* (adopción de decisiones ilegales o antirreglamentarias, irrazonables, abusivas o arbitrarias, ajenas a la competencia de la asamblea, de objeto ilícito o imposible, o contrarias al orden público o a las buenas costumbres²⁵), cualquiera de los copropietarios disidentes o ausentes (si no ha consentido la resolución en forma expresa o tácita²⁶) puede requerir judicialmente que se decrete su nulidad, siempre que le asista un interés serio y legítimo, traducido en un perjuicio patrimonial o moral, ya que no corresponde hacer lugar a la nulidad por la nulidad misma²⁷.

A esta altura, importa advertir que ni la ley 13.512, ni su decreto reglamentario, contienen previsión alguna referida a la nulidad de las asambleas, y se consideran de aplicación al respecto, como regla general, las disposiciones del Código Civil vinculadas con la nulidad de los actos jurídicos.

El sujeto pasivo de la acción es el consorcio de propietarios y no puede intentarse contra uno solo de estos²⁸, ya que la resolución de la asamblea

23 Sobre las distintas mayorías exigibles ver MARIANI DE VIDAL, M. *Derechos Reales*, vol. 2, págs. 331/333.

24 Conf. HIGHTON, E. *Propiedad horizontal y prehorizontalidad*, 2ª edición, pág. 655. Así, si existió error en la votación por la formulación confusa de mociones, o violencia física o moral enderezada a obtener determinados resultados, fraude en el cómputo de votos, etc.

25 *Ibidem*.

26 Por ejemplo, si se ha designado administrador sin contentar las mayorías requeridas por la ley o el reglamento de copropiedad, pero el copropietario que intenta cuestionar la regularidad de ese nombramiento lo ha consentido tácitamente, abonando sus expensas a dicho administrador.

27 CNCiv., Sala L, 6/3/2002, ED, supl. diario del 20/12/2002; Sala D, LL-131-1096 (17.668-S); Sala F, 1/10/2004, DJ, 2004-3-133; Zannoni, E. (Director) y Kemelmajer de Carlucci, A. (Coordinadora). *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado* (obra colectiva), t. 11, Buenos Aires, 2010, pág. 691.

28 Conf. CNCiv., Sala I, 19/11/92, LL, supl. diario del 3/5/94, f. 92.152.

constituye la manifestación de una voluntad distinta de la de cada uno de los comuneros²⁹. La notificación de su inicio debe ser practicada en la persona del administrador y el trámite discurrirá por la vía de los procesos de conocimiento.

Tal nulidad tiene, en principio, carácter relativo, por lo que es susceptible de ser confirmada en forma expresa o tácita³⁰. La confirmación puede resultar de un reconocimiento expreso de quien se encuentra legitimado para solicitar la nulidad, así como también cuando se deja transcurrir el tiempo establecido por el reglamento o la ley sin impugnarla o se realiza actos que impliquen consentir tácitamente lo decidido en el acto asambleario irregular³¹.

Una asamblea puede ser confirmada por los copropietarios, por medio de otra asamblea posterior, siempre que no se afecten los derechos de terceros (art. 1065 del CC)³².

No obstante, se ha sostenido que la inobservancia de las mayorías legales o reglamentarias -que son inderogables- genere un vicio que tiña a la decisión de nulidad absoluta, por lo cual resulta no susceptible de confirmación³³.

II.4. Plazo para deducir la acción de nulidad

En primer lugar, cabe advertir que la doctrina y la jurisprudencia aceptan que en el reglamento de copropiedad se establezca un plazo de caducidad para impugnar las decisiones de la asamblea.

Este plazo puede ser breve (claro que no tan breve como para tornarlo en irrazonable) y generalmente se lo fija en tres meses, inspirándose en lo dispuesto para las sociedades anónimas por el art. 251 de la ley 19.550.

Ello resulta adecuado, pues la caducidad, a diferencia de la prescripción³⁴, puede resultar de la convención de los particulares³⁵, siempre que no se encuentre comprometido el orden público, y en la especie entendemos que no lo

29 Conf. HIGHTON, E. Ob. cit., pág. 657; Mariani de Vidal, M. y Abella, A. Ob.cit., loc. cit.

30 Conf. HIGHTON, E. Ob. cit., pág. 655; Lafaille, H. y Alterini, J. H. *Tratado de los derechos reales*, t. VI, 2ª edición, pág. 251; Llambías, J. J. y Areán, B. *Código Civil Anotado*, t. IV-C, Buenos Aires, 2012, pág. 2739; Zannoni, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. Ob. cit., pág. 692; Mariani de Vidal, M. y Abella, A. Ob. cit., loc. cit.

31 Conf. CNCiv., sala A, ED-8-562. Así se ha resuelto que el pago de las expensas comunes efectuado por los consorcistas al administrador produce la confirmación de su designación y purgar el vicio que la invalidaba: CNCiv., Sala D, 8/10/68, JA 1969-4-393.

32 CNCiv., sala A, ED-21-228.

33 Conf. ALTERINI, J. H. "Asambleas, nulidad y mandato, un nuevo planteamiento sobre un tema polémico", JA-1969-IV-304; Laquis, M. "La validez de las asambleas y el mandato tácito en la ley 13.512", LL-133-650.

34 Conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/8/1989, DJ-1990-I-778.

35 Conf. LLAMBIAS, J. J. *Tratado de Derecho Civil*, "Parte General", 11ª edición, t. II.

está, pues el plazo de impugnación de las decisiones asamblearias no se halla siquiera contemplado en la ley 13.512. Este es un tema que escapa a los principios estatutarios previstos legalmente respecto de la propiedad horizontal. Cabe recordar que no todas las normas relativas a los derechos reales son de orden público³⁶.

Mas si el reglamento no contiene, que es lo que de ordinario sucede, previsión sobre el punto, se hace necesario determinar dentro de qué plazo podrá requerirse la nulidad de lo resuelto en la asamblea frente al silencio que guarda la ley 13.512.

Al respecto se han propiciado distintas soluciones en la doctrina y la jurisprudencia:

a) Se debe recurrir, por analogía (art. 16 CC), al plazo que fija el art. 4023, CC, para intentar la nulidad de los actos jurídicos; salvo que existan vicios del consentimiento. En ese caso, la prescripción será de dos años (art. 4030 CC)³⁷, ello, en tanto la decisión asamblearia configura un acto jurídico (art. 944 CC). Desde esta óptica, señalan algunos autores que, en las hipótesis de nulidad absoluta (por ejemplo, caso de la inobservancia de las mayorías legales o reglamentarias³⁸), la acción resultaría imprescriptible.

Sin embargo, en forma prácticamente unánime (aun por parte de quienes propugnan la aplicación de este plazo³⁹), se admite que un término tan extenso conspira contra el desenvolvimiento del sistema, toda vez que genera una dilatada incertidumbre acerca de la estabilidad de las decisiones asamblearias, lo que no se compadece con el ritmo dinámico de la vida consorcial y conspira contra la seguridad jurídica.

b) "...será el juez, en cada caso concreto y ponderando la naturaleza del asunto, quien resolverá sobre la oportunidad o extemporaneidad de la impugnación, considerando particularmente que un plazo prudencial oscilaría entre 30 y 90 días desde la fecha de la asamblea, pero nunca dicho término puede superar un año"⁴⁰.

36 ALLENDE, G. *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, 1967, págs. 19, 65 y sgts. Nuestro inolvidable maestro consigna en su clásica definición del derecho real que las normas que lo regulan son sustancialmente -no absolutamente- de orden público.

37 Conf. CNCiv., Sala D, 7-10-91, Jurisp. Cám. Civ., Isis, n° 1997; Sala I, 2-7-91, Jurisp. Cám. Civ., Isis, n° 1837; Highton, E. Ob. cit., págs. 656/657; Lafaille, H. y Alterini, J. H. Ob. cit., n° 2371; Llambías, J. J. y Areán, B. Ob. cit., t. IV-C, pág. 2751; Zannoni, E. y Kemelmajer de Carlucci, A. Ob. cit., págs. 691/692.

38 Conf. autores citados en nota 20.

39 *Ibíd.*

40 Conf. GABÁS, A. Ob. cit., pág. 334; CNCiv., Sala A, 31/10/94, LL-1995-D-363.

c) La acción de nulidad caduca a los treinta días hábiles desde la finalización de la asamblea⁴¹.

d) El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 determina que “El derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea caduca a los treinta (30) días contados desde la fecha de la asamblea” (art. 2060 CC).

Se observa que el proyecto se ha hecho cargo del problema y lo contempla específicamente, descartando la aplicación del plazo genérico del art 2562, inc. a). La norma no formula distinción alguna vinculada con las cuestiones involucradas en la decisión.

Cabe advertir que el plazo de treinta días (que serán corridos, de conformidad con su art. 6º) luce demasiado breve, no sólo porque en la decisión podrían hallarse comprometidas cuestiones complejas vinculadas con el derecho de propiedad de los consortes, sino también, y especialmente, atendiendo a su punto de arranque.

Remitimos a lo que desarrollaremos luego respecto de esta última cuestión. Sólo advertimos aquí que, para comenzar el cómputo del plazo genérico de dos años previsto en el proyecto por su art. 2562, inc. a) (respecto de la declaración de nulidad relativa, de revisión y de inoponibilidad de actos jurídicos), se parte del conocimiento o la posibilidad de conocimiento del vicio por el impugnante (art. 2563), extremo del que se prescinde en el art. 2012.

e) En el derecho comparado, pueden encontrarse disposiciones que fijan plazos breves de impugnación. Así, en el derecho uruguayo se ha recurrido por analogía al régimen de las sociedades anónimas, y se lo ha acotado a *noventa días*; la ley 675 de Colombia, en su art. 49 lo limita a los *dos meses* “siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta”⁴².

Asimismo, en España, la ley 49/1960 (según ley 8/1999) dispone que la acción caducará a los *tres meses* de adoptarse el acuerdo por la junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año (art. 18, inc. 3).

El Código Civil y Comercial Italiano de 1942 establece un plazo de treinta días (art. 1137). La ley francesa de 1965, por su parte, lo fija en dos meses (art. 42).

41 Conf. CCiv. Com. Minas, Paz y Trib., Mendoza, 5ª, 26/5/2006, citado por Llambías, J. J. y Areán, B. Ob. cit., pág. 2753.

42 Destacamos el último párrafo, por lo que diremos más adelante.

III. SOLUCIÓN QUE PROPICIAMOS: PLAZO APLICABLE A LA ACCIÓN DE NULIDAD Y PUNTO DE PARTIDA DE SU CÓMPUTO

En primer término, estamos de acuerdo con la posibilidad de establecer plazos breves de caducidad en el reglamento de copropiedad y administración. Se trataría de una caducidad convencionalmente prevista, posibilidad totalmente legítima. Entendemos que no es esta una cuestión que comprometa el orden público de los derechos reales, ni las normas estatutarias de la propiedad horizontal, como si la ley 13.512 omitiera referirse a ella.

Mas la mayoría de los reglamentos soslayan aquella previsión, con lo que, planteado el caso, se hace necesario resolverlo (art. 15, CC) sin contar con un precepto que, en el régimen autónomo de la propiedad horizontal, contemple el intrínquilis.

Una posibilidad es recurrir por analogía a la norma que el art. 4023, CC destina a la acción de nulidad de los actos jurídicos (tal la calificación que merecería una decisión asamblearia -art. 944-). Pero unánimemente se reconoce que el término allí consagrado (diez años) resulta irrazonable e incompatible con el desenvolvimiento de la vida consorcial, que se vería perjudicada por la inseguridad que se proyectaría sobre la estabilidad de las decisiones asamblearias durante tan dilatado plazo.

Formulamos entonces el siguiente razonamiento: la propiedad horizontal es un derecho autónomo y el consorcio es una persona jurídica (al menos, en el criterio de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria). No es posible resolver el tema dentro del ámbito de las normas de la ley, pues el régimen que ella organiza no brinda solución especial alguna; se impone, por consecuencia, la aplicación analógica de otra normativa.

Entonces, nos preguntamos: ¿por qué deberá recurrirse a una normativa que *ab initio* se reconoce como inconveniente e incompatible con el sistema ideado por la ley 13.512?

Consideramos más adecuado, por eso mismo, indagar acerca de la existencia de otros preceptos que puedan funcionar por analogía y que permitan resolver la “laguna” de manera que se contente el dinamismo propio de la vida consorcial.

Tal indagación nos conduce al art. 251 de la Ley de Sociedades Comerciales⁴³, pues, en efecto, la similitud sería importante, ya que en ambos casos (el del consorcio de propietarios y el de la sociedad anónima) se trata de decisio-

43 Dice el art. 251 citado que “La acción (de impugnación de la decisión asamblearia) se promoverá contra la sociedad, por ante el juez de su domicilio, dentro de los tres meses de clausurada la asamblea”.

nes adoptadas en el seno de la asamblea de una persona jurídica; decisiones que, en ambas hipótesis constituyen actos jurídicos. No puede negarse que en las asambleas de una sociedad anónima pueden ser ventilados temas superlativos y de enorme proyección económica, equivalentes en envergadura a los vinculados con el régimen de la propiedad inmobiliaria.

Cabe recordar que, en otros temas no previstos en la ley 13.512 (tal, por ejemplo, el referido a las sentencias pronunciadas contra el consorcio y su efecto de cosa juzgada respecto de los consorcistas), se predica recurrir al art. 56 de la Ley de Sociedades Comerciales⁴⁴.

Otra cuestión es determinar el comienzo del cómputo del plazo. Ya dijimos que el art. 28 del decreto reglamentario de la ley 13.512 obliga a notificar las decisiones asamblearias (la directiva, por otra parte, aparece incorporada expresamente en gran cantidad de reglamentos de copropiedad).

Frente a esta exigencia específica, el juego analógico del régimen de las sociedades anónimas debe flexibilizarse a fin de compatibilizarlo con las normas especiales del régimen de la propiedad horizontal. Es del caso señalar que, aun respecto de aquellas, se preconiza la necesidad de conocimiento por parte del accionista⁴⁵.

Además, la experiencia (al alcance de cualquiera) indica que suelen transcurrir algunos días (a veces, bastantes) antes de que se confeccione, se firme el acta de la asamblea y sus conclusiones sean notificadas a los copropietarios, como lo manda el art. 28 del decreto reglamentario N° 18.734/49.

Es cierto que los disidentes que han asistido y votado en la asamblea quedarán notificados en la "fecha de su clausura". Pero, ¿cómo podrían los ausentes objetar o consentir una decisión que no conocen? Sería irrazonable y contrario a una elemental lógica atenerse literalmente a la "fecha de clausura" de la asamblea (doctrina del art 3980, CC). Piénsese en copropietarios que no habiten en el edificio o habiten en otra provincia o en el extranjero. A veces las comunicaciones no funcionan con la fluidez deseable. Ni qué decir de que ese desconocimiento puede dar lugar a manipulaciones interesadas en la firmeza de lo decidido.

44 Conf. ALTERINI, J. H. "Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio (Enfoque dinámico de la personalidad del consorcio)", Capítulo IV, ED-56-729.

45 El art. 251 de la Ley 19.550 distinguía originariamente las asambleas necesitadas de ser publicadas de las que no lo requerían, disponiendo respecto de las primeras que el plazo para iniciar la acción de impugnación corría desde la última publicación. La Ley 22.903 abolió la distinción, uniformando el punto de arranque, (clausura de la asamblea). No obstante, autores como Nissen, R. (*Ley de Sociedades Comerciales*, 2ª edición actualizada, t. 4, pág. 149/150) opinan que en caso de que el directorio retaceara o demorara la entrega de la copia del acta de la asamblea al accionista, el plazo sólo comenzaría a correr desde la obtención (extrajudicial o judicialmente) de dicha copia (propicia la aplicación del art. 3980 CC y del art. 328, inc. 5º, CPCCN).

Doctrina

Por eso, creemos que el plazo de impugnación no podría comenzar a correr sino desde que el impugnante hubiera conocido o debido conocer (según las circunstancias del caso y a través del régimen de notificación convencionalmente adoptado, o en el previsto por el art. 28, dec. 18.734/49 (que reproducen, reiteramos, gran número de reglamentos de copropiedad y administración) la resolución que ataca. Es el criterio del régimen colombiano que más arriba mencionamos.

IV. UN FALLO RECIENTE

Destacamos que, recientemente, con fecha 18 de febrero de 2014, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, decidió que

...cuando se trata de impugnar la decisión asamblearia cuyo objeto gire en torno a las relaciones entre los copropietarios y normas de convivencia dentro de un consorcio, *resulta razonable aplicar, por analogía, el plazo previsto por el art. 251 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales*, ya que ese término es justo y equitativo, en tanto permite articular la nulidad y, a su vez, resguarda la seguridad jurídica que debe regir la vida consorcial. La defensa de prescripción opuesta por el consorcio demandado en una acción de nulidad de asamblea es procedente, si desde el acto impugnado hasta la celebración de la audiencia de mediación transcurrió el plazo de tres meses previsto por el art. 251 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales⁴⁶ (el resaltado nos pertenece).

46 Causa "Ruicci, O. c/Consortio Propietarios...", Rev. La Ley, supl. diario del 22/4/2014. La causa fue resuelta por mayoría. El voto minoritario se inclinó por la aplicación del plazo decenal del art. 4023 CC.

Los principios procesales y su necesaria adaptación en materia cautelar

La posibilidad cautelar de afectar otras actuaciones judiciales (prohibición de demandar)

Eduardo Néstor de Lázari

1. El ejercicio de la actividad cautelar genera notables alteraciones en el desarrollo corriente del proceso; en particular, exhibe rasgos peculiares en lo que hace a la aplicación y vigencia de diversos principios procesales que reciben aquí especiales adaptaciones. Se enuncian, a continuación, distintas situaciones que así lo ilustran.

2. Comenzando por el de *contradicción o bilateralidad*, veamos qué sucede en las medidas cautelares, en las que se observa una tensión entre dos extremos. Para arribar a la certeza que es propia de las decisiones judiciales será necesario recorrer todos los pasos del proceso, con la consumición del tiempo que ello implica. Pero el transcurso de ese tiempo conspira contra la propia efectivización de los derechos controvertidos, de donde hay que resolver pronto, aunque en esa inmediatez no se pueda tratar con exhaustividad el problema. Entre hacer las cosas pronto pero mal o hacerlas bien pero tarde, dilatando el pronunciamiento, el ordenamiento procesal realiza una conciliación.

Las hace pronto pero conformándose provisoriamente con lograr un grado de conocimiento menor que el de la certeza, que es de mera probabilidad, o sea, la verosimilitud del derecho. Paralelamente debe justificarse la existencia de peligro en la demora. Ante la existencia de este peligro debe actuarse inmediatamente y sin avisar previamente a quien resulte afectado. Prestándose suficiente contracautela, la solución es postergar momentáneamente la audiencia, desaplicar por un instante el principio de contradicción, el que recobrará su vigencia inmediatamente después de trabada la medida cautelar.

3. Vayamos al *principio de congruencia*. En general, cuando nos preguntamos sobre qué se discute, son las partes exclusivamente quienes determinan el tema a decidir, pues el órgano judicial debe limitar su pronunciamiento sólo a lo que ha sido pedido por aquellas. A las partes incumbe, entonces, fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica. El principio de congruencia consiste en la conformidad que debe existir entre la decisión y la pretensión que constituye el objeto del proceso, más la oposición en cuanto delimita ese objeto. Impone una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, al objeto y a la causa que individualizan la pretensión.

En lo cautelar, es distinto. Los códigos procesales contienen normas según las cuales el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intente proteger (art. 204).

4. Veamos qué sucede en materia cautelar con el *principio de preclusión*. Las medidas cautelares poseen notas específicas: interinidad o carácter provi-

sional, y mutabilidad. El esquema asegurativo provisoriamente trabado subsiste mientras se mantengan las circunstancias que lo determinaron. Si estas cambian, también puede cambiar la decisión precautoria, y carecerá de importancia que la resolución se encuentre consentida o ejecutoriada, sin que la preclusión ni la cosa juzgada formal puedan oponerse como obstáculo para el reexamen.

5. Merece examinarse el problema de la *competencia* en materia cautelar. La regla general es que la competencia atribuida para el proceso principal (de la que lo cautelar es su instrumento) determina a su turno la competencia para dictar las medidas cautelares. Pero este principio admite importantes atenuaciones.

El Código Procesal establece dos pautas aparentemente contradictorias (art. 196). En primer lugar, dispone que los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Pero, a continuación, el mismo texto indica que, sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones que el mismo Código enuncia, o sea, encontrándose reunidos los presupuestos de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora. Agrega que ese dictado no prorroga la competencia y el juez que decretó la medida inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente.

Esto ha dado lugar a dificultades e, inclusive, a abusos. Son bastante frecuentes las hipótesis de medidas dictadas por órganos abiertamente incompetentes, lo que genera susceptibilidades, sospechas sobre si se elige determinado juez para lograr determinado resultado.

Pero al lado de estos riesgos hay otro riesgo, que es la frustración de los derechos de fondo por no prevenir adecuadamente su protección. La necesidad de garantizar la efectividad de los fallos forma parte de lo que puede caracterizarse como verdadera policía del proceso, de orden público y con connotaciones especiales. En estas condiciones, la prudencia de los órganos jurisdiccionales es el cauce por el cual ha de transitar este arbitrio de actuar sin competencia. En nuestra opinión, corresponde formular un principio general que es el de la inconveniencia de que los tribunales incompetentes dicten medidas cautelares, pero, al mismo tiempo, reconocer la posibilidad de hacerlo en casos excepcionales. Podría decirse que sobre la plataforma común de la verosimilitud y la del peligro en la demora habrán de reunirse notas inusuales en torno de este último extremo, de una gravitación tal que no permitan recurrir al juez competente a una suerte de medida cautelar dentro de las medidas cautelares, una situación fáctica conforme a la cual sea necesario presentarse ante el primer juez que se tenga a mano, pues, de lo contrario, la frustración del derecho acaecería irremediablemente.

6. El *principio dispositivo* es aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los que ha de versar la decisión. De conformidad a este principio, el proceso sólo puede iniciarse a instancia de parte, no de oficio, y el impulso procesal corresponde igualmente a las partes, que además cuentan con el poder de disposición del proceso mismo.

En el terreno cautelar, tales premisas no siempre son estrictamente aplicables: por ejemplo, hay bienes que la propia ley establece que son inembargables, como los muebles de indispensable uso, los sueldos y salarios en determinada proporción, las jubilaciones y pensiones, etc. Si, a pesar de esta prohibición igualmente se hubiesen afectado esos bienes, los códigos procesales incorporan un medio eficaz, contundente y rápido para garantizar la inmediata cesación de esa afectación indebida. A esos fines, se dispone que el embargo indebidamente trabado será levantado de oficio aun cuando medie consentimiento de la resolución que disponga la medida. Razones de orden público determinan esta flexibilización del principio dispositivo en materia cautelar.

7. Posibilidad cautelar de afectar otras actuaciones judiciales.

Pero hay otra esfera trascendente en la que la materia cautelar afecta notablemente al principio dispositivo y vamos a detenernos especialmente en ella. Nos referimos a la posibilidad de que las medidas cautelares afecten otras actuaciones judiciales, sea que se encuentren en curso o todavía no hayan sido iniciadas, dando lugar, en este último caso, a la prohibición de demandar. Adelantamos que las consideraciones que pasamos a formular resultan muy controvertidas.

Ha venido sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia, en forma casi unánime, que a través de la prohibición de innovar no es posible impedir la promoción de una demanda o la paralización de actuaciones de un juicio en marcha, porque ello significaría una restricción indebida del derecho constitucional de acceso a la jurisdicción. La afectación a garantías constitucionales es entonces el fundamento de esta posición.

Desde hace muchos años, venimos difundiendo lo contrario. Cualquier medida cautelar enfrenta garantías constitucionales. Indisponer un bien a través del embargo es restringir con todas las letras el derecho de propiedad. Establecer una prohibición de contratar entorpece el ámbito de libertad de quien la padece, y así podrían seguir los ejemplos.

Acudir a un juez para proponerle determinada pretensión es un derecho que en nada difiere de otros, respecto de los cuales nadie discute que mediante medidas cautelares sea posible provisoriamente atenuarlos o suspenderlos.

Hay razones y fundamentos que autorizan transitoriamente el desconocimiento, y son las mismas razones y fundamentos que han dado origen a la propia institución precautoria. Que el contenido de la medida restrinja la posibilidad de demandar del afectado no incorpora ningún ingrediente especial a la consideración del problema.

La prohibición de innovar cuenta con la aptitud de extender su radio de acción hacia otro juicio en los casos en que se trate de un mismo y único negocio, el que está sometido a juzgamiento. Imaginemos una ejecución por vía acelerada, por un lado, y un proceso de conocimiento por nulidad del contrato de mutuo, por el otro. Es un solo complejo fáctico y de derecho el que aparece controvertido, más allá de esquematismos de orden procesal que dividen la continencia de la causa. En ese caso, si en el juicio de conocimiento se acreditan rigurosamente la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, prestándose suficiente contracautela, podrá ordenarse la suspensión del juicio ejecutivo o la prohibición de promoverlo hasta tanto se esclarezca el conflicto.

Oponiéndose a este criterio, se dice que habría un desborde del órgano judicial que expide la orden de no innovar, pues implicaría un inoportuno avance e invasión sobre la natural esfera de competencia y actuación del magistrado a quien atañe entender en el restante marco en que se divide el conocimiento. Estaría cercenándose la aptitud de este último para desempeñar libremente su propia función jurisdiccional.

Pero la cosa no es con el juez, sino con la parte. Ese tribunal, por sí solo, nada puede hacer, ni decidir, ni llevar adelante mientras no reciba, de acuerdo al principio dispositivo, un estímulo suficiente del legitimado correspondiente. El pretendido desborde se exhibe como inexistente, ya que la orden no es al juez, sino a la parte. Ello se debe a que lo que se neutraliza no es el ejercicio de la potestad de la jurisdicción, sino algo muy distinto: la capacidad de estímulo a la jurisdicción de que está dotada la parte que sufre la medida. Esta posibilidad es tan legítima e irreprochable como la que se ejerce a diario en el dictado de cualquier otra medida cautelar.

Digamos que la mayoría de la doctrina está en contra de este criterio¹, sin perjuicio de que existen opiniones que admiten la medida en casos excepcionálísimos².

1 KIELMANOVICH. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, t. 1, pág. 375; Arazi y Rojas. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los Códigos provinciales*, t. 1, pág. 740; Farsi y Yánez. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, t. 2, pág. 41; Enderle. *Tratado de las medidas cautelares*, obra colectiva dirigida por Peyrano, t. 3, pág. 148; Palacio y Alvarado Velloso. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 5, pág. 334/5.

2 PEYRANO. "Nuevamente, sobre usos no conformes de la prohibición de innovar y de la medida innovativa", JA 2005-III, supl. 24/8/2005.

En el año 2005 se dictó un fallo plenario por la Cámara en lo Civil y Comercial de Mar del Plata³, que estableció por mayoría que es posible dictar, en un proceso de revisión de cuenta corriente bancaria, una medida cautelar que impida el inicio o suspenda el trámite del proceso ejecutivo mediante el cual la entidad bancaria pretenda reclamar el presunto saldo deudor de dicha cuenta corriente, cuando se incorporen elementos que conlleven verosimilitud sobre la aplicación de tasas de intereses excesivas. La mayoría coincidió en que no se afectaba la esfera privativa de otro juez, sino solamente la potestad de accionar del banco, restringiéndose así su poder de disposición. En definitiva, se entendió posible restringir la potestad de accionar o de impulsar un proceso en marcha.

Una muy severa crítica fue formulada a ese plenario por MORELLO y GRILLO CIOCCHINI. En esa oportunidad, reiterando una anterior publicación⁴, mi querido e inolvidable maestro y el también amigo GRILLO partieron de la base de que el sistema procesal ha adoptado legalmente una directriz política que tiende a la protección del crédito, que da origen al proceso de ejecución como instrumento de especial apoyo a los derechos patrimoniales, garantiza por esa vía el rápido y seguro recupero de las acreencias mediante un proceso de cognición acotada, pospone la amplitud defensiva del ejecutado para el momento ulterior de un proceso de conocimiento pleno. El sistema de los procesos de ejecución organizado por el legislador cuenta con una lógica interna que no es dado ni al juez ni a las partes alterar arbitrariamente. De allí que el conocimiento en ese tipo de actuaciones sea meramente fragmentario, atendiendo a la celeridad y simplicidad, impidiéndose la discusión sobre la causa de la obligación, todo lo cual queda reservado a un momento posterior: el juicio de conocimiento subsiguiente a la ejecución. En definitiva, la ley ha preferido procurar la pronta circulación y recupero del crédito por sobre el amplio debate. Ha considerado que el beneficio común de actuar de ese modo prevalece sobre el riesgo de que alguna ejecución individual tuviera luego que ser revertida dentro del proceso de conocimiento.

En esas condiciones, la posibilidad cautelar que defendemos importaría un desconocimiento de tal sistema y un cercenamiento del derecho de acceso a la jurisdicción del ejecutante de un modo irrazonable, con vulneración de su tutela judicial efectiva y del debido proceso legal.

3 11/2/2005, "Cassanelli Electrónica S.A. vs. Banco Río de la Plata", JA 2005-III.

4 "Prohibición cautelar de demandar. Un ejemplo del proceso como sistema y las consecuencias de desconocerlo", DJ 2003-2-645; y "Los alcances de un fallo plenario y los límites razonables de la jurisdicción", LNBA, 2005-1-149.

Más allá del respeto y del afecto, discutimos acaloradamente con el maestro esta posición. Entendimos y seguimos sosteniendo que también el sistema cautelar ha sido concebido por el legislador como elemento determinante de la tutela judicial efectiva. La irrupción de una medida precautoria supone ciertamente la alteración del esquema corriente y modifica de cuajo el curso natural y ordinario del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, del mismo modo que los procesos acelerados distorsionan la vía regular del proceso de conocimiento. Los mecanismos precautorios constituyen técnicas ideadas por el legislador para garantizar y preservar determinados valores, configurando un subsistema del proceso tan válido y legítimo como la propia ejecución forzada. Ambos coexisten en el mundo procesal sin que el uno excluya categóricamente al otro.

Desconocer la vigencia del sistema cautelar so pretexto de que invada el derecho de acción del acreedor que la ley le ha otorgado mediante una vía acelerada, resulta inconsistente con otras previsiones similares del ordenamiento jurídico. En efecto, en el terreno concursal, el art. 21 inc. 3 de la ley 24.522 establece que la apertura del concurso preventivo produce la prohibición de deducir nuevas acciones de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a la presentación. He aquí una clara afectación de la potestad de demandar e inclusive de la esfera de atribuciones de otros jueces, en tanto los juicios existentes contra el concursado de contenido patrimonial deben radicarse ante el juez del concurso (inc. 1). Estas previsiones, que nadie controvierte, responden a razones propias de los fenómenos falenciales, que obligan a un tratamiento especial. Aquí también, del mismo modo que se justifica en el universo precautorio, la ley ha contemplado ciertas circunstancias particulares que autorizan a restringir determinadas potestades.

Resulta útil distinguir el derecho de acción de la pretensión. La acción es un derecho abstracto a la tutela jurídica. Es el poder de provocar la actividad de los tribunales, pero constituye un supuesto de la actividad procesal previo a la misma y por ello fuera del mundo del proceso. Lo que interesa al proceso, al objeto del proceso, es el concepto de pretensión, definido como el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto. La acción se ejercita frente al Estado. Por el contrario, la pretensión se deduce ante el juez, pero se dirige contra el adversario⁵.

Cuando el juez dispone una medida cautelar consistente en impedir que se accione contra alguien en virtud de determinada relación jurídica, no está afectando el derecho de acción en abstracto, sino solamente determinada pre-

5 Cfr. PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. I, págs. 374 y sgts.; Gimeno Sendra. *Fundamentos del Derecho Procesal*, pág. 133 y sgts.

tensión. El destinatario de esa medida sigue gozando del derecho público de acción, concebido como derecho cívico o de petición, el que podrá ejercer irrestrictamente en toda la esfera de sus intereses. Solamente sufre un recorte, una limitación, un condicionamiento a su esfera de libertad, exclusivamente en la porción que tiene atinencia con la pretensión de que se trate; algo semejante a lo que ocurre con otros derechos, por ejemplo, el de propiedad. Si el titular de determinado patrimonio ve afectada la disponibilidad de uno de los bienes que lo componen en razón de la traba de un embargo, no podrá decirse que su derecho de propiedad ha sido genéricamente afligido.

Cabe concluir que el justificado propósito de política legislativa que posibilita la existencia de la ejecución forzada y sus particulares notas no necesariamente colisiona con otro ámbito también legalmente legitimado, como es el de la protección cautelar. Esto tiene que ver con la aplicación de otro principio, el de legalidad de las formas. Se dice que las medidas que nos ocupan implican un quebrantamiento del principio de legalidad, pues el magistrado que las otorgara estaría sustituyendo al legislador, al impedir el ejercicio de una pretensión expresamente consagrada por la ley. Según dicho principio el juez no puede por sí cambiar las formas.

No hay afrenta al principio de legalidad. Este principio no resulta del texto de una norma aislada (como podría ser la existencia de la ejecución forzada), sino de la contemplación del plexo jurídico en su conjunto. En ese plexo están autorizadas las medidas cautelares y hay normas constitucionales que dan sustento a cada institución; desde "afianzar la justicia" del Preámbulo y con base en la tutela judicial efectiva y la garantía de la defensa, es posible dar preeminencia a los arbitrios cautelares por sobre otros preceptos que, sin perder validez, pasan a segundo plano a los fines de garantizar una solución justa para el caso. El principio de legalidad no significa la aplicación ciega o mecánica de los textos legales, en tal caso, sería exceso ritual manifiesto, alejado de las exigencias de la realidad del caso y de la verdad jurídica objetiva.

La coexistencia de ambos sistemas (el cautelar y el de ejecución acelerada) requiere un equilibrio razonable de los respectivos intereses en juego. Y aquí cobran particular relevancia las enseñanzas de BERIZONCE en torno a la humanización y tendencia social del proceso:

Semejante acentuación en la disciplina de la ejecución directa patrimonial reconoce ciertos límites y condicionamientos. Son los derivados del principio general de razonabilidad o proporcionalidad, que domina todo el proceso y aun el Derecho en general y, desde una perspectiva más específica, de la idea ética del proceso justo. El proceso de ejecución y sobremanera el diseño legal del apremio que conduce a la realización forzada de

los bienes del deudor, ha de estructurarse antes que con miras exclusivas a la posición dominante del acreedor ejecutante, en un plano de equilibrio moderador. La protección es debida a ambas partes: frente al derecho a la satisfacción plena de uno se alza una prerrogativa no menos atendible que conduce al imperativo de no dañar innecesariamente al deudor. Un juicio de ponderación o proporcionalidad, que balancee adecuadamente los intereses de ambas partes, cotejando las ventajas que se derivarían para el acreedor con los sacrificios impuestos al deudor, evitando de esa manera todo desequilibrio o desadecuación en relación a las finalidades de la satisfacción ejecutiva del crédito⁶.

Consideramos que los criterios expuestos son asumidos por PEYRANO. Al comentar el plenario de Mar del Plata⁷, admite la posibilidad de que cautelarmente se pueda interferir en la marcha de otros procesos u obstaculizar la promoción de una causa con carácter excepcional, sobre la base de un adecuado juicio axiológico que balancee los valores en juego y que no deje lugar a dudas acerca de sus ventajas para el mejor servicio de justicia.

8. Más allá de las discusiones doctrinarias, estamos en condiciones de afirmar que la medida cautelar que nos ocupa se ha ido consolidando en la jurisprudencia. Remitimos, en este sentido, a sucesivos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, brevemente, exponemos.

En el año 2001, en el marco de una acción declarativa de certeza, ordenó a la provincia de Santa Cruz que se abstenga de realizar actos tendientes al cobro del impuesto de sellos que pretendía efectivizar en relación a determinados contratos. Tuvo en cuenta para ello la particular situación caracterizada por el *quantum* de la presunta deuda y las graves consecuencias que podría traer aparejada su ejecución⁸. Contra dicha resolución, la Provincia afectada interpuso recurso de reposición, el que fue rechazado. Se mencionó allí por la Corte que los fundamentos invocados por el recurrente no alteraban el hecho, considerado en la resolución, de que la ejecución fiscal podría traer aparejado un importante desapoderamiento de bienes de la entidad, extremo que justificó la suspensión hasta que se dirima definitivamente el caso. Señaló que la pretensión de la provincia asciende a \$ 17.000.000 con más sus accesorios, y esa suma adquiere entidad más que suficiente para considerar, en el limitado

6 *El proceso civil en transformación*, Ed. Platense, págs. 70/71.

7 "Nuevamente, sobre usos no conformes de la prohibición de innovar y de la medida innovativa", JA 2005-III.

8 Fallos, 352, XXXV, 276/3/2001, "Transportadora de Gas del Sur S.A. c/Provincia de Santa Cruz".

marco de conocimiento que ofrece el dictado de una medida cautelar, que su ejecución puede traer aparejadas consecuencias que, hasta tanto se dicte sentencia o se modifiquen las circunstancias tenidas en cuenta para acceder al pedido de la actora, deben ser evitadas⁹.

En el año 2002, dispuso una prohibición de innovar por medio de la cual se ordenó a la provincia de Buenos Aires que se abstuviera de ejecutar el cobro del impuesto de sellos cuestionado por la empresa Aguas Argentinas S.A., cuya procedencia se discutía en el proceso en que se dictó tal medida¹⁰.

En 2003 revocó una decisión de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que había desestimado la medida de no innovar para que una obra social se abstuviera de ejecutar ciertos certificados de deuda, sobre la base de que la prohibición de innovar no puede ser utilizada para impedir el acceso a la justicia de quien pretende hacer valer lo que estima sus acreencias legítimas. En el dictamen del Procurador, que la Corte hizo suyo, se expresó que no puede dejar de ponderarse, frente a la peculiar situación en que se encuentra el instituto demandado (en liquidación), y a la envergadura de los eventuales reclamos, que acciones como las ordenadas, dadas las limitaciones cognoscitivas que atañen a los procesos ejecutivos, no puedan ser suficientemente reparadas en eventuales juicios ordinarios ulteriores¹¹.

Entre 2006 y 2007, la Corte Suprema acogió varias medidas cautelares promovidas por distintas empresas petroleras que controvertían el monto de regalías pretendidas por la provincia de Neuquén. Ordenó a la misma abstenerse de exigir el pago hasta tanto se dictara sentencia definitiva, imposibilitando por tanto la ejecución fiscal. Se tuvo en cuenta la gravitación económica y el grado de perturbación que podría traer aparejado el inicio de la pertinente ejecución y que, frente a ella, la decisión que se adoptó, si no asistiese razón a la actora, sólo demoraría la percepción del crédito que se invoca¹².

En 2009 dispuso ordenar a la provincia de Buenos Aires, se abstuviera de requerir, a las entidades financieras, la anotación de medidas cautelares decre-

9 CS, 25/9/2001, causa citada en nota anterior.

10 A 674.XXXVII, "Aguas Argentinas S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa, incidente de medida cautelar", 31/X/2002.

11 CS, 2/6/2003, "The Bank of New Cork c. Instituto de Servicios Sociales Bancarios", La Ley, t.2003-D-160.

12 CS, Y.19.XLII, "YPF S.A. c. Neuquén s/medida cautelar"; pág. 431. XLII, "Pluspetrol c. Neuquén s/incidente de medida cautelar"; pág. 639. XLII, "Petróleos Sudamericanos S.A.- Necon S.A. Unión Transitoria de Empresas Ara Centro Este c/ Neuquén s/medida cautelar"; T.407. XLII, "Total Austral c/Neuquén s/medida cautelar"; T.411. XLII, "Total Austral c/Neuquén, s/medida cautelar", todas del 31/X/2006; P.1717. XLII-0, "Petrobrás c/Neuquén s/incidente medida cautelar" y pág. 1718-0, "Petrolera Entre Lomas S.A. c/ Neuquén s/acción declarativa, incidente s/medida cautelar", ambas del 5/6/2007.

tadas por la Dirección Provincial de Rentas, concernientes a cuentas y activos bancarios radicados fuera del territorio de la provincia¹³.

En 2010 se decretó la prohibición de innovar consistente en ordenar al Estado Nacional y a la AFIP, que hasta tanto se dicte sentencia definitiva, deberán abstenerse de perseguir el cobro de impuestos no abonados o diferidos con motivo de la promoción acordada a la empresa solicitante, citada como tercero en el proceso¹⁴.

Recientemente, con fecha 18 de febrero de 2014, el alto Tribunal adoptó una medida similar en la que decretó la prohibición de innovar y ordenó a la provincia de Río Negro que se abstuviera de ejecutar o de exigir a "Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A." el pago de determinadas tarifas, hasta tanto se dictara sentencia en la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida¹⁵.

Como puede apreciarse, el más Alto Tribunal del país ha terminado por aceptar este tipo de actividad cautelar. No ha dicho mucho en esos precedentes. No se ha ocupado del principio dispositivo ni del de legalidad, ni de la discusión sobre el predominio de la ejecución acelerada de los títulos de crédito. Simplemente ha evaluado circunstancias concretas de cada caso en donde la prevalencia de determinadas razones procesales podía deparar la frustración lisa y llana de los derechos. Es una forma más de proscribir el exceso ritual manifiesto.

No ha estado ajena a decisiones similares la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En la causa "Iriarte Madoz Guillermo c/ Caja de Seguridad Social para Odontólogos" se hizo lugar a la siguiente medida cautelar: en el marco de una demanda contencioso administrativa contra dicha Caja, se ordenó al Juzgado de primera instancia que tramitaba un juicio de apremio contra el afiliado actor, que suspenda la ejecución de la sentencia de remate allí recaída hasta tanto se dicte sentencia en el proceso contencioso administrativo¹⁶. La misma potestad fue reconocida en "Asociación de Residentes del San Carlos Country c/ Municipalidad de Malvinas Argentinas" (sin perjuicio de que no se encontró reunido el presupuesto de la verosimilitud del derecho)¹⁷.

Muy recientemente, el Superior Tribunal provincial dispuso explícitamente una prohibición de demandar sobre la base de los fundamentos que han quedado expuestos, en la causa "Alvarez Raúl y otro c/ Citibank N.A., medida

13 CS, 23/6/2009, "Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/Provincia de Buenos Aires", La Ley, suplemento de 1/9/2009, fallo 113.863.

14 CS, 28/12/2010, "Estado Nacional c/Provincia de Salta"; SC E. 59.L.XLV, La Ley, supl. del 14/4/2011, fallo 115.360 .

15 CSJN, pág. 942. XLVIII.

16 Causa B 58073, 18/12/2002.

17 Causa B 62.348, 3/12/2003.

Doctrina

cautelar”, terminó por reconocer esta potestad cautelar con fuerza de doctrina legal en la provincia de Buenos Aires¹⁸.

La doctrina, por su lado, viene orientándose en el mismo sentido¹⁹.

18 Causa C 101.606, sent. del 16/4/2014.

19 VALLEFIN, Carlos. *Protección cautelar frente al Estado*, pág. 99; Isabella. “El derecho a la jurisdicción en materia tributaria. Las medidas cautelares y el pago previo”, en *La Ley*, suplemento administrativo, 28/7/2007, págs. 1 y sgts.

El documento notarial y su circulación

Traslados. Primeras copias, segundas o ulteriores. Derecho de retención. Testimonios. Certificados

Rubén Augusto Lamber

SUMARIO: 1. *Esquicio*. 2. *Antecedentes históricos*. 3. *Algunas consideraciones previas*. 3.1. *Título constitutivo: inmuebles - poderes*. 4. *Naturaleza de los traslados*. *Título: destino y finalidad*. 4.1. *Tipos*. 4.2. *Titularidad*. 4.3. *Casos*. 4.4. *Forma de ser*. 4.5. *Concepto de título*. 4.6. *Títulos de adjudicación*. *Condominio*. 5. *Ensayo de clasificación*. 6. *Caracterización según el tipo de título*. 6.1. *Títulos constitutivos*. a) *Destinatario personalizado unipersonal*. b) *Destinatario personalizado múltiple*. 6.2. *Autónomos*. 7. *Regulación legal para su reemplazo en caso de pérdida o destrucción del título*. 8. *Derecho de retención*. 9. *Testimonios*. *Certificados*. 10. *Conclusiones*.

Doctrina

1. ESQUICIO

El documento notarial es conocido y cumple sus fines principales a través de los traslados; por cuanto su etapa protocolar es estática, permanece recluido en manos del o de los titulares de registros (titular, adscripto, suplente) donde se encuentra asentado, o en los archivos, donde cumple su destino de guarda y custodia final.

El *traslado*, en cambio, es altamente dinámico, dado que no sólo queda en poder de quienes tengan derecho a ello, y lo exhiben en cualquier tiempo y lugar, sino que pueden presentarlo para prueba de su contenido o para ejercer los derechos que derivan del mismo.

El *traslado* fue la esencia del documento notarial en sus orígenes históricos, dado que era el único original que circulaba, sin guarda de su contenido, pasando por una etapa en que la guarda era de notas o imbreuiaturas para la confección de él. Estas se convirtieron en el protocolo inicial, para luego alcanzar la integridad actual, con fe pública y completividad del todo, que se repite en el traslado, pero que es, ante la duda, lo verdaderamente indubitable (art. 1009, CC).

El *traslado* tiene grandes diferencias jerárquicas, según el acto que está representado en el documento protocolar y en su destino, y de ser un mero medio de prueba puede configurar una categoría máxima de "título constitutivo" conforme con el cual, el derecho contenido en él, sólo con él puede ejercerse.

Partiendo de la "escritura pública" como receptáculo principal del documento notarial y, a su vez, de su extensión, como "instrumento público" tanto para la recepción de otorgamientos de los particulares ante el notario autorizante que da fe de ello y de la comprobación de hechos bajo la misma fuerza (art. 979 incs. 1º y 2º del CC, y para el CCyC arts. 299 y 310), podemos ocuparnos de sus dos dimensiones: la interna, del contenido o acto, y la externa, o de forma, que es el papel, y analizar el conjunto que se manifiesta en el traslado, como forma de ser, de valer, trascender o probar.

El documento notarial prolonga, en el tiempo, la declaración de voluntad o el hecho atrapado en él, con un efecto superior al documento histórico. Tiene efectos jurídicos entre los particulares comprendidos en él y transforma el "estar" de un momento, en el "estar siendo" para el futuro en un conjunto de permanencia y certeza.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El documento notarial tiene cierta similitud con el documento histórico, pero con el agregado de la "fe pública", que lo hace auténtico hasta que se pruebe lo contrario en acción regulada de falsedad (arts. 993 y 994 CC, y arts.

296 y 312 CCyC) y la generación de “título” para la constitución de un derecho o la prueba.

El documento histórico como receptáculo del conocimiento del pasado, está formado por el conocimiento directo de los hechos narrados por su autor o a través de otros documentos que cuentan el pasado. En el primer supuesto, es historia de primera mano que se traslada al futuro en el documento; en el otro, lo es de segunda mano, porque está contenido en otros documentos precedentes, como señala GATTARI con cita de STERN, MARROU, HEGEL, y concluye: “De cualquier manera, retengamos que esta historia de segunda mano, pasada al tiempo vital de las personas, y no sólo por la muerte sino por el olvido, es la que nos permite aprehender la realidad histórica” (GATTARI, CARLOS NICOLÁS. *Manual de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 49).

En parangón, el documento notarial contiene historia de primera mano, de otorgamientos de actos jurídicos y constancias de hecho sucedidos y recogidos por una persona normativamente legitimada para ello, quien le imprime fuerza de verdad requerida para el cumplimiento de su finalidad social, conforme a su contenido.

De esta forma y en una primera aproximación al tema, podemos ir diferenciando el elemento estático del documento que es el protocolo, que no circula, sino que queda bajo el cuidado y la guarda del funcionario autorizante o su reemplazante legal o archivo pertinente, y el de segunda mano, que es el “traslado”, como reproducción fehaciente del documento matriz.

No obstante, en su evolución histórica, no siempre fue así. Hoy es estático, antes era documento de primera mano, que circulaba directamente, sin guarda alguna, luego de su creación. Posteriormente, a través del tiempo, comenzó a tomarse nota del acto a redactar al dorso (*notitia dorsal*) a fin de redactar correctamente el pergamino para que circulara todo en conjunto y, más adelante, separar las “notas” del documento final, llamado “carta”, que contenía el acto completo. La guarda de las notas es el protocolo incipiente.

Con la aparición del pergamino de tela y, luego, el de papel, mucho más económico, la guarda de las notas (breve o imbreviatura) se ordena en cuadernos de folios correlativos, que se leen a las partes en alta voz y en un solo acto. Después de que éstas prestaran su consentimiento verbal, se hacía firmar por los otorgantes y testigos, y suscribía también el escribano, con lo cual el acto quedaba perfeccionado (LARRAUD, Rufino. *Curso de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, págs. 444/45).

Este documento de primera mano, suscripto por las partes, testigos y escribano, quedaba en poder del autorizante y la “carta” o el documento que circulaba, podía expedirse mucho tiempo después, desarrollada/o sobre la base de las notas guardadas.

La “carta” no respondía al documento firmado, porque era redactada por el escribano *in extenso*, sobre la base de las notas guardadas. Como sostiene PONDÉ:

Podría decirse que la “*chartae*” cerró su evolución y poco a poco quedó más y más condicionada a la “nota”, bien porque no le requerían inmediatamente su expedición, o porque no se la solicitaban nunca o porque fuera menester otra por haberse extraviado o deteriorado. La “*chartae*” marchó hacia copia del documento notarial asentado en el protocolo. En cambio, el registro de “notas” que antes fuera “*imbreviatura*” y más antiguamente “*schedule*”, no perdió sino por incremento su jerarquía para constituirse finalmente, en el protocolo notarial (PONDÉ, Eduardo B. *Origen e Historia del Notariado*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 131).

Con un sentido didáctico, desarrollamos la evolución del documento notarial en una obra de teatro que ambientamos en la Edad Media, aflorando el Renacimiento y publicamos bajo el título de “*Irnerio El Terrible*” (Cuadernos del CEN, N° 7, Colegio de Escribanos Delegación Lomas de Zamora, julio 2011, pág. 117 y sgts.).

Así, llegamos entonces a la “Pragmática de Alcalá” de 1503 en que aparece el libro de “protocolo”,

...encuadrado en pliego de papel entero, en el cual haya de escribir por extenso las notas de las escrituras que ante él pasaren y se hubieren de hacer; *en la cual dicha nota se contenga toda la escritura* que se hubiere de otorgar *por extenso*; las lean, presentes las partes y los testigos y las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, en prueba de consentimiento. En cuanto a los traslados -el vocablo *escritura* sustituye ahora a *carta*, según se ha observado- mandó que no se expidan sin estar previamente firmada la nota respectiva y que en las escrituras (...) que así dieran signadas, ni quiten ni añada palabra alguna de lo que estuviere en el registro (LARRAUD, Rufino. Ob. cit., pág. 445).

Así comienza la diferencia entre la escritura matriz, como realidad documental de primera mano, y las copias como realidad de segunda mano, que son reproducción fiel de la anterior.

La expresión “traslado”, ajena a la normativa nacional, permite, desde la doctrina, diferenciar las matrices, más conocidas como registro de actos jurídicos y hechos que configuran un contenido de primera mano en el libro de “protocolo”, de su reproducción total o parcial con alcances diversos.

La “carta”, que en sus orígenes era el acto desarrollado sobre la base de las notas, pasa a ser el documento auténtico y originario en el protocolo, y por

el cual, su autor "...hace una disposición jurídica, de tal modo que la relación jurídica querida deba ser *no sólo probada sino constituida* por el documento, por lo que se llaman documentos dispositivos" (NÚÑEZ LAGOS, Rafael. *El documento Medieval y Rolandino*, Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1968, pág. 50).

La evolución de la "carta" a "instrumento" marca un paso fundamental en el documento notarial, cual es la *fides pública* que le imprime el notario y con ello las nuevas exigencias para su validez: cuatro referentes al notario (que sea rogado, audiencia y cognición del negocio, que haga el instrumento por sí y no por otro, y que no publique el instrumento si primeramente no resolvió insertarlo en el protocolo) y doce relativos a la escritura (NÚÑEZ LAGOS. Ob. cit., pág. 68).

El documento matriz es, entonces, reflejo fiel del otorgamiento celebrado en presencia del notario autorizante y cumple con todas las exigencias que hacen a la validez del documento en el carácter que represente (mera prueba o título representativo por el derecho constituido en el mismo). Pero necesita, para su ejercicio, de otro documento, que es su reproducción, sustituyendo al original al efecto de su circulación.

Como dice LARRAUD, se trata de una conceptualización como "...traslado que permite el ejercicio de los derechos inherentes al negocio jurídico instrumentado", y agrega que "...no se concibe dar forma de copia a un traslado vacío de derechos ejercibles: una copia que no titula derecho alguno a favor de aquél para quien se expide, carece de sentido y está en manifiesta contradicción con su propia y fundamental razón de ser" (Ob. cit., pág. 466).

Es, entonces, esencia del traslado como "primera copia" la reproducción fiel de la matriz, con la fe pública que le da el autorizante y con el destino que resulte de su contenido (ejercicio de un derecho, prueba, etc.).

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

Partiendo de la escritura pública (propiamente dicha y actas) y de los actos que en ella se instrumentan, ante la obligación de dar copia de su contenido matriz, estamos orientando nuestro discurso a la forma.

Pero al mismo tiempo, debemos diferenciar lo que ya de por sí es el documento matriz (protocolo) del que resulta a través de la copia, porque según el acto, o el destino que tiene, es configurativo de lo que llamamos "título".

Si bien la copia es como la matriz "Instrumento Público", no por ello las copias tienen todos los mismos caracteres, finalidad, valor o efectos.

Tampoco todas las copias, aun dentro de un mismo acto son iguales, porque las hay configurativas del "título" (primeras o ulteriores); o sólo con valor

probatorio del acto (copia simple) sin valor para circular, aunque con fe pública de su contenido; y la "simple copia", para el mero conocimiento del contenido.

3.1. Título constitutivo: inmuebles - poderes. Pero volviendo a lo que nos interesa, las "copias" con el carácter de "título", debemos señalar que no todas son iguales, porque las hay necesarias para el ejercicio del derecho. Como en el supuesto de actos sobre inmuebles, en los que se crea una relación entre la cosa y el sujeto titular del derecho (de propiedad, de condominio, de usufructo u otros derechos reales), que no puede *ejercerse* sin el título a nombre del que invoca el derecho y que, por tanto, hemos de llamar "título constitutivo" porque sin él, el derecho queda inerte.

En otros supuestos, el título no está relacionado con inmuebles, sino con la calidad de las personas, el tipo de declaración, o la obligación creada a través del mismo, como sucede en estos supuestos en la calidad literal y autónoma de ciertos papeles de comercio como letras, pagarés, cheques, etc.

Si bien salimos del marco estrictamente notarial, lo hacemos para encuadrarlos en un marco común a los "títulos" en general, porque son todos formales y el derecho contenido en ellos existe en virtud del documento y su regulación normativa o convencional.

Esto sucede con el "testamento ológrafo", el que al no existir el documento nada se puede hacer para cumplir la disposición del testador (arts. 3607, 3639 y conc., CC y art. 2477 CCyC), al igual que los papeles de comercio, que sin esa forma expresa no pueden circular, por más que se pueda probar la existencia de la obligación, pero en otro contexto distinto al documental. "La posesión del documento es fundamental y decisiva para el ejercicio de todos y cada uno de los derechos emanados del título (...) es en el documento donde el crédito tiene su sede jurídica" (BONFANTI, Mario y GARRONE, José. *De los títulos de crédito*, tomo 1, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, pág. 11).

Este criterio se afirma en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que regirá a partir del primero de enero de dos mil quince con una completa regulación en los arts. 1815 a 1881. Resulta del art. 1816 su "autonomía", al señalar: "El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores". Así queda separado perfectamente el negocio de crédito o garantía que pudo causar la emisión del título, de su circulación, que se rige por reglas particulares aplicables al supuesto, con total autonomía.

Volviendo ahora al documento notarial, que es la materia de este estudio, analizaremos el caso del poder, que si bien como acto tiene existencia en la escritura matriz, como "herramienta jurídica" de la representación que con-

tiene sólo puede ejercerse con la copia expedida para el o los apoderados, a tal punto que la falta del mismo hace presumir la revocación. Aquí coincide el negocio sustancial (protocolo) con el contenido de la copia, pero su circulación se da únicamente con ésta, como herramienta jurídica de la representación. En su momento anotamos la diferencia fundamental entre ambas, dado que mientras la representación es el “efecto” de un acto otorgado en nombre y por cuenta de otro bajo determinadas circunstancias, el poder es la herramienta necesaria para producir esa sustitución de la voluntad de una persona en otra (LAMBER, Rubén Augusto. “Representación, poder y mandato”, en REVISTA NOTARIAL N° 898, año 1988, pág. 638). Como el protocolo no circula, sólo la primera o ulterior copia es la mentada “herramienta”, con la sola excepción del caso en que se haya previsto el otorgamiento sin traslado, por cuanto el acto se debía otorgar en el mismo registro y la calificación sobre su vigencia o revocación depende de las notas insertas al margen de la matriz.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 374 establece que “Los terceros pueden exigir que el representante suscriba y les entregue copia firmada por él, del instrumento del que resulta su representación”. En el supuesto señalado, el conocimiento de la misma se tiene ya desde el momento de la celebración del acto donde el propio apoderado puede ser el mismo adquirente, o persona de su confianza para la celebración del negocio, y la “copia firmada” ya se tiene de hecho; pero para el caso de que fuera necesario exhibirla, podría expedirse una primera copia, aunque no para el apoderado, sino para el mismo interesado en el negocio. Con ello que las cualidades atribuidas al poder como herramienta de la representación no se ven afectadas, ya que no fue dado para su circulación, sino para el solo conocimiento.

La diferencia que tiene con el caso de los “títulos constitutivos” (referidos a los derechos reales) es que en estos supuestos se trata de *valer* desde lo patrimonial real por cuanto la escritura matriz del inmueble ha creado ya el derecho subjetivo sobre la cosa (dominio u otros derechos reales). Sin embargo para valer como título del derecho necesita del documento expedido al efecto para su titular. Ello configura una verdadera forma de *valer* (en cuanto a la primera o ulterior copia), mientras que en la representativa-volitiva, la relación es entre los sujetos a través de la representación voluntaria que existe por el vínculo del Instrumento Portador de la representación (Poder).

Por otra parte, la presunción de “revocación” que resulta de la necesidad de exhibir el traslado para actuar en representación del poderdante, configura un supuesto de lógica instrumental, aunque no tenga expresa previsión entre las causas de extinción. La ley exige, para la expedición de ulteriores copias, que no haya obligaciones pendientes de dar o de hacer (art. 1007 CC y art. 308 CCyC), dado que no se ha cumplido con la ejecución del acto que el represen-

tante estaba autorizado a cumplir y, entonces, se requerirá la conformidad o la autorización del poderdante para expedir otra copia, que es un verdadero acto de ratificación del poder (arts. 1835 y 1836 CC y arts. 369, 370 y 371 CCyC).

En cuanto al título de propiedad u otros derechos reales, “vale” por la atribución que resulta de la propia escritura matriz de la cosa al sujeto titular, transformando el derecho subjetivo en “titularidad”, pero esta se ejerce a través del traslado (primera o ulterior copia).

Para cambiar la misma se necesita del título constitutivo, pero también (a diferencia de la presunción de revocación del poder) de un acto expreso de voluntad para la transmisión, modificación, cesión o extinción del derecho real. En definitiva, el solo título no cambia la titularidad sin un acto jurídico que la cause.

Podemos entonces diferenciar los “títulos constitutivos” de los “títulos formales solemnes”: los primeros, con forma de valer, y los otros con forma de ser. Sin embargo, estos últimos no aparecen en el plano de los instrumentos públicos (testamento ológrafo, papeles de comercio). No obstante, también hay un gran número de títulos cuyo único objeto es la reunión de “prueba”, en lo que decimos que es forma de probar.

Fuera de la creación de los derechos reales (transmitir es también acto de creación de una titularidad en cabeza del adquirente), la creación de derechos personales, sea por la celebración de contratos o declaraciones unilaterales de voluntad, si bien tienen fuerza fedataria por ser formulados en escritura pública ante el notario autorizante, no constituyen por sí un derecho que necesita del título para poder ejercerlo, sino que el mismo tiene por único objeto probarlo.

En cambio, un vendedor de un inmueble no puede transferir su derecho de dominio sin el título respectivo y, de no tenerlo, antes de ejercer su derecho, deberá obtener una segunda o ulterior copia, cumplir al efecto la exigencia legal para su obtención y la consiguiente inscripción registral con la que anula la anterior copia y le da oponibilidad y circulación a la nueva.

En el caso de los derechos personales y de garantía desvinculados de los derechos reales, el título tiene como único objeto la prueba.

En estas circunstancias aparecen las diferencias entre forma de “valer” y forma de “probar” pero con un aditamento necesario.

La forma de “valer” está conectada a otra de las calidades de la forma, como es la de “trascender”, dado que para cumplir su finalidad debe ser “eficaz” como documento que se publicita mediante la registración; pero aun reunidas estas dos calidades, queda por analizar si en todos estos supuestos (títulos constitutivos de constitución, modificación, cesión o extinción de derechos reales) es necesario el título para su ejercicio.

Ni la afectación al régimen de propiedad horizontal, ni los derechos reales de garantía como la hipoteca y la anticresis, modifican la titularidad.

Podemos distinguir entonces títulos constitutivos para la creación y ejercicio del derecho, de los que sólo tienen por objeto la creación como forma de “valer” y “trascender”, mientras que, para su ejercicio, sólo requieren la forma de “probar”.

Conforme con ello, la constitución de una hipoteca tiene forma de valer por su instrumentación en el protocolo y el debido traslado para su inscripción. En dicho caso es necesaria la eficacia del mismo, pero no para su circulación (como sería la cesión de los derechos contenidos en él, que no requiere para ello del título constitutivo), sino de la existencia del derecho en la titularidad del cedente.

Acorde con este planteo, la jurisprudencia ha admitido la iniciación del juicio de ejecución hipotecaria con la mera “copia simple” de la escritura de hipoteca, sin necesidad de la primera o ulterior copia. “La fotocopia autenticada con su firma por el escribano que intervino en su otorgamiento, quien ha certificado que cada hoja por él suscripta es copia fiel y auténtica del original que ha tenido a la vista, *es instrumento hábil para promover la ejecución*”, y agrega seguidamente: “La simple copia carbónica de un contrato hipotecario, autorizada por el escribano, es hábil para promover la ejecución” (95691, CNCiv. sala F, octubre 25-996. Autos “Vijnovich, Boris c/ Benmaman, León y otros”, La Ley, Año LXI N° 136, del viernes 18 de julio de 1997, y publicado en El Notario, Revista del Colegio Notarial de Mendoza N° 16, abril de 2000, pág. 77).

A su vez, el reglamento de copropiedad tiene forma de “valer” y “trascender” para la constitución del consorcio de copropietarios, pero sólo de “probar” para los que invocan su existencia en el carácter de copropietarios en ejercicio de sus derechos.

4. NATURALEZA DE LOS TRASLADOS. TÍTULO: DESTINO Y FINALIDAD

4.1. Tipos

El período post-escriturario o de actos y diligencias posteriores a la suscripción y autorización del documento notarial depende ciertamente de la naturaleza del acto celebrado.

Los hay simples (en cuanto concluyen prácticamente en su celebración) y otros gradualmente más o menos complejos, que es generalmente cuando se trata de actos sobre inmuebles, de constitución, transferencia o modificación de derechos reales, sin descartar la importancia post-escrituraria en la constitución o modificación societaria.

Desde los más simples traslados, en los que no se requiere ni copia del acto, como en el poder otorgado para ejercerlo en el mismo registro, hasta los más complejos, como en la compraventa en que al traslado para su inscripción, con forma de valer y trascender, se le agregan diligencias secundarias tales como la liquidación, el pago y la liberación de la deuda de impuestos, la información sobre el acto por el monto de la operación, las inscripciones en los distintos registros y notas o notificaciones de diversa índole, lo más común y casi excluyente es la posibilidad de obligatoriedad de traslado del acto mediante la expedición de la primera o ulterior copia.

Es por ello que debemos poner énfasis en tan importante actuación funcional. Para ello, debemos partir de un conocimiento previo de la naturaleza de un traslado, que no siempre tiene los mismos efectos y destino.

No es igual el traslado de una acta (que sólo sirve para probar el resultado de la diligencia efectuada), que el de un poder (que al sustituirse pierde efecto la primera copia, para recobrarlo a través de la sustitución, o que al revocarse, puede impedir el ejercicio por el solo hecho del retiro de la primera o ulterior copia).

Ni qué decir, en materia de diferencias, con la primera copia de adquisición de un inmueble para el ejercicio con la misma del derecho de propiedad, y de otros derechos reales, con alguna salvedad que resulta de excepciones establecidas por el propio codificador, como sucede con la hipoteca o la anticresis.

Párrafo aparte merecen otros actos sobre derechos reales, como la modificación o extinción, que no cambian la titularidad o no cesan el derecho constituido en el documento que le sirve de sustento a la cancelación.

Se desprende de lo dicho que la copia de cada acto responde a un destino y a un efecto, y el mismo debe resultar también de la persona para quien se expide.

No es lo mismo la primera copia expedida para el comprador de un inmueble, que para el vendedor, cuando no resulta obligación alguna del título a su favor. En el primer supuesto, para el comprador, la primera copia expedida es integrativa de su derecho de propiedad sobre la cosa inmueble comprendida en el documento, porque sin ella no puede ejercerlo.

La primera o ulterior copia expedida con los recaudos exigidos por la ley, establece la vinculación entre la persona del titular y la cosa, y como dijera NUÑEZ LAGOS, transforma al sujeto en *titular* y al derecho subjetivo en *titularidad*. (*Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967, pág. 21).

4.2. Titularidad

Se trata entonces de la creación o constitución de la titularidad cuando se reúnen las condiciones del negocio jurídico o como fuente para crear la titularidad y el traslado configurativo de título por la persona a quien se destina.

En cambio, si la primera copia se expide para el vendedor y éste no tiene ningún derecho pendiente con relación al documento, la misma tiene un único efecto, que es el *probatorio* del acto.

En otros casos, ya fuera de los derechos reales, la primera o ulterior copia puede tener efectos similares, aunque nada tenga que ver con el ejercicio de un derecho real.

Sin embargo, partiendo de la teoría de la representación, como efecto del apoderamiento, ya vimos que para su ejercicio es necesario el título, que configura la herramienta jurídica no sólo probatoria de la misma, sino de valer y trascender.

Una cosa es celebrar un contrato de mandato sin poder, en el que el mandatario puede actuar en interés de su mandante, pero obligándose él en forma personal (art. 1929 CC y art. 1321 CCyC), y otra cosa es el mandato con representación para que el mandatario, a través del poder, pueda trasladar los efectos de su actuación al mandante, en forma directa e inmediata, como si este mismo hubiera actuado (art. 1930 CC y art. 1320 CCyC).

La primera copia expedida o la ulterior en los términos regulados normativa o convencionalmente para el caso, establece la vinculación entre el titular del poder o apoderado y su representado, para obligar a éste con relación a los terceros con quienes negocia el apoderado que invoca la representación.

Tanto en la adquisición del dominio del inmueble por el comprador, como en la del apoderado, podemos apreciar caracteres *constitutivos* del derecho, en el primer supuesto: "patrimonial real" y, en el otro: "representativo volitivo".

En ambos supuestos, estamos frente a un *título* de dominio o de representación y con forma reglada, como forma de *valer*.

Ya anticipamos que el reglamento de copropiedad y administración es "constitutivo" por el cambio de configuración de la cosa (antes única y ahora múltiple) pero no modifica la relación del sujeto titular y en la circulación se torna "probatorio".

4.3. Casos

4.3.1. Modificación de reglamento

El caso más complejo es el de la modificación del reglamento, cuando a partir de la titularidad de una unidad, por incorporación de espacio común, o de

partes propias de otras unidades, cambia la designación y, al mismo tiempo, la cosa de la que se es propietario y, en tal supuesto hay una verdadera adquisición si no de la cosa en sí misma, de la transformación sufrida por ella, como modo de adquirir la propiedad en aras de otras titularidades.

Sucede que para incorporar partes comunes se necesita la conformidad de todos los copropietarios, pues son condóminos del terreno y de las demás cosas comunes del edificio. Para modificar esa relación de titularidad en la propiedad horizontal, deberán ceder el derecho a modificarlo e incorporarlo al dominio exclusivo. Esa modificación genera una nueva relación de titularidad, producto de la transformación. Y si lo es por desprendimiento de parte propia de otra unidad, el titular de la que disminuye su superficie consiente el desprendimiento o merma, y el de la que aumenta acepta la incorporación o incremento.

En tales casos, si bien no hay acto jurídico de transmisión (a título gratuito u oneroso sobre la cosa) la misma es causa fuente de la transformación del derecho sobre la cosa creada. En tal caso, este título, unido al de adquisición originaria, configura un nuevo derecho de propiedad y tiene carácter constitutivo patrimonial real porque cambia la naturaleza del derecho subjetivo que hace a la titularidad.

Por esa misma razón, las unidades comprendidas en la modificación deben acreditar su estado de dominio, que sus titulares no estén inhibidos para disponer de ellos y que estén libres de gravámenes o medidas cautelares. Deben, en estos supuestos, contar con la conformidad de sus acreedores, o con el de la autoridad judicial que ordena la traba.

4.3.2. Cesión de derechos reales

Distinto es el caso de la cesión de derechos reales, como el de hipoteca, en el que se cede el crédito con la garantía que sigue siendo la misma, pero con cambio del acreedor, porque no se cuestiona la propiedad del inmueble sino la del crédito que garantiza la hipoteca; también el caso de la extensión del uso y goce en el usufructo o del solo uso en este derecho, con exclusión del derecho de habitación, que por ser personal, no puede cederse.

Por otra parte, en el usufructo o uso, no es el derecho real el que se transmite, sino el uso y goce de la cosa, o el uso solo. Prueba de ello es que la extinción por muerte del usufructuario o usuario se produce igualmente, aunque el derecho se hubiese cedido, con lo que tiene el solo efecto probatorio.

En cuanto a las servidumbres reales, lo son de una cosa a favor de otra, y, por tanto, estarán vinculadas al derecho de propiedad según el carácter de fundo sirviente o dominante.

En consecuencia, la falta de la primera copia puede ser reemplazada por la acreditación que se haga con otra que se solicite al efecto sin acreditar más que el interés. Tiene, por tanto, valor probatorio por su forma de probar y no de valer, en la misma medida que lo son con relación a los derechos reales la afectación a la propiedad horizontal, con la única excepción de la modificación de reglamento cuando cambia la configuración de una unidad a expensas de otra o de partes comunes. Tampoco tiene forma de valer, la afectación al régimen de bien de familia.

4.3.3. Representación orgánica

Fuera de los derechos reales y de la representación voluntaria, los títulos de constitución, de modificación de sociedad, de cesión de derechos de la participación social, y de cuotas o acciones, tampoco establecen una conexión de propiedad sobre inmuebles o de representación voluntaria, y por ello son meramente probatorios.

La representación orgánica no tiene título constitutivo porque no depende de la creación que se hace del poder para su ejercicio.

Resulta de la ley en cuanto crea una determinada forma representativa por el cargo o la función conforme al tipo social (socio administrador, gerente, presidente, etc.) y su designación puede resultar del contrato constitutivo, del estatuto, o del acto del órgano de administración que lo designe.

No hay instrumento constitutivo en cuanto a la función, sino simplemente probatorio. El único supuesto en el que es necesario el título como constitutivo de la representación, es cuando la sociedad, a través de su órgano competente, designa un representante especial, que no es "funcional" sino voluntario. En dicho caso se aplica la regla ya establecida para la representación voluntaria (poder como título portante de la representación necesaria para su ejercicio).

Diríamos entonces que los títulos con valor "constitutivo" para el ejercicio del derecho son los de creación y transferencia de derechos reales de propiedad sobre inmuebles, así como el que resulta de la modificación del reglamento en los casos apuntados, y la creadora de representación voluntaria.

Fuera de ello, las primeras o ulteriores copias tienen valor probatorio, como en otros supuestos no tratados, tales como el testamento por acto público o bajo sobre cerrado y demás actos o contratos no comprendidos en los casos de títulos constitutivos.

4.4. Forma de ser

Respecto de títulos constitutivos y probatorios, ya fuera de la escritura pública, podríamos citar, antes de tratar de definir la expresión *título*, los que

tienen una forma que no es de valer o de probar, sino más importante aún, los del primer grupo como forma de *ser*. Tal es el "testamento ológrafo", que debe estar todo escrito, firmado y fechado en forma manuscrita por el testador y cuya falta como título no puede ser sustituida, en modo alguno, debiendo considerarse como inexistente el acto por la falta de título.

Con cierta semejanza al precedente supuesto, podemos incluir entre la forma de *ser*, los títulos de crédito, creados conforme a reglas especiales con literalidad y autonomía para su circulación, como la letra de cambio, el pagaré y el cheque, cuya pérdida, extravío o destrucción impide el ejercicio del derecho bajo las reglas circulatorias (título ejecutivo, protesto, endoso, etc.), aunque pueda acreditar el contenido de la obligación en proceso ordinario.

Pero, como título ejecutivo, circulatorio, la forma es de *ser* y no simplemente de valer o probar.

Así las cosas, podemos intentar ahora una definición de "título", con independencia del documento que lo contiene y su naturaleza.

Diríamos que *título* es algo más que el documento original; en primer lugar, porque en lo notarial, el original es el protocolo y éste naturalmente no circula, sino que tiene esa calidad, la primera o ulterior copia.

Sin embargo, ciertos documentos pueden circular únicamente como originales (papeles de comercio con carácter de literales y autónomos, por ejemplo).

El instrumento público como tal puede, además, no estar destinado a circular, como el expediente judicial (además del protocolo notarial) o el administrativo. Las copias que de ellos se expidan pueden estar destinadas a otros fines que no sean la prueba de un derecho u obligación, sino la constitución de un elemento del proceso para conocimiento de las partes o de otras autoridades (declaraciones testimoniales, informes periciales, certificados e informes registrales) que tienen un destino dentro del proceso en el que se lo usa (judicial, notarial o administrativo).

El título tiene un valor de autonomía con relación a su contenido y a su destino. Estos son necesarios para la *existencia* misma del documento (testamento ológrafo), cuya *forma es de ser, para su validez* en el medio en que ha de circular, como forma autónoma y única para la circulación y el ejercicio del derecho contenido en él (primera o ulterior copia de escritura de constitución o transferencia de derechos reales de propiedad y de representación voluntaria, por ejemplo) cuya forma es de valer. Los demás instrumentos contienen la prueba de actos y contratos celebrados entre las personas con exclusión de los precedentes o referidos a derechos reales de garantía o de extinción de los constituidos, o de representaciones (orgánica, judicial o legal) con exclusión de la voluntaria.

4.5. Concepto de título

En términos generales, podemos decir que *título* es el instrumento *representativo de un derecho* (personal o real, de crédito, de garantía, etc.) u obligación (papeles de comercio, acciones, etc.), una *calidad, vínculo o función* (apoderado, fiduciario, función representativa legal -patria potestad-, social -presidente S.A., gerente S.R.L., administrador, etc.-, o judicial -tutor, curador, síndico, administrador de la sucesión, etc.-) necesario para la existencia o el ejercicio del derecho o la prueba del mismo.

Se diferencia así el *título* por su finalidad, del *instrumento*, ya que éste es forma del acto que contiene y que puede ser público o privado.

Para que se pueda hablar de *título de dominio* de un inmueble, no es suficiente tener a la vista el protocolo, que no circula, ni cualquier copia simple, que sólo sirve para probar su contenido, sino la primera o ulterior copia *expedida para el adquirente*. Así se establece la conexión de la cosa en la persona titular y el documento para poder ejercer el derecho.

4.6. Títulos de adjudicación. Condominio

En materia de títulos constitutivos de derechos reales de propiedad, el problema se plantea en los supuestos excepcionales de adjudicación por división de condominio, por liquidación de la sociedad conyugal, o de adjudicación por partición de herencia.

El caso a resolver es si el título que resulta de estas adjudicaciones se basta a sí mismo para circular o debe ir acompañado del antecedente, dado que de acuerdo al art. 3503 (en materia de partición de herencia aplicable también a los bienes del matrimonio por remisión del art. 1313) y del art. 2698 (en materia de división de condominio), se considera que el adjudicatario tiene la cosa como si la hubiera adquirido con el nacimiento de la comunidad o condominio, lo que ha dividido a la doctrina notarial en la materia.

Hemos sostenido siempre que el título que resulta de la adjudicación se basta a sí mismo, sin el antecedente, porque la relación contenida da la misma certeza e integridad que la que resulta de la transferencia de un derecho real de propiedad.

Sucede que el título, por más que se refiera a una adquisición en la que el adjudicatario participaba como condómino o comunero, no por ello marca una distinción con la restante adquisición.

Del título resulta la relación causal, y eso, para la autonomía del título, es igual que lo sea por venta, por donación, por permuta, o por adjudicación en alguna de las formas posibles.

Nada tiene que ver la relación causal con la autonomía del título, a diferencia de aquellos que primero tienen una parte por una causa fuente (compra en condominio, con otro u otros, y compra de la parte restante a su condómino).

Aquí se dan parte por una relación causal y se dan parte por otra distinta, para integrar títulos distintos. Y por ello son necesarios ambos.

En la adjudicación, el todo se recibe por un acto causal único, sobre el todo (lo que tenía y lo que correspondía al condómino) y el título resultante es uno solo.

De la relación causal resultará cómo se operan las compensaciones y, de la misma manera en que uno recibe el todo de una cosa, el otro lo recibirá de otra.

No hay división de condominio en actos separados, porque la compensación debe operar en el mismo acto, porque lo que se modifica es el derecho real, que deja de ser de condominio para pasar a serlo de dominio.

4.6.1. Comunidades (herencia o matrimonio)

Otra solución es la que se presenta en las comunidades, que por configurar un patrimonio tienen una constitución de cosas, derechos, acciones o bienes en general, de contenido patrimonial, que se pueden liquidar en forma total o parcial, porque no es el derecho real el que se modifica sino su titularidad.

Cuando se trata de la indivisión postcomunitaria, por liquidación de bienes del matrimonio, éstas, de adjudicarse a uno o a ambos en condominio, dejan de ser de la comunidad (aunque lo hubieran sido de titularidad de ambos). Por el cambio de estado civil, si bien se considera que lo adjudicado le pertenece al adjudicatario, como si lo hubiera adquirido desde su origen (siendo casado), hay un cambio en la titularidad porque el estado civil modifica la atribución de los derechos. Para que ello se produzca, el acto de adjudicación debe producirse entre personas libres de inhibición y que tengan la sentencia de divorcio firme.

La propiedad que se tenía en comunidad pasa a tenerse en dominio o condominio, fuera ya de la comunidad, con motivo de la disolución del matrimonio.

Lo que cambió no es en sí el derecho real, sino el estado civil del o de los titulares excónyuges.

Pero como en la adjudicación se acredita un cambio, el título resultante adquiere autonomía con relación a su antecedente en comunidad y tiene el mismo valor de título constitutivo del derecho como en los que se adquieren por causa fuente traslativa.

En cuanto a la partición de herencia, que es la causa fuente de la adjudicación de la hijuela de los herederos, tampoco cambia (como en el supuesto

anterior) el derecho real, aunque sí en este caso la persona del titular. Pero la transmisión de este titular fallecido y constituido en causante de la sucesión no lo es por una de las causas fuente voluntarias para la transmisión de los derechos reales, sino que se transmite por una causa distinta, como es la *mortis causa*.

En tal sentido, si bien el o la heredero/a adjudicatario/a viene a ocupar el lugar que tenía el causante en el dominio, desde el momento mismo de la muerte, el título de adjudicación (sea judicial, extrajudicial o mixta) configura un título autónomo que se basta a sí mismo sobre la base del reconocimiento de la calidad de heredero (declaratoria de herederos o testamento aprobado) y el acuerdo partitivo o la resolución judicial que para el caso haya decretado la adjudicación.

Este título es tan autónomo como los dos anteriores, dado que la propiedad del causante tiene el mismo carácter causal que la de cualquier transmisión voluntaria al dominio, con la diferencia de que es *mortis causa*.

Los tres supuestos conforman con la adquisición en propiedad de derechos reales, títulos constitutivos patrimoniales reales.

5. ENSAYO DE CLASIFICACIÓN

El *título* es formal, aunque en ciertos casos, para la ampliación de la forma a medios cibernéticos o electrónicos, podría también alcanzar un contenido desmaterializado, como en los supuestos de securitización de letras hipotecarias y otros documentos electrónicos.

La definición de "título", como "instrumento representativo de un derecho u obligación o de una calidad, vínculo o función", es apta, en cuanto comprendería todas las formas posibles (instrumentos públicos, privados, particulares o de sustrato desmaterializado).

La *forma* entonces está referida a la calidad del documento que exterioriza el acto contenido, y el *título* tiene forma, pero *no* se distingue por su finalidad, cual es la de ser, valer o probar conforme a su destino y al de la persona titularizada en el mismo.

Como ya anticipamos, el mismo acto, con el mismo contenido, si es forma de ser, es único y exclusivo para su titular. Si es forma de valer, necesita ser creado desde su original (protocolo) y estar expedido como primera o ulterior copia en los términos de la ley, *para la o las persona/s que titulariza/n* el derecho subjetivo contenido.

Con ello podemos decir que debe estar *personalizado* y que sólo su titular puede invocarlo y ejercer el derecho como tal. Pero aquí debemos distinguir

entre la naturaleza constitutiva del título, en forma estricta, en que sólo puede requerirlo el titular o los titulares, de la meramente probatoria, en que sólo debe acreditarse el interés.

De tal manera, podemos ensayar una clasificación de los "títulos". *Constitutivo* está reservado a la adquisición de derechos reales de propiedad, como dominio, condominio, usufructo, uso, habitación y servidumbre, o adjudicación de inmuebles por división de condominio, liquidación de bienes del matrimonio, partición de herencia o por transformación de la cosa, como sucede en la modificación del reglamento por cambio estructural de unidades a expensas de otras o de partes comunes del inmueble general.

Por estar referido a inmuebles, el título constitutivo es *patrimonial-real*, y debe crearse en forma expresa para la persona del titular que titulariza el derecho.

También tiene carácter constitutivo el "título" que contiene un apoderamiento o representación voluntaria, porque sin él no puede ejercerse la representación de la persona del poderdante, por más que la misma conste en la escritura matriz.

El ejercicio de la representación voluntaria es ineludiblemente expedido, con la presentación del Título "Poder", para la persona del apoderado, y si lo es para quien otorga el poder, debe ser ostensible la tenencia del instrumento poder por el apoderado.

La falta del poder impide su ejercicio porque el título que contenía el poder pudo haberse revocado, sustituido, retirado al efecto.

La excepción se da cuando el mismo no fue creado, por tratarse de un acto a celebrarse en el mismo lugar de su otorgamiento, referido ello al protocolo y al registro en el que fuera autorizado. La revocación o sustitución en estos casos opera por nota en el mismo protocolo y su ausencia hace presumir la vigencia.

Crear el título cuando el acto objeto del poder será otorgado en el mismo espacio documental del otorgamiento es innecesario, porque no se ha dispuesto su circulación. Pero si fue expedida la copia para el apoderado y su contenido se agota en el otorgamiento que se celebrará, el mismo debe ser retirado de circulación por el autorizante.

Como la exhibición del título (poder) acredita la vigencia de la representación, es menester que la misma se haga toda vez que se actúa en el carácter que resulta del título.

En cuanto a poderes otorgados en el extranjero, cuya matriz no podrá ser cotejada en estudio de títulos, es conveniente que estos títulos queden protocolizados en la primera actuación. Podrán expedirse al efecto para su futura circulación, si el objeto del poder lo requiere, primera o ulterior copia para el

apoderado como verdadero título constitutivo de la representación contenida. Esta actuación, con relación a poderes extranjeros, es obligatoria cuando el objeto del poder está referido a inmuebles, con la consiguiente legalización (ministerio o apostilla), traducción si no está redactado en castellano, y legalización de la firma del traductor por el Colegio respectivo.

En resumen, entre los “títulos constitutivos”, tenemos los de carácter *patrimonial-real*, que valen por la atribución de la cosa al sujeto, transforman al acto en título y al derecho subjetivo en titularidad; y los de carácter *representativo-volitivo*, por cuanto a través del poder se ha creado la herramienta que traslada los efectos de la declaración de voluntad del titular al representante.

Fuera de estos supuestos, tendrán el carácter de *títulos probatorios* los que, aun siendo *constitutivos en su creación* como forma de valer y trascender con la inscripción (hipoteca y anticresis), deben considerarse a los efectos de su circulación (ejecución hipotecaria, cesión de derechos) como meramente probatorios, al igual que para la cesión de usufructo, uso y goce, etc. (con exclusión del derecho de habitación que es personal e incesible), o se refieren a un estado de la cosa (afectación a propiedad horizontal, bien de familia, etc.) o a un documento que contiene actos y contratos (testamento por acto público o bajo sobre cerrado, contrato de locación, boleto de compraventa, contrato de fideicomiso sin transmisión de inmuebles, o de sociedades, asociaciones, cooperativas, etc., modificación de estatutos, cesiones de acciones, cuotas o participaciones sociales, disolución y liquidación -salvo cuando se atribuyen inmuebles en la misma, en que la adjudicación tiene el mismo valor que las demás adjudicaciones ya tratadas-), o se refieren a los supuestos de transformación, fusión, escisión de sociedades, en que habiendo inmuebles, se aplicarán criterios similares por el cambio de la persona jurídica (sujeto del derecho de propiedad), en cuanto a los inmuebles incluidos en su patrimonio.

En cuanto al aporte de inmuebles a las sociedades, también debe expedirse un título constitutivo de la propiedad que ostenta la sociedad, como en cualquier otra adquisición de inmuebles.

Fuera de estas excepciones, los títulos creados por los actos y contratos en los que el instrumento sea representativo de un derecho, una obligación, una calidad, vínculo o función que invista a un titular, tendrán carácter meramente probatorio y no será necesario para ello la exhibición de la primera copia, ni las posteriores anularán o cancelarán la anteriormente expedida.

Para comprender la diferencia, tomemos el ejemplo de un título de dominio de un inmueble. Sin él, no puede ejercerse el derecho, primero, para peticionar la inscripción y, luego, para disponer del mismo, salvo en el caso de actos simultáneos en los que este título quede como antecedente del acto a celebrar en su consecuencia, debidamente correlacionado.

Si es disposición por venta, como en el supuesto del poder para ser utilizado en el mismo registro donde fue otorgado, no hay circulación, por cuanto la misma se suprime en el mismo acto de creación.

En cambio, si es disposición por gravamen, la primera copia deberá expedirse e inscribirse porque no se suprime un futuro efecto circulatorio. El derecho de dominio subsiste sólo limitado por el gravamen simultáneo.

En lo registral, esto plantea una incongruencia, pues puede llegar a inscribirse la hipoteca sin tener inscripto el dominio, con lo que debemos reconocer que la publicidad del gravamen está hecha bajo la condición resolutoria de la inscripción del dominio.

Mientras el dominio valga en lo cartular y sólo le reste la publicidad de su derecho, los acreedores posteriores a la celebración del documento no podrán oponerse al acreedor hipotecario que inscribió su derecho de garantía. Si lo eran anteriormente, la oponibilidad contra el hipotecario resultaba del conocimiento que este tenía acerca de la publicidad registral y reserva de prioridad. Un acreedor posterior al acto que podía atacar al título de dominio no ingresado dentro de los cuarenta y cinco días de su celebración, no podría anteponer su derecho al acreedor hipotecario que inscribió en término. Por ello, de la incongruencia de tener una hipoteca inscripta, sin que lo esté aún el derecho de dominio, resulta la protección del acreedor hipotecario. Se trata de un problema de oponibilidad por la publicidad registral y cómo, sin inscribir el dominio, siendo válido el mismo, el acreedor hipotecario podría ejecutar el inmueble aún no inscripto a nombre de su deudor. Pero si el dominio resulta nulo en su relación causal, y no hubo transmisión, la inscripción de la hipoteca y la hipoteca misma se resuelven, porque su validez estaba subordinada a la validez del dominio.

La diferencia entre el título de dominio y el de hipoteca es que el primero nace y se constituye como tal, como acto desde su otorgamiento (pleno o limitado como en este caso por la hipoteca simultánea) y circula con la expedición de la primera copia para el adquirente, mientras que los derechos de garantía nacen subordinados a la validez del dominio.

La pérdida, extravío o destrucción de la primera copia del dominio anula la posibilidad de ejercer el derecho que está *consustanciado* como título con la propiedad de la cosa, por ello, es también inmueble, por su carácter representativo, extremo que no se da para la hipoteca, porque nada tiene que ver con la propiedad de la cosa.

La hipoteca puede cederse aun sin tener en su poder, el acreedor cedente, la primera copia de la hipoteca, como puede también cancelarse sin ella, aunque en la práctica es prudente tener la copia a la vista por las anotaciones que puedan señalar otras cesiones o cancelaciones.

Sin embargo, es frecuente que en la ejecución hipotecaria se subrogue una persona en los derechos del acreedor ejecutante y con ello no se produzca

el cambio de acreedor hipotecario. Ello ha ocasionado dificultades por la negativa de algunos jueces a ordenar la cancelación judicial de la hipoteca a pesar del pago del crédito al subrogante.

Esto pone de manifiesto la diferencia que hay entre la propiedad de la cosa gravada y la del crédito que se garantiza con la cosa, pero debe entenderse que, siguiendo la garantía al crédito, su extinción no debería negarse en la vía judicial por la subordinación que uno tiene del otro.

De todo esto se desprende claramente la diferencia entre título constitutivo del derecho de propiedad y título probatorio del crédito y la garantía.

Como título probatorio, ni es absolutamente necesario tener la primera copia de la hipoteca para una ejecución, ni la expedición de la ulterior copia cancela o anula la anterior porque de lo que se trata es de probar su existencia jurídica y su alcance.

En igual medida y con mayor claridad aún, se puede considerar la constitución del estado de propiedad horizontal con el reglamento respectivo.

Los actos a celebrarse sobre inmuebles del edificio requieren del único título constitutivo del derecho de propiedad que se invoca y ejerce, y no del estado del edificio, que puede probarse con copia simple del mismo o ulterior copia, para lo que no hay más restricción por el costo que pueda significar en edificios grandes, por su extensión.

Respecto de otros derechos inscriptos sobre la cosa, como el de protección de la vivienda que resulta de la afectación a la ley 14.394 (Bien de familia), no necesita de la primera copia para oponerlo a quien pretenda la ejecución en contra de su normativa. Bastará la sola inscripción registral para hacerlo oponible o la expedición de otra copia ulterior o copia simple.

Lo mismo sucede con la acreditación de la cancelación de la hipoteca o extinción de derechos reales de usufructo o uso, o la desafectación de bien de familia. Todos tienen el carácter de título probatorios, y ese es el único objeto; bastará acreditar el interés para poder solicitar ulteriores copias.

En términos generales, podemos hacer una síntesis de los títulos con carácter probatorio que más habitualmente se dan en el ámbito notarial, pero que para constituir el carácter de título deberán necesariamente representar un derecho, obligación o una calidad, vínculo o función, excluyendo todo otro documento probatorio de situación de hecho, de estado, o de circunstancias propias de las actuaciones administrativas, judiciales o notariales, que, por tal razón, nada tengan que ver con el título (ni constitutivo ni probatorio), y que simplemente constituyan forma probatoria mediante instrumento público, privado o particular, según lo que en derecho corresponda.

Hay prueba documental pero no título, porque no lo tiene para ejercerlo quien alega un interés.

En cambio, son títulos probatorios los que acreditan la representación orgánica de personas jurídicas. Si bien resulta de la ley que atribuye la representación a determinada función (presidente de la SA, gerente de la SRL, etc.) se complementa con el título integrado por el estatuto social, y en su caso, el acta de asamblea de designación de la persona para el cargo. En otros casos, el título probatorio de la representación es en principio normativo, como en la patria potestad, pero la misma tiene un título probatorio, que es el acto del que resulta el parentesco (acta de nacimiento o la atribución de su ejercicio a algunos de los padres, etc.).

En la judicial, también hay título probatorio de cierta forma de representación judicial, como la del síndico de la quiebra, o el administrador de la sucesión, o de los tutores o curadores, que requieren el discernimiento de la función para la que fueron elegidos.

Este título es meramente probatorio y, a diferencia de los títulos constitutivos, puede probarse por la sola existencia en autos, sin un documento que circule, porque no es su función circular para ejercer el derecho, sino acreditar la designación para el ejercicio de la función.

Como cierre de la clasificación ensayada, nos queda la que responde a una forma de ser, más que de valer o probar y, como tal, requiere como título del único ejemplar original: en unos casos, de solemnidad absoluta (como es el testamento ológrafo) y, en otros, de solemnidad relativa (como ocurre con los papeles de comercio emitidos como títulos circulatorios, en los que la esencialidad resulta de las condiciones normativas de emisión y circulación, pero relativa, por la previsión de reconstrucción para el caso de robo, pérdida o destrucción -art. 746 y sgts. Código de Comercio y arts. 1815 a 1881 CCyC).

6. CARACTERIZACIÓN SEGÚN EL TIPO DE TÍTULO

A fin de poder establecer las diferencias y efectos de los títulos según el tipo al que pertenecen, señalamos a continuación sus caracteres.

6.1. Títulos constitutivos

a) Destinatario personalizado unipersonal

Todo título constitutivo, sea de carácter patrimonial o real, que acredita la propiedad de un derecho real sobre inmuebles, o para la representación voluntaria de la persona física o jurídica, tiene que estar expedido a nombre de la o de las persona/s que ejerció o ejercieron el derecho (de propiedad o de representación, salvo la reserva del poderdante que solicita para él).

Los conflictos que puede llegar a presentar este supuesto, son los siguientes:

a.1) Individual: siendo expedido para una única persona física o jurídica, sólo ella o su representante con facultades suficientes podrá ejercer el derecho que resulta del título (disposición de inmuebles o representación del poderdante, por ejemplo).

La pérdida, extravío o destrucción del título, nos introduce al tema de la expedición de segundas o ulteriores copias, a que nos referiremos más adelante.

Con relación a los títulos constitutivos representativos voluntarios, puede suceder que en el título mismo se haya previsto la falta del título y autorizado al apoderado a solicitar otro nuevo, con lo cual, el poderdante está renunciando tácitamente a invocar la revocación por secuestro o retiro del título. La nueva copia solicitada por el mismo apoderado cumple todos los efectos del primero, salvo que el poderdante haya revocado el poder por acto expreso y notificado de ello al apoderado, o al menos haya rogado al autorizante del poder que tome nota de la revocación, en cuyo caso, por más que se hubiera autorizado la expedición, ésta ya no sería posible. Con relación al apoderamiento irrevocable, existe la misma presunción de subsistencia del poder y el apoderado puede requerir nueva copia, pero con la salvedad de una revocación que en este supuesto ha de serlo con justa causa.

El caso es saber quién califica la justa causa, en cuya circunstancia, el notario que deba expedir la nueva copia, en caso de duda, podrá exigir al requirente la acreditación judicial de su inexistencia, porque acreditar la misma, sería razonable para la expedición.

Distinto es el supuesto de los poderes *post-mortem*, porque estos pueden ser revocados aun sin justa causa, y el notario, anoticiado de la revocación o por la sola presunción de revocación por la falta de la copia expedida para circular, no tiene que justificar su negativa a expedirla.

No obstante (como los poderes *post-mortem* fueron otorgados para ser cumplidos incluso después de la muerte) el apoderado podrá solicitar que se autorice judicialmente la expedición en virtud de que estén pendientes de cumplimiento los negocios para los que fuera otorgado, siempre que el poderdante no tenga hijos menores o incapaces que puedan ser afectados por su actuación dado que el art. 1983 CC establece para estos casos su caducidad.

Cabe señalar con relación a los poderes *post-mortem*, que en la nueva legislación civil y comercial que regirá el 1 de agosto de 2015, han quedado excluidos expresamente cuando se otorgan con motivo de un mandato, declarando su nulidad "si no puede valer como disposición de última voluntad" (art. 1330 CCyC). Por tanto, redactado en un testamento, se debe tener en cuenta que necesariamente podrá tener vigencia a partir de la muerte del otorgante;

en tal caso, si lo es en un testamento ológrafo, deberá contar con la previa convalidación judicial en cuanto a sus formas para poder ser utilizado, no así con el redactado bajo la forma de "escritura pública" en tanto no afecte los derechos de los herederos declarados y se refiera al cumplimiento de obligaciones del causante-testador, que no tienen efectos patrimoniales sobre la masa. En caso de que el apoderado así investido reciba algún beneficio patrimonial, deberá presentarse en el sucesorio y denunciarlo.

No obstante, con ello no se suprimen los poderes *post-mortem* con características similares a los "irrevocables", dado que en ambos casos, conforme al art. 380 inc. b) CCyC, en materia de extinción, se establece que el poder subsiste si fue conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que pueda ser solamente del representante (apoderado adjudicatario en una partición), de un tercero (apoderado para escriturar al comprador por boleto que ha abonado íntegramente el precio), común al representante o al representado (apoderado para escriturar una permuta), del representante y de un tercero (apoderado del socio que aporta un inmueble a la sociedad que integra), o del representado y de un tercero (apoderado del vendedor que a su vez debe saldar el precio).

En estos supuestos se dan similitudes con el poder irrevocable conforme al art. 380 inc. c) CCyC para los supuestos de revocación que no pueden revocarse, en principio, en los mismos casos enumerados precedentemente, pero con el aditamento en este supuesto, entre las condiciones de irrevocabilidad, de la fijación de un plazo para su ejecución, que debe ser cierto.

Esta norma tiene un párrafo final que literalmente dice: "...se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa". Interpretamos de ello que: 1) el solo transcurso del plazo sin "justa causa" no es motivo de revocación; 2) la justa causa legitima la revocación con o sin plazo, por cuanto significaría un verdadero abuso de derecho revocar por el solo vencimiento del plazo, y habiendo percibido el vendedor la totalidad del precio. Quedaría firme entonces el criterio de NATALIO PEDRO ETCHEGARAY de que la limitación del tiempo de la vigencia no es esencial para que se fije una representación irrevocable, quien al recordar la evolución de la jurisprudencia en la interpretación de estos supuestos, dice:

En el caso del poder irrevocable los jueces fueron señalando a lo largo de la utilización del Código Civil, en distintos fallos, que no podía interpretarse que dicha figura "tuviera vigencia eterna" cuando de las demás características del negocio ello resultaba abusivo y en consecuencia generaba la posibilidad de aplicar otro de los principios generales del derecho "con justa causa puede revocarse la representación irrevocable". (Dictamen en Revista del Centro de Estudios Notariales,

Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 2, octubre 2006, pág. 82).

El nuevo Código reafirma, a nuestro entender, esta razonable interpretación y, en tanto, la fijación del plazo no resulte como causante de la justa causa de revocación, el poder subsiste. Claro que ello deberá resultar claramente de la redacción del poder y, en caso de duda, la interpretación deberá ser judicial. Del mismo modo, la expedición de la ulterior copia del poder, sujeta a estas condiciones, dependerá de la claridad del texto o de la interpretación judicial.

A modo de ejemplo, planteamos un poder irrevocable que diga: "Este poder se confiere con carácter de irrevocable por el plazo de dos años, pactados como condición de extinción improrrogable, por el daño que resultaría al poderdante, la continuación de una titularidad en apariencia". Frente a esta cláusula, no habría duda de que el plazo es determinante de la justa causa.

b) Destinatario personalizado múltiple

Cuando la expedición se ha hecho para dos o más destinatarios individualizados y se trata de títulos constitutivos patrimoniales reales, cualquiera de los sujetos comprendidos podrá solicitar una ulterior copia en forma individual, en cuyo caso, su participación en el anterior conjunto quedará sin efecto y no podrá ser utilizado por él.

La nueva expedición a su nombre obliga a la utilización de la nueva copia por él, mientras que para los restantes que no lo solicitaron, continuará vigente la anterior copia expedida.

Como se trata de título patrimonial-real, referido a la propiedad de inmuebles, cada propietario puede ejercer el derecho que resulta del título con la copia que, al momento de ser utilizada, esté vigente, y si sólo dispone de su parte indivisa, ninguna participación necesita del restante o de las restantes.

En cuanto al *título constitutivo representativo volitivo*, se deberá tener en cuenta, en primer lugar, si el poder fue conferido en forma conjunta, separada o indistinta a favor de los apoderados.

Si del poder se ha expedido una primera copia para cada apoderado, en la actuación conjunta deberá acreditarse la tenencia del título por cada uno. Si, en cambio, se ha expedido una para todos los apoderados, ninguno podrá solicitar en forma conjunta o individual, una ulterior copia sin la autorización del poderdante. En el primer supuesto, la falta de alguna copia hace presumir la revocación tácita de la persona para quien se había expedido.

En el otro supuesto, la falta de la copia conjunta hace presumir la cesación del poder para todos, con las mismas aclaraciones planteadas en poderes irrevocables o *post-mortem*.

6.2. Autónomos

La fidelidad de la copia en relación a su matriz, y la precisión de la persona autorizada para el ejercicio del derecho representado en el título, dan autonomía a este documento con relación a la propia matriz, que no tiene valor circulatorio ni destinatario, a otras copias con distinto destinatario, y a la copia simple de la matriz o copia auténtica de este mismo, constituyéndose el título resultante en original y único para el ejercicio del derecho.

Si bien los títulos constitutivos representativos volitivos se utilizan en documentos notariales y se guarda copia certificada (salvo que sea con el único objeto ejecutado en ese acto en que debe agregarse el original retirándolo de circulación), es necesario para el escribano interviniente dar fe de haberlo tenido a la vista en su original, única forma de asegurarse de que no fue revocado por retiro del título ni sustituido.

En la práctica, se completa la diligencia con la conformidad de la declaración del apoderado, de que el poder no ha sido revocado. La autonomía del título hace a la esencialidad de su tenencia y de su exhibición para el ejercicio del derecho.

7. REGULACIÓN LEGAL PARA SU REEMPLAZO EN CASO DE PÉRDIDA O DESTRUCCIÓN DEL TÍTULO

El título constitutivo, a diferencia del probatorio, no puede ser reemplazado por otro ulterior, por la sola acreditación del interés del título, sino que está sujeto a una estricta regulación normativa, pues comprende el cumplimiento de ciertos requisitos o la autorización judicial previa.

Cuando decimos que no es suficiente la sola acreditación del interés, ello se debe a que el título constitutivo tiene un destinatario que personaliza el ejercicio del derecho en el sujeto del título.

Sólo él, su apoderado con facultades suficientes o sus herederos declarados pueden solicitarla.

Por la especialidad de la cuestión de pedir ulteriores copias y por la responsabilidad que genera la invocación de la razón del requerimiento, es que, tratándose de un poder general, debe estar autorizado en forma expresa, porque no se trata de un simple acto de administración.

Debe tenerse en cuenta que la expedición de la ulterior copia saca de circulación a la anterior, acto que no puede admitirse al apoderado en forma inconsulta.

En cuanto a los poderes especiales, únicamente cuando no tratan de negocios concluidos, con precio pagado y posesión entregada (como sucede con

el poder irrevocable) en la que sólo resta la obligación de escriturar, no sería necesaria la facultad expresa, porque el cumplimiento del poder conlleva el derecho a reunir todos los elementos necesarios para ello.

En los demás poderes especiales, aun cuando lo fueran para venta, no puede despojarse al poderdante del derecho a dejar sin efecto la copia en vigencia como título, salvo que lo autorizara expresamente, es decir que para los apoderados será necesaria la facultad expresa de requerir posteriores copias, con la excepción de los poderes irrevocables en los que sólo resta la escrituración del bien representado en el título.

Con respecto a los herederos, sólo podrán solicitarlo quienes ya estuvieran declarados tales o fueran sucesores por la aprobación del testamento. En los demás supuestos, deberán contar con la autorización judicial.

Además de la calidad del solicitante, se requiere de imperio normativo, que en el título, cuya ulterior copia se solicita, no haya o subsistan obligaciones pendientes de cumplimiento.

Cabe aclarar que no se trata de obligaciones pendientes, otros derechos reales de propiedad constituidos en el mismo acto, o que ya existieron con anterioridad al dominio y que se reconocieron.

Entonces nada tienen que ver con las obligaciones pendientes, la coexistencia en el título del derecho de dominio, desdoblado, por un lado, una nuda propiedad y, por el otro, un usufructo. Cada titular de estos derechos puede pedir posteriores copias, acreditando su calidad de titular del derecho sobre el que se pide la expedición (nudo propietario o usufructuario) sin conformidad alguna del otro.

Obligaciones pendientes son aquellas que limitan el ejercicio del derecho, como podría suceder en adquisiciones sujetas a obligaciones condicionales, suspensivas o resolutorias, pacto de retroventa o reventa, de preferencia, de mejor comprador, comisorio, pago de saldo de precio con o sin garantía hipotecaria, etc.

En estos casos, deberá acreditarse el cumplimiento o la extinción de la obligación, o su percepción y, a falta de ellos, la autorización judicial.

Los casos más habituales de "obligaciones pendientes" son los del saldo de precio y, dado que la forma para el recibo es la del documento en el que se constituyó la obligación, el principio es que deben existir tanto la cancelación como la extinción, en escritura pública.

El mero recibo por instrumento privado no da certeza sobre el cumplimiento y, por tanto, no es suficiente para la expedición de la ulterior copia, salvo que el pago se haya acreditado en proceso judicial y, entonces, la validez resultará de este instrumento público, como en el judicial, o en los supuestos de cancelación por acto administrativo, como sucede con hipotecas con el ex Banco Hipotecario Nacional, el Banco de la Provincia de Buenos Aires o el Banco de la Nación Argentina.

Doctrina

Fuera de estos casos, se requerirá la autorización judicial.

Lo que sí debe aclararse, es que el Código contempla las obligaciones pendientes en el acto de constitución del título y no las obligaciones posteriores, para las que será suficiente, en caso de que resulten de informe registral, la sola relación de las mismas en la expedición de la ulterior copia (embargos, hipotecas, etc.).

Así, resulta del art. 1007 CC, y para el nuevo Código Civil y Comercial, del art. 308, en tanto señala que:

Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso se deberá requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación o autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico.

En cuanto a la prescripción, siendo liberatoria por el solo cumplimiento del plazo, bastará con el cómputo del mismo, siendo diligencia necesaria del acreedor que pretende impedir la expedición de ulteriores copias, renovar la anotación o publicitar la vigencia de su reclamo interruptorio de la prescripción, mediante anotación de *litis* u otra cautelar para permitir su conocimiento.

Pero, en todos los casos, es, entonces, referente a obligaciones pendientes en el mismo acto constitutivo del título y no para supuestos posteriores.

8. DERECHO DE RETENCIÓN

Una de las características más salientes del título constitutivo es la de dar a su emisor, antes de la entrega al destinatario, el derecho de retención. Claro que para llegar a esta conclusión debemos afrontar todas las dudas que plantean la doctrina y la jurisprudencia, que se han mostrado vacilantes y contradictorias, tanto respecto a la propia naturaleza del derecho en cuestión como a su aplicación al supuesto del notario que no ha percibido gastos y honorarios incluidos en la creación del título, por no tratarse de un objeto material con valor patrimonial en sí, aunque integraría, junto con *exceptio non adimpleti contractus* y la compensación una forma más de defensa privada para el cobro de lo que se le debe por el título mismo.

La entrega obligada del título de propiedad de un inmueble al adquirente que no ha pagado los honorarios, los impuestos, los derechos, los cargos, las contribuciones y otros emolumentos afrontados por el notario, plantea una injusticia palmaria frente al beneficio del destinatario por la responsable y buena actuación funcional.

Pretender que se entregue el título, si bien no lo exime al escribano para cobrar con él, parece abusivo de un derecho que no quedaría verdaderamente configurado hasta el cumplimiento total de las obligaciones que tiene el destinatario.

Aquí es donde se plantea la posibilidad de ejercer el derecho de retención para forzar la voluntad del destinatario, porque hay una perfecta conexión entre la obligación de restituir (en este caso entregar el título) y el crédito que el notario tiene a percibir todo lo pagado para su creación. Claro que no es esta la situación regulada por el art. 3939 y conc. del Código Civil y menos aún de lo que resulta de la nueva legislación, en tanto el art. 2588 CCyC establece respecto de la "cosa retenida": "Toda cosa que esté en el comercio puede ser retenida siempre que deba restituirse y ser embargable según la legislación vigente". El título, salvo los títulos valores (tal como traslado de derechos constituidos a su través), ni son embargables ni están en el comercio, por su propia naturaleza; ha desaparecido de la nueva legislación, incluso la calificación de "inmueble por su carácter representativo" que resultaba del art. 2317 CC.

Se ha dicho, entre otras cosas, que el derecho de retención es un "derecho personal" que tiene quien debe restituir la cosa en razón de un crédito por razón de la misma cosa, que el obligado a entregarla tiene contra quien reclama su restitución. La particularidad es que no funciona como la prenda, por ejemplo, porque no es un derecho real (dado que no está incluido en la enumeración del art. 2503 CC ni en la nueva legislación que se refiere a la prenda de cosas o de créditos -arts. 2219, 2224, 2234 y conc. CCyC-), ni tiene el *jus distraendi* ni el *jus preferendi*.

Según la doctrina, se trata simplemente de una presión por la imposibilidad que tiene el acreedor de la restitución de la cosa, de usar de ella, lo que podría inclinar su voluntad, pacíficamente a cumplir con el pago al que está obligado, pero no con la cosa misma.

Otra doctrina avanza sobre la naturaleza, admitiendo que se trata de un verdadero derecho real, a pesar de la falta de enunciación expresa, porque crea una relación directa con la cosa, oponible a terceros.

En nuestra jurisprudencia, ante la falta de regulación expresa (entre los derechos personales) y la falta de inclusión (entre los derechos reales), ha sustentado la teoría del carácter mixto de este derecho, más aún cuando su regulación normativa es ajena a ambos, dado que no se legisla en el libro IV (art. 3939 y conc. CC y 2587 y sgts. CCyC).

Finalmente, ante la inexistencia de un derecho autónomo, fortalecen el criterio de la "facultad", antes que un derecho mismo, y lo definen como la "facultad otorgada por la ley al *obligado a la entrega o restitución* de una cosa para *retardar su cumplimiento*, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que se tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega".

Así se ha interpretado en forma diversa, el ejercicio del derecho de retención sobre un título, dado que un principio indica que "sólo pueden ser objeto del derecho de retención las cosas corporales, muebles o inmuebles; no así los documentos o papeles carentes de valor económico y por ello no susceptibles de ejecución o expropiación forzada". Mientras, otro sector de la jurisprudencia ha dicho que la imposibilidad física de retener lo que no puede poseer "no impide que el título de un crédito, el *instrumento* de este crédito puede ser objeto del derecho de retención; por ejemplo, por el escribano que ha recibido este acto y lo retiene, para conseguir por este medio el pago de los gastos que le son debidos..." (SALVAT, RAYMUNDO L. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, Tomo IV, Ed. TEA, Buenos Aires, 1964, pág. 759).

Sin embargo, la característica que tiene como "facultad" arrastra a la imposibilidad de cobrarse en la cosa misma o a generar una preferencia. Atento a la conexión que existe entre el retenedor de la cosa (escribano) en razón de la falta de pago de todo aquello que sea necesario para la generación del título y la deuda misma, no se ve razón o fundamento para negarlo.

Claro que esta facultad se tiene ante un título constitutivo, en el que el derecho sólo puede ejercerse con éste, porque (en el caso de ser título probatorio), la sola posibilidad de pedir otra copia y, fundamentalmente, la inexistencia de resguardo o medida que impida la expedición y la prueba del derecho aún sin un título, la hace ineficaz para ejercer el derecho de retención.

Sólo invocando reglas de equidad, ante el abuso de quien no abona por la creación del título, podría invocarse el ejercicio del derecho de retención, pero esta solución depende, en todos los casos, de la apreciación judicial, porque no hace a la esencia de la mentada facultad regulada como "derecho de retención".

En lo práctico, yendo al supuesto de la hipoteca, lo común es que los gastos de su constitución sean a cargo del deudor y quien requiere la copia o el título de hipoteca, es el acreedor no obligado al pago.

La negativa del escribano a entregarlo, aun cuando el acreedor haya asumido los gastos, no lo sería por una obligación generada en la creación del título, sino por la asunción de una obligación ajena.

El verdadero obligado al pago (deudor de la deuda garantizada con hipoteca) no tendría derecho a reclamar el título para circular, sino una mera copia para conocimiento de la obligación contractual.

No se dan, entonces, en los títulos probatorios, las condiciones para invocar el derecho de retención a fin de obtener el pago de gastos de escritura.

Finalmente con relación al derecho de retención, digamos cuáles son sus caracteres principales: 1- Se trata de una garantía de cumplimiento de obli-

gaciones. 2- El acreedor mantiene la posesión de un bien que no es de su propiedad, pero sólo el *corpus*, es decir, a título de tenencia. No es aplicable entonces al vendedor que no cobra, porque la cosa vendida y no entregada era de su propiedad. En el supuesto del título constitutivo del vendedor, si bien no se trata de la propiedad de una cosa en sentido estricto, de todos modos nunca le correspondió el mismo al escribano, por cuanto desde su expedición está indicado el destinatario, que es a quien corresponde, y el escribano conoce la mera tenencia de ese título para garantizar su cobro, sin el *jus distraendi* ni el *jus preferendi* que podría tener el acreedor prendario. 3- De allí la tercera característica del derecho de retención, que no da al acreedor derecho a disponer del bien retenido. 4- Como es accesorio del crédito exigible, la prescripción de la deuda del obligado (comprador, por ejemplo, en la deuda por gastos de escritura) impide su ejercicio. 5- Es indivisible, razón por la cual, hasta el pago total de lo adeudado por el "retenido", la cosa permanece en poder del "retenedor". 6- Si el crédito es cesible, podría cederse el derecho de retención pero en el caso del ejercicio por el escribano para el cobro de sus gastos, es discutible su aplicación. Lo retenido no tiene valor patrimonial.

En algunas legislaciones, el derecho de retención puede inscribirse en el Registro de la Propiedad (no previsto en la nuestra) y puede también ser convalidado por la parte. No obstante resulta de una regulación normativa.

Por los fundamentos dados, entendemos que no es posible invocar el derecho de retención aunque se trate de "títulos constitutivos", en favor del escribano que es acreedor del destinatario del mismo por deudas de su creación, y menos aún en los casos de títulos probatorios.

No obstante, el reclamo válido de un crédito generado en la creación del título puede justificar la retención por el incumplimiento de la obligación del deudor de los gastos y los honorarios de la escritura, virtud de la diligencia y el cumplimiento por el escribano; atento a los principios de buena fe, reiterados en la nueva legislación, existe el derecho por la vía interpretativa del art. 961 CCyC, cuando establece que:

"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".

Atento al incumplimiento, siguiendo una tradición en materia contractual, el art. 1031 CCyC establece la posibilidad de la suspensión de la obligación, en el caso de que el escribano entregue el título, hasta tanto el requirente del servicio no cumpla con su obligación de pago. Por tanto, si bien no puede hacerse

de su crédito con la cosa que no está en el comercio (título) al menos puede ejercer la justificada presión de conservar el título hasta que el deudor pague.

9. TESTIMONIOS. CERTIFICADOS

Diferenciamos en el Código velezano, la expresión “testimonio” de “copia” como primera o ulterior, en razón de ser esta la expresión normativa utilizada, aunque en la práctica era habitual darle la primera denominación.

Sin embargo, “testimonio”, ajena a la norma regulatoria, era comprensiva de una interpretación más extensa, como resulta en doctrina de la definición que hizo ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU como “...cualquier afirmación escrita, firmada o signada por el notario que se refiere a un hecho o documento en que el propio notario haya intervenido, o al que sea ajeno” (*Derecho Notarial*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, pág. 785).

La ley 9020 de nuestra Provincia ha evitado la confusión entre “testimonio” y “copia”, y preferido la denominación de “certificados” y “certificaciones” para testimoniar hechos o documentos extraños al traslado protocolar (arts. 171 a 175 ley 9020 y arts. 118 a 122 del Reglamento).

La ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se ha referido a los testimonios en los arts. 109, 110 y 112 a 116, sobre la base de la afirmación escrita del notario referida a “documentos” que reproduce literalmente, en forma total o parcial, pero no del documento matriz (*La Escritura Pública*, tomo II, pág. 171).

Hoy, la reforma de la legislación civil, unificando los códigos civil y comercial, ha respetado la corriente velezana, pero ha dado también cabida a la que en la práctica se utilizaba vulgarmente. Señala en el art. 308, bajo el rubro “Copias o testimonios” que “El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes...”, con lo que está equiparando la terminología a los traslados sea de títulos constitutivos o probatorios.

Igual denominación utiliza en el art. 299 CCyC al señalar que “La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz”.

A su vez, al tratar los “instrumentos públicos”, considera tales en el art. 289 CCyC: “a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios”.

Entonces queda en la nueva legislación, la denominación de *certificaciones o certificados*, para todos aquellos instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes (art. 289 CCyC). En tal caso, la remisión permite recoger como tales lo que

definía GIMÉNEZ ARNAU bajo la denominación de “testimonios”, hoy equivalente a “primera o ulterior copia”.

Toda la actividad fedante, ajena al protocolo y a sus traslados (copias o testimonio) tiene la debida fe pública por la intervención del notario, se trate de una certificación de firma, fotocopia, extractos, relaciones o resúmenes, etc., tal como lo regula la ley 9020 en los arts. 171 a 177 y arts. 118 a 135 del decreto reglamentario 3887/98, pero limitando la autenticidad a la aseveración de haber tenido a la vista el documento respectivo en el supuesto de extractos, relaciones o resúmenes.

Al respecto, nos remitimos a nuestra obra *La Escritura Pública*, tomo II citado, en particular, pág. 183 y sgts.

10. CONCLUSIONES

De lo dicho hasta aquí se desprende un principio general, cual es la naturaleza diversa del documento notarial, formado en los supuestos más complejos de dos elementos: a) el documento protocolar, estático y preservado en poder del autorizante o de quien lo reemplace al efecto; y b) el documento que circula como traslado del anterior, cuya naturaleza depende del carácter que inviste por el “destino” y la creación de “titularidad” para la persona a la que se atribuye el derecho subjetivo con el que lo conecta, o de prueba eficaz de su contenido.

Si bien el traslado es reproducción fiel del documento protocolar, no por ello es igual, dado que aunque esté redactado fuera del protocolo y tenga reglada su forma, se identifica por el “concuerta”, del que resultan los caracteres de este nuevo documento circulatorio, la o las personas para quienes se expide, el lugar y la fecha, que puede ser distinta en este último caso del documento protocolar.

Como dice GATTARI: “Su objetivo es comunicar a los interesados el derecho y los hechos constituidos con eficacia para el tráfico jurídico” (Ob. cit. pág. 186), se deriva de ello, si crea *titularidad* o genera *prueba* su forma de *valer*, *trascender* o *probar*.

Omitimos en este caso la “forma de ser” por cuanto nunca se da en el “traslado”, dado que la misma está reservada para aquellos supuestos en los que, al decir de CARLOS EMÉRITO GONZÁLEZ, la forma se exige con la finalidad de que el negocio no sea, no exista, sin ella. “La forma es constitutiva. Constitutiva de la estructura del negocio y de la declaración de la voluntad negocial. Es requisito del negocio” (*Teoría General del Instrumento Público*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1953, pág. 141).

En este supuesto, el documento es único, no hay traslado, porque es un requisito del negocio mismo. En cambio, cuando decimos que el traslado es constitutivo, lo hacemos en el sentido de crear titularidad para el ejercicio del derecho. En los demás supuestos, las copias prueban la existencia y el contenido del instrumento matriz reproducido con valor de plena fe (art. 993 CC). Como sostuvo JOSÉ CARMINIO CASTAGNO, en el "XXVII Seminario Teórico Práctico Laureano Arturo Moreira" de la entonces Academia Argentina del Notariado, celebrado entre el 21 y 22 de octubre de 1992, "Sólo las primeras o ulteriores copias subrogan a la matriz en su eficacia" (Cuaderno del Seminario, pág. 67).

Desde el comienzo de este trabajo, adoptamos la clasificación cuatripartita de este autor, como formas de ser, de valer, de trascender y de probar (CARMINIO CASTAGNO, JOSÉ C. "Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica", en Revista del Notariado, N° 850, año 1997, pág. 23), pero omitimos caracterizar los casos de "forma de trascender" en los traslados en forma independiente, por estar referidos a la "eficacia", que como nuestro autor señala es la que se aplica como forma exigida "para que el *factum* que 'existe' y es 'válido', sea eficaz" (Op. cit., pág. 34). Resulta que el "traslado", sea como forma de valer o de probar, siempre debe tener forma de "trascender", que es la eficacia que permite la circulación del documento bajo los principios de certeza y la fé pública que la caracteriza como instrumento público.

Por tal razón, y tal como señala ETCHEGARAY, constituyen copias las reproducciones literales, completas o parciales, de los documentos notariales matrices. Deben expresar su correspondencia exacta con el original y, si no fueran exactos e íntegros, debe aclararse al final el objeto y el destino para el cual se expiden y llevar la mención relativa a la calidad de primera o ulterior (ETCHEGARAY, NATALIO PEDRO. *Función Notarial. Derecho Notarial Aplicado*, tomo 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, págs. 198/99.)

De nuestra parte, desarrollamos el carácter y los requisitos de las primeras o ulteriores copias en *La Escritura Pública*, particularmente a la luz de las leyes 9020 de la Provincia de Buenos Aires y 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (tomo II, Ed. FEN, La Plata 2003, pág. 155 y sgts.), para luego establecer las diferencias con las "copias simples", que son las que se expiden como copia de la matriz, pero sin las características de las "primeras o ulteriores", por tanto, sin "concuenda". Como sostuvo PELOSI, son verdaderos instrumentos públicos conforme con lo prescripto por el art. 979 inc. 2 del Código Civil, con fuerza probatoria variable según las circunstancias y con una cláusula de suscripción o certificación final que establece que es reproducción fiel, el lugar y la fecha de la expedición, salvado, sello y firma.

Aclaremos, en nuestra obra, las diferencias de las copias simples conforme el desarrollo de PELOSI, con la regulación que se hace en la provincia de

Buenos Aires en el art. 117 del Reglamento Notarial. Allí se señala expresamente que carecerán de los efectos previstos en el art. 1010 del Código Civil y no podrán, en consecuencia, sustituir, en ningún caso, a las copias a que se refieren los arts. 1006, 1007 y 1011 de dicho Código y el art. 166 de la ley 9020 (*La Escritura Pública*, tomo II, pág. 165 y sgts.).

Concluíamos en nuestra obra, que estas “copias simples”, conforme a lo que resultaba del Reglamento Notarial de nuestra Provincia, estaban más cerca de las “simples copias” de PELOSI, que de las copias simples que él diferenciaba. En consecuencia, las mismas carecen de forma de trascender, porque son ineficaces para el cumplimiento de la finalidad de los traslados, y sugeríamos que, para dársele, debían expedirse con una clara expresión en el documento, no sólo de concordar fielmente con la matriz, sino que se expedía con expresa certificación de su autenticidad para una finalidad determinada (como sería un requerimiento judicial de copia para probar su contenido en un juicio, por ejemplo, cerrando con la indicación de lugar y fecha -Ob. cit., pág. 167-).

Es decir, también hay forma de trascender en el documento probatorio, porque da plena fe pública al contenido que representa los hechos que pasaron en presencia del funcionario autorizante, función principal de las “actas”.

Recordemos que “En doctrina se ha dicho que el acta notarial es un instrumento público, autorizado por notario competente, a requerimiento de una persona con interés legítimo y que tiene por objeto constatar la realidad o verdad de un hecho que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos” (ETCHEGARAY, NATALIO P. Ob. cit., pág. 310).

Entendemos que el traslado puede configurar un documento constitutivo de titularidad según el destino y la persona para quien se expide (por ejemplo, el comprador en una compraventa), pero también como receptáculo de la prueba del otorgamiento celebrado para probar su existencia o efectos para el transmitente. Este no tiene necesidad de un título constitutivo, porque ya ha dejado de ser titular del derecho sobre el inmueble enajenado, pero sí es interesado en probar ese hecho que documenta el otorgamiento celebrado y, como tal, es eficaz para probarlo, con lo que queda claro entonces que tanto es trascendente la forma de valer como la de probar, porque genera autenticidad al traslado.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula ampliamente las “actas” y da contenido normativo a lo que, a través de las costumbres y legislaciones locales, se había hecho técnica en su desarrollo, tal como la constancia del requerimiento, la innecesariedad de acreditar personería, el no conocimiento o identificación de los intervinientes con quienes se trata la diligencia, ni la unidad de acto, de redacción o de la falta de firma cuando algún interesado se niegue a ello, dejando constancia (como señala el art. 311 CCyC), como excepción a los requisitos habituales de las escrituras públicas propiamente dichas.

Doctrina

Como cierre, el art. 312 CCyC, establece los alcances del valor probatorio de las actas, circunscripto a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. Aclara al final que las declaraciones y juicios que se emiten en las actas deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

En estas circunstancias cabe recordar que muchas veces el contenido de las actas, que tienen por objeto la comprobación de hechos (art. 310 CCyC) puede confundirse con declaraciones de voluntad negocial, a lo que debe estar muy atento el notario. Así, en tales casos, no corresponderían las excepciones previstas para las actas y se trataría de una escritura propiamente dicha.

En la práctica, suele notificarse el despido de un dependiente y, en tal caso, se trata de un hecho que comprueba el notario, pero si además de ello se acuerda el pago de una indemnización por el despido, y el trabajador acepta la rescisión laboral, ya estamos en presencia de declaraciones negociales. Deberá entonces acreditarse personería (art. 307 CCyC), identificar debidamente a las personas intervinientes (art. 306 CCyC) aunque no sea el requirente, y deberá estar firmada, salvo el caso de que no pueda, dará razón de ello suscribiendo otra persona a su ruego, y dejará estampada su impresión digital (art. 305 inc. f, CCyC).

Como reflexión final, digamos que el traslado que se haga de las actas permitirá detener el tiempo en el relato recogido por el notario como prueba de los hechos sucedidos en su presencia y convertir el pasado en un presente permanente, es decir, en un "estar siendo" que es al derecho, lo que el gerundio a la gramática.

Conocimiento, interpretación y aplicación del derecho en la perspectiva del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación

Carlos Enrique Pettoruti

SUMARIO: 1. *La puerta iusfilosófica del Código.* 2. *Fuente de conocimiento y aplicación del derecho.* 3. *Las fuentes del derecho.* 4. *El muy especial tema de la costumbre jurídica.* 5. *¿Es posible establecer pautas interpretativas?* 6. *La decisión judicial en el contexto de la democracia actual.*

1. LA PUERTA IUSFILOSÓFICA DEL CÓDIGO

El Título Preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación plantea una visión iusfilosófica que, sin lugar a dudas, inspira a todo el cuerpo normativo: sus cuatro capítulos se refieren al derecho, a la ley, al ejercicio de los derechos y a los derechos, y a los bienes.

A diferencia de nuestro vigente Código Civil, en cuyo primer Título Preliminar se comienza normando acerca de las leyes, el proyecto en análisis contiene un primer capítulo referido al derecho, y un segundo capítulo referido a la ley.

Esto marca una perspectiva que no se limita a la consideración de lo estrictamente normativo y positivo, sino que rompe con los esquemas de la dogmática tradicional que identifica a la ley con el derecho, para considerar, en cambio, al fenómeno jurídico como un complejo proceso en el cual deben tenerse en cuenta sus fuentes, la interpretación, la aplicación de las normas y, finalmente, las características de los fundamentos de una resolución judicial.

No podemos aquí evitar pensar en las sabias palabras de GENARO CARRIÓ cuando expresó: "...la verdad es que para ser un buen abogado es necesario conocer el derecho, y no es suficiente conocerlo". El derecho no se limita a una norma estática, sino que implica un proceso dinámico de creación, conocimiento, interpretación y aplicación.

Esta es, en nuestra opinión, la problemática que aborda el título preliminar del proyecto, fundamentalmente al tratar separadamente al derecho de la ley y esa es la razón por la cual sostenemos que subyace en ello una nueva y amplia visión filosófica del derecho.

El derecho no puede ser aislado de la interpretación. ARISTÓTELES sostenía que el Hombre es un *zoon politikon*, pues también entonces es posible afirmar que el Hombre es un *zoon hermeneutikon*: nacemos, vivimos y morimos interpretando gestos, signos, símbolos, ideas, conceptos o realidades.

La interpretación está tan unida a nuestra esencia de hominidad, que interpretamos hasta cuando sostenemos que no lo hacemos. Claro es que la interpretación, como parte del proceso racional de conocimiento, puede ser analizada desde distintas perspectivas. Al igual que este, es posible hacer referencia a una interpretación corriente, que como el conocimiento vulgar se caracteriza por su ametodicidad y asistematicidad, una interpretación científica, que encierra dentro de sí a todas aquellas propuestas interpretativas que han pretendido proporcionar sistemáticamente un camino para la hermenéutica de determinado tipos de objetos, y una filosofía de la interpretación.

Desde la perspectiva filosófica no puede haber conocimiento de un objeto sin interpretación del mismo, y la actividad del intérprete dependerá del tipo de objeto al cual dirija su actividad cognoscitiva: no es lo mismo conocer y,

consecuentemente, interpretar una ecuación matemática, un fenómeno de la naturaleza o una obra literaria.

Por más que los objetos referidos precedentemente puedan parecer (y de hecho lo son) totalmente diversos, el acceso a cada uno de ellos presupone una actividad interpretativa.

Debido a eso, una filosofía general de la interpretación no sólo se halla estrechamente vinculada a la problemática gnoseológica, sino también implica un posicionamiento frente al objeto y, por lo tanto, un análisis ontológico.

Si lo expuesto precedentemente es llevado al plano del derecho, es posible ver de qué manera una concepción interpretativa varía según la perspectiva o visión que se tenga acerca del derecho como objeto a estudiar.

En tal sentido, ha sido CARLOS COSSIO quien planteó con mayor claridad y precisión la relación que existe entre una concepción ontológica y una concepción interpretativa.

El autor mencionado parte de la base de que no puede haber efectivamente conocimiento de un objeto (en cualquier ámbito científico) sin un punto de vista, y "sin el examen de estos puntos de vista intelectuales no podemos apreciar el valor de nuestros conceptos"¹.

Por lo tanto, interpretar no es solamente posicionarse frente al objeto (perspectiva ontológica) y seguir el camino de acceso al mismo (perspectiva gnoseológica), sino que también presupone una decisión de selección y aceptación (o no) del resultado interpretativo (perspectiva axiológica).

El art. 2º del proyecto dice "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre los derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Se echa así por tierra cualquier posibilidad de recurrir a los métodos de interpretación de inspiración intelectualista que proponían un camino único y verdadero para desentrañar el sentido de una norma.

Por el contrario, el art. 2º en una concisa, pero, a su vez, gigantesca enunciación, encumbra un modelo sistemático que abarca no sólo los aspectos gramaticales de la norma, su télesis y su coherencia con el sistema normativo, sino que exorbita la normatividad positiva al incorporar dentro del proceso interpretativo los derechos humanos, los principios y los valores jurídicos.

En tal sentido, señaló JUAN CARLOS SMITH que el conocimiento jurídico no puede omitir las características existenciales de su objeto: las aspiraciones, las exigencias y los hechos que motivan las normas no pueden constituir un área del

1 COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1944.

conocimiento jurídico distinto de la de las normas que las expresan, pues entonces estaríamos distorsionando las características ontológicas del objeto, un objeto complejo constituido por la correlación entre la norma y la conducta, o, dicho en otras palabras, la regulación normativa de la conducta expresada en la norma y la conducta humana regulada dentro de un determinado contexto axiológico².

2. FUENTE DE CONOCIMIENTO Y APLICACIÓN DEL DERECHO

Conocimiento, interpretación, fundamentación y aplicación del derecho no son conceptos independientes o estancos, pero tampoco se trata de una mera cadena o sucesión de actividades.

Conocer, interpretar, fundamentar y aplicar el derecho implica momentos diversos de una misma y única realidad jurídica. Si bien es cierto que todos estos se hallan ubicados dentro del amplio marco de la filosofía de la praxis, que supone el punto de partida de toda disciplina social, podemos establecer distintos sentidos o formas de encarar la problemática jurídica según conozcamos, busquemos un fundamento, interpretemos o apliquemos el derecho.

Indagar sobre los criterios de fundamentación del derecho conduce necesariamente a un posicionamiento de tipo ontológico pues, como señalamos precedentemente, requiere partir de la pregunta: ¿qué es el derecho?, o bien, ¿qué es aquello que se considera derecho?

Reflexionar sobre la interpretación del derecho supone que, una vez superado o al menos acotado por consenso el criterio de fundamentación del derecho, se adopte una concepción respecto del camino interpretativo y sus resultados. El problema es aquí, metodológico.

Finalmente, referirse a la aplicación del derecho lleva a analizar los alcances y consecuencias del resultado interpretativo. Es este un problema tópico del caso concreto a resolver, de la práctica cotidiana del derecho.

No es casual que estos tres aspectos: ontológico, gnoseológico y tópico, converjan en la filosofía de la interpretación del derecho; tampoco lo es que, desde cada uno de estos tres enfoques, se haya pretendido dar soluciones dualistas.

La fundamentación del derecho como pregunta ontológica, más allá de las distintas respuestas que puede recibir, se bifurca en el marco del pensamiento filosófico tradicional en posiciones racionalistas y empiristas: ¿conocemos un objeto metafísico, ideal, abstracto, inmutable o sensible, concreto y contingen-

2 SMITH, Juan Carlos. *El desarrollo de las concepciones iusfilosóficas*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.

te? Racionalismo y empirismo se presentan entonces como un primer gran dualismo fundamentador de la esencia del derecho que nos lleva a conclusiones muy distintas: el derecho es ley (positiva o natural) o el derecho es experiencia (efectividad o *law in action*, como dirían los realistas). Obviamente, toda concepción iusfilosófica termina repercutiendo en la práctica jurídica.

Dado por sentado qué habrá de conocerse (o, al menos, haberlo acotado), el siguiente paso será reflexionar acerca de los alcances de la actividad interpretativa: el dualismo o las dos grandes direcciones que se presentan aquí no están representados por la razón y la experiencia, sino por el intelecto y la voluntad. Intelectualismo y voluntarismo constituyen los dos puntos de vista, cosmovisiones o "concepciones interpretativas" (como las denomina CARLOS COSSIO) que habrán de fijar nuestra postura interpretativa frente al objeto. El intelectualismo considera a la interpretación como un acto del intelecto que conlleva una única solución verdadera. Por su parte, el voluntarismo considera que siempre existe un marco de indeterminación normativa, cuya resolución deberá ser hallada voluntariamente por el intérprete. No hay, entonces, una referencia a soluciones verdaderas, sino a soluciones más o menos razonables.

La última perspectiva a considerar es la que se refiere a los resultados finales de la actividad interpretativa, al "producto" de la interpretación. Ello se evidencia en las situaciones fácticas o en los casos concretos; de allí que exista una vinculación de este aspecto con la denominada "tópica jurídica".

Frente a la pregunta: ¿qué es lo que realmente ha hecho un juez al resolver un caso?, pueden intentarse distintas respuestas. Un positivista kelseniano responderá: "...se aplicó una norma general y creó una norma individual". Un iusnaturalista sostendrá que el juez "ha impartido justicia" (o tal vez no). Un partidario del realismo jurídico explicará simplemente que el juez "ha resuelto el caso" sobre la base de una serie de principios más o menos predecibles.

Estas y tantas otras opiniones respecto del producto final de la actividad de los jueces (que, por otra parte, no es otra cosa que el producto final del derecho) se hallan polarizadas en las posiciones formalistas y realistas.

El formalismo halló su máximo exponente en las corrientes del racionalismo jurídico de la dogmática del siglo XVIII, y partió de la base de que todo sistema constituye un todo coherente, completo y preciso en donde la ley es la única fuente del derecho, razón por la cual concluye atribuyendo al juez solamente una función declarativa. Para el realismo interpretativo, las leyes solamente pueden ser pautas para el juez, que es el verdadero creador del derecho a través de su decisión, como consecuencia de lo cual debe poseer amplia libertad interpretativa.

Estas corrientes representan los extremos de la tésis de la actividad interpretativa: la interpretación como subsunción o la interpretación como creación.

El art. 2º del proyecto, en relación con el art. 3º que impone al juez la resolución de las cuestiones, fundada razonablemente, acorde con la actual perspectiva globalizada, dinámica y cambiante del derecho, sienta las bases de una visión interpretativa que considera al derecho un producto de la razón, pero nutrido de la realidad empírica. De esta forma, no ata al juez a la estricta letra de la ley y, en dicho marco, la decisión judicial no es producto de una mera inferencia lógica, sino que se elabora a través de la tarea constructiva de la razón que ordena los fundamentos (dentro de las cuales se hallan las finalidades y las valoraciones) sobre la base de los cuales el sentenciante adopta su resolución.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO

El proyecto también presenta una visión innovadora respecto al tratamiento de las fuentes del derecho. De manera diversa al centralismo normativo del actual Código Civil, que sólo abre la posibilidad a la utilización de otras fuentes materiales en los arts. 16 y 17, como primer artículo (lo que da una idea de la relevancia que se atribuye a la cuestión) se expresa: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Antes de adentrarnos en un análisis de este artículo, debemos tener presente que la expresión "fuentes del derecho" posee distintos sentidos, y según cada uno de esos sentidos, se conformará el concepto que tenemos de las "fuentes".

SMITH³ señala que "fuente" es el principio o fundamento de algo, pero ese fundamento puede ser considerado en sentido filosófico (como la facultad inmanente del Hombre para establecer reglas de conducta), en sentido sociológico (como las condiciones fácticas, en cuyo contexto surgen las normas positivas) y en el sentido de la teoría jurídica (que posee innumerables alternativas, ya que podemos referirnos a fuentes históricas, fuentes como

3 SMITH, Juan Carlos. Voz "Fuentes del Derecho", en Enciclopedia Jurídica Omeba.

actos de creación, fuentes como determinación de contenidos, fuentes como fundamento de validez, etc.).

De manera general, es posible sostener que la teoría de las fuentes del derecho tiene por objeto determinar cuáles son los modos de expresión o manifestación del derecho y cuáles son las causas que originan una norma. Así es como surge la distinción entre fuentes formales y materiales.

Las primeras son las normas jurídicas generales producidas por la autoridad competente de acuerdo con un procedimiento establecido en la norma jerárquicamente superior y de las cuales derivan, a su vez, formalmente, las normas de jerarquía inferior.

Las fuentes materiales son los factores de la realidad social que inciden en la voluntad jurídico-productora de la autoridad normativa (legisladores, jueces, funcionarios administrativos) en el sentido de crear una norma jurídica con determinados contenidos. Desde ya que, en el ámbito de las fuentes materiales, la actividad valorativa cobra una singular importancia, pues la selección de un contenido normativo implica la valoración de la realidad social.

No es posible (ni efectivamente práctico) mantener la estricta división entre fuentes formales (creación) y materiales (contenido), pues en el ámbito jurídico son tan importantes los aspectos formales como los materiales, y por tal motivo SMITH propone un concepto unificador de fuente del derecho, superador de la división entre fuentes formales y materiales. Expresa que las fuentes están constituidas por el conjunto de actos y procedimientos, mediante los cuales son producidos, en un proceso histórico, las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico y el conjunto de factores y circunstancias históricas que motivan el contenido de esas normas.

Lo cierto es que, más allá de la importancia que han tenido a lo largo de la historia del derecho, las clásicas fuentes (ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina), al decir de CUETO RÚA⁴, siempre han permitido suministrar criterios de objetividad a los que acuden los órganos de la comunidad para decidir los conflictos, pero también los integrantes del grupo social para la elección de cursos de conducta que, por su objetividad, faciliten el entendimiento colectivo.

En otras palabras, a través de las fuentes del derecho, no sólo se busca generar y fundamentar la convicción de quien actúa y decide, sino, además, la de los integrantes del grupo social.

El criterio omnicompreensivo de fuentes del derecho es adoptado por el art. 1º del proyecto: los casos sujetos al Código deben resolverse según las leyes aplicables. Prevalece aquí, en primer término, un criterio de fuente en sentido

4 CUETO RÚA, Julio César. *Fuentes del Derecho*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

formal: los jueces deben acudir primariamente a la norma válida formalmente (creada por un órgano específico y de conformidad con un procedimiento preestablecido en la norma jerárquicamente superior). Pero seguidamente adiciona el criterio de fuente material, ya que la integración interpretativa de las normas debe realizarse conforme a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales. Obviamente, más allá de las pautas formales que establece la Constitución, esta parte del artículo se refiere a los contenidos: principios, valores, garantías que consagran estos instrumentos normativos superiores y, al no considerar suficiente lo expuesto, con una visión realista, el proyecto agrega que estos criterios materiales deben aplicarse teniendo en cuenta la jurisprudencia (mencionada genéricamente, sin establecer prelación de órganos o tribunales), pero vinculándola a un análisis circunstanciado del caso, es decir, teniendo en cuenta lo que CARLOS COSSIO denomina "circunstancias arcónticas" o características relevantes especiales del caso sujeto a juzgamiento.

4. EL MUY ESPECIAL TEMA DE LA COSTUMBRE JURÍDICA

El segundo párrafo del art. 1º del proyecto expresa: "Los usos, las prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Antes de analizar algunos puntos destacables de esta nueva redacción, resulta oportuno reflexionar sobre algunos aspectos que hacen a la costumbre como fuente del derecho.

Como primer paso, debe señalarse que si bien las distintas redacciones del Código Civil (art. 17) y la redacción actual del proyecto engloban a los usos y a las costumbres (además de, ahora, a las prácticas), existe una importante diferencia entre el uso social y la costumbre. Si bien es cierto que ambos se tratan de fenómenos fácticos que consisten en la reiteración general de conductas (a diferencia de los hábitos, que son individuales) el uso social es una reiteración que no conlleva una consciencia de obligatoriedad: es la simple reiteración por gusto, moda, comodidad o placer. Según CUETO RÚA estas reiteraciones sociales realizadas con similitud y regularidad son la esencia de los usos sociales.

La costumbre, si bien participa del carácter social, regular y reiterado de las conductas, aduna a estas condiciones la noción o consciencia de obligatoriedad que genera la eventual aplicación de una sanción (social o jurídica, según el caso) ante su incumplimiento.

Para SMITH, la costumbre es un fenómeno social consistente en la repetición espontánea más o menos constante y prolongada de unan serie de actos

uniformes realizados con consciencia de su obligatoriedad. De allí sus caracteres esenciales: espontaneidad, pluralidad, uniformidad, lenta formación, orígenes inciertos y convicción generalizada de obligatoriedad. Por otra parte, lo que suele denominarse “norma consuetudinaria” no es otra cosa que la expresión conceptual de la costumbre.

La costumbre pasa a ser “costumbre jurídica” cuando, una vez acreditada y demostrada su existencia como hecho social ante el magistrado, este decide utilizarla como fundamento de su decisión: aquí la costumbre está fundando la aplicación de una sanción a través de un órgano centralizado (en el caso, un juez), a diferencia de la simple costumbre, cuyo incumplimiento acarrea una sanción por parte de un órgano descentralizado (la sociedad) a través del repudio, la exclusión del grupo social o la burla.

De manera general, la costumbre es, una fuente material del derecho, pero como “jurídica”, es decir, con el rango de normatividad que le atribuye el Código Civil vigente y el art. 1º del proyecto, pasa a constituirse en una fuente formal y material a la vez.

No todo tipo de costumbre es admitido normativamente. Si partimos de la clasificación tradicional que distingue a la costumbre complementadora de la ley (*secundum legem*), la costumbre que rige en los casos de vacíos normativos (*praeter legem*) y la costumbre derogatoria de la ley (*contra legem*), veremos que nuestro Código Civil ha previsto distintas alternativas.

El antiguo art. 17, en su redacción anterior a la ley 17.711, expresaba: “Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos”. De esta manera, la norma expresamente desechaba la posibilidad de la costumbre derogatoria de la ley (una de cuyas alternativas era la “desuetudo”, el abandono del cumplimiento de una ley por su falta de eficacia o uso) pues la derogación sólo se admitía a través de una nueva ley. Sí se admitía la costumbre complementadora de la ley: bajo la amplia denominación de “el uso, la costumbre o la práctica” se habilitaba a que cualquiera de estos hechos de conductas sociales reiteradas pudieran complementar los contenidos de una norma siempre que esta lo habilitara expresamente. El antiguo art. 17 guardaba silencio respecto de aquellos casos de vacíos normativos que pretendiesen ser colmados a través de la costumbre.

La ley 17.711 introdujo importantes cambios en la estructura del art. 17: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”. Esta nueva redacción deja abierta la posibilidad de que la costumbre pueda derogar una norma al suprimir la imperiosa exigencia de que una ley sólo puede ser derogada por otra. Se mantiene la vigencia de la costumbre complementadora para los casos

en que la ley se refiera a ella, y abre la alternativa a la costumbre utilizada para colmar los vacíos normativos cuando reconoce su carácter de generadora de derechos en situaciones no reguladas por una ley.

Llegamos así al segundo párrafo del art. 1º del proyecto, el cual (bien viene reiterarlo), expresa: “Los usos, las prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

La amplia referencia a usos, costumbres y prácticas es similar a la antigua redacción del art. 17 del Código Civil, y entendemos que pretende abarcar conceptualmente toda reiteración de conducta social reguladora de comportamientos como complementadores de los contenidos normativos (*secundum legem*), pero se agrega una interesante alternativa: no sólo se considera costumbre *praeter legem* aquella a la que se refiere la ley, sino también la invocada por las partes. La invocación de la costumbre por parte interesada es una facultad que ha existido siempre: su planteo ante el juez debía ser invocado y demostrado. Pero, en esta redacción, la costumbre invocada por la parte adquiere la función complementadora, lo cual la dota de mayor fuerza jurídica que la débil costumbre derogatoria o colmatoria de lagunas normativas.

El proyecto mantiene la posibilidad de la derogación de la ley a través de la costumbre, conclusión que se colige no sólo porque sigue el esquema del actual art. 17, sino por la amplia flexibilidad interpretativa (abarcativa de aspectos formales y materiales) que habilita la primera parte del artículo.

En cuanto a la costumbre *contra legem*, la parte final del párrafo segundo nos deja toda una problemática susceptible de análisis. En efecto: si interpretamos sistemáticamente los contenidos del proyecto como los arts. 1º y 2º lo imponen, existe una diferencia de género a especie entre derecho y ley (capítulos 1 y 2), motivo por el cual sería posible pensar en la derogación de una ley por la costumbre, siempre que la norma consuetudinaria no sea contraria al derecho (que en el contexto del proyecto abarca conceptualmente a la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, los derechos humanos, los principios y los valores jurídicos).

5. ¿ES POSIBLE ESTABLECER PAUTAS INTERPRETATIVAS?

Como el principal expositor de la corriente culturalista de la Universidad de La Plata y con influencia de la Teoría Ecológica del Derecho, JUAN CARLOS SMITH⁵ se ocupó de remarcar que, “en tanto sujeto cognoscente, el científico

5 SMITH, Juan Carlos. “La experiencia jurídica”, revista jurídica La Ley, tomo 1981-A.

del derecho se encuentra frente a un dato histórico, que es una realidad cultural, una forma de vida creada y mantenida por la voluntad de los individuos en un incesante movimiento de reelaboración”.

Entender al derecho como un objeto complejo incardinado dentro de una realidad cultural supone también hallar la vía adecuada para la captación gnoseológica del mismo, sin la cual la actividad interpretativa no habrá de poder concretarse.

CARLOS COSSIO⁶ formula una crítica a las dos posiciones extremas que han pretendido hallar la esencia de la captación gnoseológica: el racionalismo y el empirismo. El primero reduce todo a lo conceptual y el segundo, todo a lo experimental, pero, en definitiva, ambos confunden concepto e intuición.

Sostiene COSSIO que bajo las influencias historicistas de GUSTAVO HUGO y FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY, según las cuales existe una idea y una materia del derecho, muchos han pretendido aplicar el esquema del conocimiento de la experiencia natural al ámbito jurídico, al sostener que existe una estructura lógica formal y necesaria y, por otra parte, un contenido empírico material y contingente.

La experiencia jurídica, según el fundador de la Egología, posee como elementos una estructura lógica (formal y necesaria), un contenido dogmático (material y contingente), pero a ello se suma la valoración jurídica (material y necesaria).

Este mismo esquema es llevado por COSSIO al plano de la sentencia judicial, cuando afirma que la misma cuenta con una estructura legal (formal y necesaria), las circunstancias del caso (materiales y contingentes) y la valoración o vivencia del juez (material y necesaria).

JUAN CARLOS SMITH explica que el acceso al conocimiento de la realidad (sea cual fuera su esencia ontológica) exige la integración de dos elementos: una forma lógica y una materia. Llevando este planteo al ámbito de la experiencia jurídica⁷, esta se halla integrada por una serie de formas conceptuales puras (*a priori*) y por un contenido material necesario, integrado por una intuición sensible, una intuición intelectual y una intuición emocional. Desde su perspectiva, no es posible conocer el fenómeno jurídico con limitación a sus aspectos lógico-formales, prescindiendo de la dimensión empírica, racional y axiológica del sujeto que conoce e interpreta.

6 COSSIO, Carlos. *El Derecho en el Derecho Judicial*, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1944.

7 SMITH, Juan Carlos. Ob. cit.

En palabras de SMITH:

La experiencia cultural necesita para lograr su concreción, del aporte material de intuiciones respectivamente adecuadas a la consistencia peculiar de los elementos integrativos de cada fenómeno. Así la intuición sensible aportará la presencia de los fenómenos sensorialmente perceptibles en que se manifiesta el hecho de la cultura; la intuición intelectual hará lo propio -en su caso- con las significaciones lógicas que informan a ese hecho estructurándolo conceptualmente; y la intuición emocional (valoración) vivenciará a los ingredientes axiológicos que connotan su sentido valioso o disvalioso⁸.

Desde una visión filosófica distinta, un autor como RONALD DWORKIN, con su propuesta de abandonar el concepto de derecho como sistema de reglas, adiciona los principios o estándares de justicia, equidad y moralidad que deben ser “descubiertos” para hallar una solución a los casos difíciles.

El objetivo que se sigue al contrastar concepciones tan diversas es tratar de evidenciar lo que ellas plantean como un logro común: el problema no es si la realidad jurídica se conoce como un fenómeno estático, más o menos estable, o cambiante, sino tener presente que la realidad jurídica no se presenta como algo dado o eminentemente trascendente y, por lo tanto, sólo asequible a través de la razón, sino que en ella, como integrante del mundo de la cultura, también se conjugan elementos valorativos que no pueden ser omitidos en el proceso de interpretación de la realidad misma que se interpreta.

En este sentido, es acertada la propuesta del art. 2º del proyecto que, si bien establece una prelación o camino interpretativo, no lo hace de la manera tasada del actualmente vigente art. 16 del Código Civil, pues su último bastión son los principios y los valores jurídicos que deben ser integrados de manera coherente y razonable.

6. LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL CONTEXTO DE LA DEMOCRACIA ACTUAL

El art. 3º del proyecto expresa: “...el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. Implica, desde ya, un importante cambio respecto del contenido de nuestro actual art. 15 del Código Civil, que solamente se limita a obligar a los jueces a juzgar, sin posibilidad de pretextos.

8 SMITH, Juan Carlos. Ob. cit.

No se trata aquí ya de “obligar a juzgar” (lo cual hasta puede parecer redundante, pues es esta la obligación fundamental de todo magistrado), sino de resolver los asuntos con fundamentos razonables. Se introducen, de esta forma, algunos aspectos de la teoría de la argumentación jurídica.

En el sistema democrático, existen dos mecanismos de legitimación ética y normativa: la legitimación política y la legitimación discursiva. No son opuestas ni excluyentes. Simplemente se trata de dos sistemas coexistentes con distintos alcances. La legitimación política implica el uso del sufragio como mecanismo de expresión de la voluntad de la comunidad. Se utiliza para validar la elección de representantes. Pero las decisiones en la democracia actual no son solamente las decisiones de la mayoría, de otra manera se incurriría en el vicio señalado por ALEXIS DE TOCQUEVILLE: “Es fatalmente fácil confundir el principio democrático de que el poder debería estar en manos de la mayoría, con la muy diferente pretensión de que la mayoría con el poder en sus manos no necesita respetar límites”. Para esto está precisamente la legitimación discursiva que supone un discurso racional (en el sentido que lo presenta HABERMAS) público, libre y abierto.

Antes que “límites al poder” preferimos referirnos a “contrapesos del poder”. En cuestión de contrapesos, la balanza de la justicia cumple una importante función que se ve reafirmada en este art. 3º del proyecto: las decisiones de los jueces deben ser producto de una fundamentación razonable, lo que presupone la independencia, transparencia del lenguaje y libertad de expresión de los magistrados.

Este art. 3º no es otra cosa que el corolario de los dos artículos anteriores: amplitud de fuentes, flexibilidad de interpretación y adecuación de las decisiones a criterios razonables, lo que presupone la aplicación de los principios de la lógica argumentativa aristotélica, cuyo objeto no es la búsqueda de una verdad absoluta sino la adopción de decisiones razonables, de acuerdo a la *phronesis* o “sabiduría moral” de la que habla ARISTÓTELES en su *Ética a Nicómaco*.

Tener en cuenta el caso concreto, resolver razonablemente, ser cuidadoso en la selección e interpretación de la norma son los desafíos del juez de la actualidad en su misión de resolver los casos con independencia de las presiones políticas o la ciega obediencia a las normas positivas prescindiendo de la tésis del derecho.

Es preciso recordar que una filosofía de la interpretación del derecho conduce a abarcar problemas ontológicos, gnoseológicos y valorativos. Los tres, si bien distintos, se encuentran estrechamente relacionados con el concepto de “razón práctica”. Ella es la que permitirá superar lo que ZULETA PUCEIRO denomi-

na “desafíos de la nueva interpretación”⁹ a través de una mayor preponderancia judicial y el desplazamiento de la hegemonía del derecho positivo.

La actividad jurisdiccional presenta un papel preponderante, no porque esta sea la única actividad a través de la cual se aplica e interpreta el derecho, sino por constituir el último eslabón dentro de la cadena de creación y aplicación del ordenamiento jurídico. De allí la importancia de la interpretación judicial.

La problemática general de la interpretación se concreta aquí en la denominada subsunción y especialmente en el alcance que se le asigna a la misma: como mera réplica de una norma general o como proyección creadora.

En líneas generales, siempre se ha entendido a la subsunción como el eje de la problemática de la aplicación del derecho. Subsumir, como remarca DÍEZ PICAZO¹⁰, constituye esencialmente determinar la correlación entre las hipótesis normativas y el caso concreto, o como dice CÁRCOVA¹¹, consiste en determinar si los hechos particulares se incluyen en el conjunto abstracto normativo. Pero esta actividad reviste una gran complejidad, por cuanto deben seleccionarse las normas jurídicas (que suelen ser varias), fijar los hechos, contrastar la situación y fijar el sentido y las consecuencias. Por ello debe insistirse en lo precedentemente señalado en el sentido de que la realidad jurídica no es meramente un *datum*, sino una *quaestium* o dato histórico: no hay demostración de premisas sino convicción, lo cual, como señala GHIRARDI, es propio del carácter inacabado del concepto práctico¹².

BULYGIN¹³ entiende que toda decisión se halla fundada en las normas jurídicas, pero también en las circunstancias del caso y, por lo tanto, contiene no sólo enunciados normativos (fundamentos normativos), sino también definiciones (determinación de un concepto) y enunciados empíricos (descripción de hechos). Luego de considerar todos estos elementos, se obtiene una “resolución” (decisión).

La decisión judicial cumple la importante misión de constituir el punto de encuentro entre la forma jurídica y su materia, entre la norma y los hechos, a través del puente tendido de la “razonabilidad”. Por ello, como señala GHIRARDI¹⁴, la visión de la sentencia como silogismo clásico es incompleta: el razona-

9 ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Interpretación de la ley*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

10 DÍEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983.

11 CÁRCOVA, Carlos M. “Sobre el razonamiento judicial”, JA, marzo 31 de 2004.

12 GHIRARDI, Olsen A. “Para una lógica del conocimiento práctico”, Revista Universitas Rerum N° 3, La Plata, 1999.

13 BULYGIN, Eugenio. “Sentencia y creación del derecho”, revista jurídica La Ley, tomo 124.

14 GHIRARDI, Olsen A. *Lógica del proceso judicial*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1987.

miento judicial -destaca- se basa en el “silogismo práctico prudencial” en el que operan inferencias, analogías, inducciones y, especialmente, valoraciones. La función sentencial no es descriptiva, sino indicativa de una acción a realizar y, por ello, debe basarse en argumentos que operen como elementos de convicción.

Esta recíproca implicación entre la norma positiva y el argumento que fundamenta su aplicación se explicita en forma resumida en la cita que efectúa VIGO sintetizando las palabras de ALEXY: “El discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”¹⁵.

En definitiva, desentrañar la significación jurídica de los actos humanos, el sentido y la finalidad de las normas que los rigen, no es otra cosa que conocer las condiciones de la vida social en el marco de un ininterrumpido proceso de reelaboraciones históricas. Comprender esta complejidad propia del derecho es el presupuesto del que se debe partir para su interpretación y aplicación.

De nada sirve la limitación a una visión jurídica lógico-formal que solamente puede dar razón del proceso de fundamentación y derivación dinámico de las normas, sin atender a que, en el marco del acontecer fenoménico de los hechos socioculturales, ocurren momentos de desajuste entre los contenidos lógicos de los juicios que los integran y las nuevas situaciones fácticas que se suceden.

Los aspectos lógico-formales de las normas son un principio ordenador *a priori* que dota de coherencia al sistema jurídico, pero los aspectos teleológicos o finalistas actúan en el plano histórico, atribuyendo sentidos valorativos a los contenidos sociales. Es esa y no otra la explicación por la cual permanentemente se hallan situaciones en las cuales, más allá de la validez formal de una norma, se le atribuyen distintos significados interpretativos, algunos de los cuales pueden hasta llegar a dejarla sin efecto frente a una situación insostenible de injusticia y presión social¹⁶.

Sólo teniendo en cuenta esta complejidad cultural será posible valorar prudentemente las razones que nos llevan a una conclusión interpretativa, pero también reflexionar sobre la razonabilidad de los valores que guían la tarea del intérprete.

Guardamos la esperanza de que estas ideas inspiradoras del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación permitan seguir este camino y así evitar, por una parte, la ineficacia con la que al sistema normativo afecta las normas arbitrarias y, por otra, la absurda injusticia que supone declamar derechos que no pueden hacerse efectivos.

15 VIGO, Rodolfo. *La injusticia extrema no es Derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

16 PETTORUTI, Carlos E. *La Validez del Derecho*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

Sobre el control, el contralor y la intervención estatal en las sociedades regidas por el derecho privado

Eugenia Giraldez

Con motivo de que la Revista Notarial cumple sus jóvenes 120 años, he recibido el honor de que me propongan escribir un ensayo sobre alguno o algunos de los temas de mi autoría que fueron publicados en la misma años atrás. Debemos considerar que han sufrido cambios sustanciales por el paso del tiempo, han mostrado nuevas aristas y han sido moldeados por el devenir político y económico del país, creando interferencias intersubjetivas (principio que Cossio grabó en mi memoria en años de estudiante).

Para ello, he vuelto sobre el tema del Estado como socio y su atinencia a la situación jurídica derivada de las estatizaciones producidas en nuestro país, lo que ha llevado al Estado, ya sea nacional o provincial, a ser titular de paquetes accionarios de sociedades anónimas regidas por el derecho privado. Sobre estos temas me he extendido en los trabajos publicados¹, por lo cual me limitaré a destacar las cuestiones que hacen a un aumento exponencial del control y contralor de las personas jurídicas de derecho privado por parte del Estado, no ya desde el punto de vista del derecho administrativo (que por definición es externo), sino desde dentro de ellas, es decir, sobre su accionar, capitales, patrimonio y desarrollo económico del sujeto de derecho.

Todo lo antedicho debe ser tenido en cuenta sin perder de vista que el Estado, como persona de derecho público, ejerce actividades regladas por el derecho privado o, lo que es lo mismo, se puede afirmar que está habilitado para utilizar procedimientos de gestión privada e implica la sumisión, al menos en forma parcial, al derecho privado. Así se puede afirmar, como lo hacen los administrativistas, que el derecho administrativo en nuestro país se compone de dos ramas: una, pública y, otra, privada, y son aplicables a la gestión².

En punto a la legislación actual y a las consecuencias jurídicas que pueden devenir de que queden, en manos del Estado, paquetes accionarios, debentures y/o bonos de deuda emitidos por las sociedades privadas, ya sea que coticen en Bolsa o no y el cambio de las estructuras de las metas societarias que ello acarrea, merece una especial atención.

Como explicité al principio de este pequeño ensayo, incluyo el realizado para la Revista Notarial en el año 1980, correspondiente al tomo 852 sobre

-
- 1 Por la Universidad Notarial Argentina, número especial, Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, año 1982, número 865 en los Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y en los Anales de Ciencias Económicas de la misma Universidad, y en el Segundo Congreso de Derecho Comercial Provincial sobre la Estatización de las AFJP.
 - 2 Conf. DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 275 y sgts., tomo II, pág 277 y sgts. y conc.; Vedel. *Derecho Administrativo*, pág. 43 y sgts. Bielsa, R. "El Estado como Persona de Derecho Privado y como Persona de Derecho Público", tomo 64, La Ley.

“Control y Contralor Societario”. A espuestas y sin exornar, podemos establecer que la acumulación de intervencionismo estatal ha llevado a una espiral de tensión entre el Estado (persona de derecho público), el Estado (persona de derecho intermedio, aun cuando se vista con el ropaje de derecho privado) y las personas de derecho privado propiamente dichas. Se suma a esto que las físicas han llevado a un choque de ideologías diferentes que eleva esa espiral de tensión en forma innecesaria y que es urgente desactivar.

Con independencia del carácter limitado del derecho para resolver conflictos, hay una distinción conceptual muy importante que afecta a su propia naturaleza. Por ello, se puede distinguir entre los propósitos de una (los objetivos de una política pública o privada) y las consecuencias que produce.

Por lo tanto, afirmamos que existen consecuencias deseadas, denominadas resultados, que corresponden a la intención de la gente, y consecuencias no deseadas, las cuales muchas veces acarrear consecuencias aún más importantes que las deseadas.

Los Estados en general tienen una opinión consuetudinaria de que el mundo se puede gobernar a golpe de decreto o de leyes dictadas para la ocasión, lo cual en la práctica nos puede llevar al absurdo de que un Estado que crea los resultados a su vez, tenga por efecto consecuencias intencionales, que subestiman los resultados no incursionados.

Corresponde no perder de vista que las ciencias sociales, especialmente al aplicar la teoría de los juegos al conocimiento social, han demostrado que los cambios sociales no se deben simplemente a una cuestión de voluntad. Una sociedad no se construye racionalmente teniendo en cuenta sólo la voluntad unilateral del legislador de turno, que aplica su propia doctrina, ya que dicha voluntad se encuentra sumergida en un haz de interacciones que no tienen un lineamiento directo ni una sola consecuencia. Por ello, es necesario el estudio de las consecuencias no intencionales de las acciones individuales del Estado como persona de derecho público o de su accionar como persona de derecho privado. No obstante, este punto de vista no cubre el amplio ámbito de los conflictos de intereses, ni describe los caminos que conducen a la toma de decisiones.

Como es de público conocimiento, el sistema jurídico es necesario e indispensable en la organización de las sociedades de derecho público y de derecho privado; pero el derecho clasifica y agrupa todas las conductas sociales en dos tipos: las prohibidas y las permitidas. Esto crea un marco limitado por los derechos y las obligaciones, y los hechos y los beneficios. Sin embargo existen pretensiones permitidas, no sancionadas o no prohibidas, ya que no tienen enfrente la correspondiente sanción del ordenamiento jurídico.

El universo de los conflictos no se agota en espacios comprendidos dentro de la esfera jurídica, ya que hay numerosos conflictos cuya resolución no

prevé el apoyo de la fuerza jurisdiccional. Por ello, el universo de las relaciones sociales (ya sea del Estado como socio, las personas jurídicas privadas o las personas físicas que las dirigen) está colmado de enfrentamientos entre pretensiones incompatibles, que el sistema jurídico ha optado por no regular aunque se formulen ficciones como el principio de clausura.

En consecuencia, entre las relaciones del derecho público y del derecho privado, siempre está presente la posibilidad de que se genere un conflicto entre personas con pretensiones antagónicas pero admitidas por el derecho. Esto lleva a soluciones que no satisfacen el desarrollo económico de las diferentes acciones, los objetos y el desarrollo que tienen las personas jurídicas de derecho privado, de economía mixta, cooperativas, mutuales, asociaciones, etc. Dichas sociedades se encuentran reguladas dentro del esquema de la pirámide jurídica y ven limitados su desarrollo y su beneficio para la comunidad, cuando el Estado (sin perder su calidad de persona de derecho público) interviene en sus capitales en razón de la estatización de alguna de ellas. Las consecuencias de la estatización de las AFJP son un ejemplo de ello, que, aunque no es el único, es el más visible. El Estado ha devenido en accionista, debenturista, y hasta en titular de los bonos por él emitidos, los que conformaban parte del patrimonio de aquellas, como inversión económica para mantener y aumentar sus ingresos.

En virtud de ello, como tenedor de acciones, ha quedado habilitado para ser accionista de sociedades anónimas privadas y, en consecuencia, designar representantes en las mismas a personas físicas en relación de dependencia con el Estado (léase empleados obligados a obedecer sus órdenes, aun en contra de los fines establecidos por la sociedad anónima para su desarrollo). Todo ello crea las espirales de conflicto, más allá del ordenamiento jurídico que no las contempla por no quedar encuadradas en las relaciones jurídicas regladas por el derecho.

En consecuencia, en este ejemplo, como en tantos otros, se disparan pretensiones incompatibles pero igualmente permitidas o no sancionadas, esto es, no prohibidas por no estar amenazadas con sanciones por el ordenamiento legal.

De este modo, en toda relación existe la posibilidad de que se genere el conflicto originado en pretensiones antagónicas totales o parciales, las cuales se potencian cuando las partes se encuentran en una situación diferente de poder.

Así, considero que esta nueva forma de control por parte del Estado debe dar lugar a una nueva forma de solución del conflicto, porque, como dice ENTELMAN, el universo de los conflictos no se agota dentro del espacio que ocupan los conflictos jurídicamente regulados, por los que es necesario recurrir a solu-

ciones que equilibren el poder, el accionar y las necesidades de las partes; todo ello sin necesidad de la sanción de nuevas leyes y/o decretos, sino mediante la limitación del intervencionismo y permitiendo que las sociedades de derecho privado desarrollen sus objetivos de acciones en la forma reglada; ya por el derecho privado, cuyo control ejerce el Estado; ya por el control externo, por el cual está facultado.

BIBLIOGRAFÍA

- BIELSA, Rafael. "El Estado como Persona de Derecho Privado y como Persona de Derecho Público", tomo 64, La Ley.
- DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, pág. 275 y sgts., y tomo II págs. 277 y sgts.
- ENTELMAN. *La teoría de los conflictos*.
- VEDEL. *Derecho Administrativo*, págs. 43 y sgts.
- "Control y contralor societario". Revista Notarial Nº 552, año 1980.
- Revista Notarial: Número Especial, Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, año 1982, número 865.
- Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.
- Anales de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de La Plata. Segundas Jornadas de Derecho Comercial Provincial (ponencia sobre Estatización de las AFJP).

El vínculo entre mora del acreedor y pago por consignación

Pascual E. Alferillo

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Análisis de la problemática en 1976. 3. La evolución del vínculo entre mora accipiendi y consignación. 4. La mora del acreedor y la consignación judicial en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial (Comisión PEN 191/11). 5. Conclusiones*

1. INTRODUCCIÓN

La invitación promovida por la Dra. Elvira Yorio para participar de la edición de un ejemplar especial de la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, para conmemorar los 120 años de la aparición de la misma, con seguridad será el disparador de variadas emociones en notarios y abogados producidas por la nostalgia de haber participado de una pequeña parte de su historia.

Ello tiene trascendencia suma cuando el emocionado recuerda sus primeros pasos por la doctrina jurídica, aún en condición de alumno, cuando en el año 1976 se elaboró, en el marco del Seminario sobre “La mora en el Derecho Comparado” (dirigido por LUIS MOISSET DE ESPANÉS y realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba), una investigación titulada “La mora del Acreedor y el curso de los intereses” que fue publicada en el Número 830 de la Revista homenajeada.

El simple hecho de que sea publicada, ya constituía, *per se*, todo un reconocimiento que a fuerza de pura sinceridad, se disfrutó más que la obtención del título profesional.

El “Premio Revista Notarial - Autores Noveles 1977”, otorgado el 13 de noviembre de 1979, tuvo la virtud de situar al autor entre los deudores de la Ciencia Jurídica y le generó la inquietud de continuar con la investigación más allá de la actividad profesional.

Este recuerdo singular se potencia porque, en simultáneo, el profesor Luis MOISSET DE ESPANÉS, maestro y amigo desde entonces, recibió el premio reservado para los autores nacionales consagrados.

El recuerdo de estas páginas de la centenaria historia de la Revista Notarial impone para homenajearla del mejor modo, la tarea de examinar cuál fue la evolución de la coordinación normativa entre la mora del acreedor y el pago por consignación, fijando la atención -finalmente- en la prospectiva que marca el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, elaborado inicialmente por la Comisión PEN 191/11 que, actualmente, cuenta con media sanción de senadores.

2. ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA EN 1976

Cuando se desarrolló el seminario direccionado por el profesor LUIS MOISSET DE ESPANÉS en la recordada aula XV donde funcionaba el Instituto de Derecho Comparado “Martínez Paz” de la Facultad de Derecho de Córdoba no se habían cumplido aún los diez años de vigencia de la reforma parcial del Código Civil, introducida por la ley 17.711.

En ella se modificó el art. 509 del Código Civil y con ello se introdujo, como régimen básico, la mora automática del deudor sin reglamentar la mora del acreedor, y quedó vigente la omisión original.

En este cuadro de situación, dos temas se planteaban para el análisis: el primero se relacionaba con la autonomía conceptual de la mora del acreedor del pago por consignación y, el segundo, trataba acerca de si la mora del acreedor paralizaba el curso de todos o de algunos de los intereses, teniendo como presupuesto el reconocimiento de la diferencia y de que no había uniformidad en cuanto al momento en que se paralizaban dentro del proceso de consignación judicial.

La respuesta a estos dilemas permitió sostener, como conclusión de ese tiempo, que:

“1) Si bien la mora ‘accipiendi’ y sus consecuencias no está legislada en forma genérica, a través del Código Civil encontramos varias referencias a ella. Verbigracia: nota al art. 509; arts. 729, 1337, 1411, 1427, 1430, 1431, correlacionados con los artículos 764, 765, 766; art. 1611, 1630, 2015.

2) El ofrecimiento de pago que realiza el deudor no se lo debe confundir ni equiparar con la consignación, pues además de ser requisito ‘sine qua non’ para que proceda la consignación, es constitutivo de la mora ‘accipiendi’.

3) En la mora ‘accipiendi’ encontramos el elemento culpa, que se puede presentar en las obligaciones pecuniarias como negativa expresa a recibir el pago, o en hechos que imposibilitan el cumplimiento del mismo.

4) La consignación es una facultad que la ley otorga al deudor para que se procure su liberación.

5) No existe ninguna norma expresa que la torne obligatoria.

6) Se la debe usar sólo excepcionalmente y la apreciación de sus requisitos debe efectuarse con rigidez.

7) El acreedor está obligado a recibir el pago ofrecido por un tercero (art. 729); y con mucha mayor razón está obligado si se lo ofrece el propio deudor (art. 1411)”.

Para hacer resaltar la importancia de los artículos mencionados en último término, transcribiremos un trozo del Código comentado por Busso, donde nos enseña que:

“145. Según la legislación o doctrina alemana, el acreedor, por lo general, es dueño de ejercer o no el derecho que le corresponde. De allí que, en la mayoría de los casos, no esté obligado a aceptar la prestación o a cooperar con el deudor en el cumplimiento. Si el acreedor no tiene, en principio jurídicamente el deber de aceptar, no se puede hablar de culpa que supone la violación de un deber.

146. A la inversa, cuando el acreedor está obligado a aceptar la prestación o a cooperar en su realización, porque así se hubiese convenido o establecido

por la ley y no acepta o no coopera, incurre no sólo en mora 'accipiendi', sino a la vez en mora 'debendi' con respecto a su deber de recibir, siempre que se reúnan los requisitos de esta última"¹.

Es notable el olvido en que nuestra doctrina y jurisprudencia -con relación a este tema- suelen dejar al art. 729 del Código Civil, que nos dice: "El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero, ya pagando a nombre propio, ya a nombre del deudor..."; y en el título del contrato de compraventa encontramos el art. 1411, que dispone: "El vendedor está obligado también a recibir el precio en el lugar convenido...". Es decir que antes de llegar a la consignación el acreedor ya está compelido a recibir el pago; en cambio cuando nuestro codificador nos habla de la consignación expresa que "puede tener lugar", no tornándola obligatoria en ningún momento.

Debemos destacar que la situación es más grave cuando el deudor ha caído en mora, por vía de la interpelación -como lo exigía el régimen originario del Código con el carácter de regla general-, pues en tal hipótesis, y luego de la actividad del acreedor, deberían apreciarse con mayor rigor los requisitos para que el deudor purgue su mora. Pero, con el régimen de la mora automática, en el cual la actividad del acreedor es casi nula, salvo escasas excepciones (segundo y tercer párrafo del art. 509), se deberá ser más flexible para posibilitar la purga de la mora *debendi*, y más severo con el acreedor que maliciosamente puede negarse a recibir el pago para verse favorecido con los intereses.

Llegado el caso de la consignación, y cuando ésta ha sido declarada procedente, sea porque el acreedor la aceptó, o porque el juez entiende que había sido hecha en debida forma, se debe declarar la suspensión de los intereses desde el momento en que el deudor realizó el ofrecimiento de pago, pues desde ese instante el acreedor tuvo razonablemente la posibilidad de disponer del capital, allanándose a recibirlo.

Los intereses moratorios, o los punitivos en su reemplazo, deben dejar de devengarse con el ofrecimiento que realiza el deudor de su prestación, pues si este ofrecimiento origina la mora *accipiendi*, abonarlos significaría conceder un enriquecimiento injustificado al acreedor. El deudor moroso, sí, ha corrido con todos los riesgos, y deberá abonar los intereses moratorios o punitivos que corresponden al tiempo de su retraso, pero no tiene que continuar abonando esos intereses, ni cargando con los riesgos posteriores. Esto responde a los más elementales principios de equidad y buena fe, en que deben inspirarse todos los vínculos que nacen de la relación jurídica obligacional.

Con respecto a los intereses compensatorios, que representan la falta de utilización del capital por el acreedor, entendemos que también deben dejar

1 BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*, Tomo 3, art. 509, pág. 271.

de devengarse con el ofrecimiento de pago, pues si el acreedor no está en posesión del capital es por su propia culpa; culpa que no debe ser premiada con intereses.

Además, tiene la posibilidad, con una simple interpelación, solicitando el pago del capital adeudado, de purgar su mora, tornando innecesario el proceso de consignación, a la vez que volvería a colocar al deudor en situación de mora, obligándolo a realizar el pago, si no quiere cargar con las consecuencias que apareja la mora.

Finalmente, si la consignación se declarase improcedente, los intereses deberán pagarse en su totalidad, pues ello significa que el acreedor no había estado nunca en mora².

El transcurso del tiempo, sin lugar a hesitación, impone el deber de revisar la evolución de las figuras en el pensamiento de la doctrina de los autores y en el derecho vivo de los tribunales.

3. LA EVOLUCIÓN DEL VÍNCULO ENTRE MORA *ACCIPiENDI* Y CONSIGNACIÓN

3.1. La opinión de los autores

Para conocer en profundidad el pensamiento de los autores que han estudiado la diferencia entre la figura de la mora del acreedor y el pago por consignación, entendemos que resulta de mayor claridad expositiva dividir las opiniones en tres subtemas: a) concepto de los institutos bajo estudio, b) concepto y requisitos de las ofertas reales y c) efectos de la configuración de cada uno de ellos.

3.1.1. *Concepto*

En la doctrina nacional, en la década del setenta, el profesor LUIS MOISSET DE ESPANÉS se preocupó por estudiar con la profundidad que lo caracteriza, el vínculo existente entre las figuras bajo examen y entendió que "...la mora del acreedor da lugar a una situación transitoria, en cuyo transcurso todavía existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se allana a recibir el pago. La consignación,

2 ALFERILLO, Pascual Eduardo. "La mora del acreedor y el curso de los intereses", REVISTA NOTARIAL, N° 830, 1977. Galardonado con el Premio Revista Notarial - Autores Noveles - 1977 (Diploma y Medalla de Oro); <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-mora-del-acreedor-y-el-curso-de-los-intereses>.

en cambio, aunque se extienda materialmente en el tiempo -por la necesidad de sustanciar el proceso- es un hecho 'idealmente instantáneo, que tiende a poner fin de manera definitiva a la relación jurídica obligatoria'³.

El autor de referencia completa su visión expresando que "la mora del acreedor exige siempre de su parte una conducta culpable; a la consignación puede llegarse en casos en que el acreedor no ha tenido ninguna culpa. El deudor que ha constituido a su acreedor mora no está obligado a consignar, sino que puede esperar que el acreedor purgue su mora, y pagar recién cuando el acreedor se avenga a recibir la prestación"⁴.

Es decir, en palabras de SANTARELLI, "La mora del acreedor consiste en la omisión de la cooperación indispensable de su parte, cuya constitución en mora se produce a partir de la oferta categórica, apropiada, circunstanciada, de pago por parte del solvens"⁵.

Este deber obligacional, conforme el pensamiento de este autor, surge de considerar "...que la vida de la relación jurídica obligatoria es esencialmente 'dinámica' y que desde su nacimiento hasta el momento de su extinción por el cumplimiento de la prestación, suele ser necesario que las partes observen

3 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Mora del acreedor y pago por consignación", Jurisprudencia Argentina T° 1977-II, pág. 707. También: Silvestre Aimó, Norma Olga. "Mora del acreedor: requisitos y efectos", La Ley 1985-D, 815. Cita Online: AR/DOC/14460/2001. Ver del autor: "Diferencia entre mora del acreedor y pago por consignación (con referencia al Código Peruano de 1984)" en el libro *La mora en el Derecho Peruano, Argentino y Comparado*, Tabla XIII, Editores SAC, Perú, octubre, 2006, pág. 45; *La mora en las obligaciones*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2006, pág. 107. También se puede consultar: Cano, José Ignacio. *La Mora*, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, pág. 87; López Cabana, Roberto M. *La demora en el Derecho Privado*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 126; Padilla, René A. "La mora en las obligaciones", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 287, entre otras obras específicas.

4 *Ibidem*. En el mismo sentido, Compagnucci de Caso, Rubén H. "Mora del acreedor", La Ley 1981-D, 992, *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales*, Tomo I, pág. 525. Cita Online: AR/DOC/20691/2001. Este autor asegura que "cuando el acreedor, omitiendo cumplir los deberes de colaboración, impide el cumplimiento 'in tempore', ingresa en estado de morosidad como resultado de su conducta". Dice Busso que la obligación no se cumple a tiempo debido a la actitud retardataria del acreedor. Por su parte, Larenz sostiene que la conducta del acreedor puede retrasar también el cumplimiento de la obligación o provocar para el deudor la imposibilidad de cumplirla, ya bien porque el acreedor no acepta la prestación que le es ofrecida en tiempo y lugar oportuno, o falta en otros casos a su colaboración en el cumplimiento. Es de hacer notar que la mora implica tener presente que en ese estado siempre existe posibilidad de cumplimiento posterior, lo cual los romanos hacían gráfico en la "perpetuatio obligationis". La mora -insistimos- no hace imposible la prestación, sea mora "debitoris" o mora "accipiendi".

5 SANTARELLI, Fulvio Germán. "Un supuesto de mora del acreedor", La Ley 07/07/2010, 5, La Ley 2010-D, 310. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K (CN Civ., Sala K), 2010-06-14, "Calobre S.A. c. Cengi S.A.". Cita Online: AR/DOC/4972/2010.

una conducta diligente y presten ambas su 'colaboración' para posibilitar que la obligación se cumpla en tiempo propio.

El deber de colaborar configura lo que la doctrina suele denominar 'deberes secundarios de conducta', y cada uno de ellos es como el eslabón de una cadena cuya falta corta el proceso y puede impedir el cumplimiento de la obligación. Para determinar entonces, en un caso concreto, quién incurre en mora -si el deudor o el acreedor- resulta indispensable enfocar la etapa previa al momento de cumplimiento para indagar si cada uno de los sujetos ha cumplido con los deberes a su cargo, o si ha omitido colaboraciones que resultaban indispensables, pues en tal caso será 'moroso' el que no prestó la colaboración debida o, al menos, no podrá achacársele mora a la otra parte y sólo corresponderá afirmar que se está frente a una situación de 'simple retardo', que no produce las mismas consecuencias que la mora, aunque no esté totalmente desprovista de efectos jurídicos"⁶.

Por su parte MAYO, con una visión diferente, entiende que "...la situación del acreedor es compleja en este sentido: tiene una carga de cooperar, la que no está ligada sinalagmática o correspectivamente a la obligación del deudor de cumplir. Pero, a la vez tiene un deber genérico, que está fuera de la relación obligatoria, de no dañar al deudor, y cuya violación determina la existencia de un ilícito en los términos del art. 1109 del Cód. Civil. Y esta ilicitud, aunque deviene de una de las partes de la relación, está fuera de la misma, es exterior a ella, y se concreta en el hecho de deformar unilateralmente la situación jurídica prevista en la relación obligacional, prolongado el estado de sujeción del deudor fuera de los límites del tiempo establecido. Esta última circunstancia (el ilícito) explica más adecuadamente la obligación de indemnizar que eventualmente puede recaer sobre el acreedor (conf. Miccio, I., 'Diritti di crédito', t. I, p. 253, núm. 49)"⁷.

6 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "La mora y el deber de colaboración de las partes", La Ley 1984-B, 7. Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (CCiv. y Com. Junín), 1983/09/24, "Corbanini, Delmar E. c. Oubiña, Adolfo". Cita Online: AR/DOC/19667/2001. Del mismo autor ver "Efectos del simple retardo", en libro Homenaje a María Antonia Leonfanti, págs. 293 y sgts., Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 1982.

7 MAYO, Jorge A. "Mora del acreedor", La Ley 1989-A, 27, *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales*, Tomo I, pág. 539. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CN Civ. Sala F), 1987/10/09, "Patlis, León c. Asociación Atlética Argentinos Juniors". Cita Online: AR/DOC/8407/2001. Este autor completa su pensamiento sosteniendo que "Y, a mayor abundamiento, piénsese en las obligaciones de hacer que requieren, para su cumplimiento por el deudor, una cooperación del acreedor: el paciente que ha encomendado a un cirujano que le practique una operación quirúrgica; la persona que no se presta a posar para que el pintor a quien ha encargado el retrato pueda realizarlo; el locatario que se opone al ingreso del locador de obra a la finca de su propie-

Finalmente, cabe destacar para remarcar la diferencia entre las figuras la expresión de MOISSET DE ESPANÉS y MOISÁ, quienes dijeron que "...para que proceda el pago por consignación es indispensable la convergencia de por lo menos dos presupuestos: a) la falta de colaboración del acreedor -sea porque injustificadamente no quiere prestarla, sea porque no puede prestarla-; y b) la concurrencia de todos los requisitos necesarios para la validez del pago"⁸.

3.1.2. Las ofertas reales. Concepto y requisitos

La doctrina ha entendido que "la constitución en mora del acreedor tiene solamente como efecto trasladar los riesgos de la prestación y hacer cesar el curso de los intereses. La consignación, va más allá, puesto que extingue la obligación, y en tal caso ya no podrá hablarse de riesgo de la prestación ni de intereses"⁹.

En función de este concepto para la constitución en mora del *creditoris*, WAYAR sostiene que "la oferta no se presenta como una mera formalidad, sino como un paso previo necesario para que proceda la consignación, más aún, la oferta debe ser injustamente rechazada por el acreedor; ese rechazo precisamente, pone al descubierto la falta de cooperación del *accipiens*, comporta-

dad para que este último realice una reparación. Tan no hay obligación del acreedor de cooperar que no podría compelérselo a hacerlo, como lo demuestra, ilevantablemente, lo dispuesto en el art. 1638 del Cód. Civil que permite al dueño de la obra desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad, sin perjuicio de las indemnizaciones que pueda haber en su caso. Véase, si no, el absurdo que representaría obligar a una mujer que ha pactado con un cirujano plástico una cirugía estética a practicarse la operación contra su voluntad, cuando se opone a ello, porque el médico tiene un gran interés científico en la intervención".

Estas conclusiones se ven abonadas por la omisión del propio Vélez de considerar el asunto en sus reglas generales. Parece lógico pensar que el propio codificador no vio una "obligación" de cooperar por parte del acreedor y ello lo llevó a no dedicarle normas específicas salvo las dispersas en diversas partes del Código, atendiendo a las particularidades que en cada caso se presenten".

- 8 MOISSET DE ESPANÉS, Luis y Moisés, Benjamín. "Un curioso caso de pago por consignación", DJ 2007-II, 607, La Ley 14/08/2007, 5, La Ley 2007-D, 700. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K (CN Civ., Sala K), 2006/11/10, "Ortega, Leonardo M. c. Barreiro, José J. y otros". Cita Online: AR/DOC/1947/2007. También se puede consultar: Diegues, Jorge Alberto. "Pago por consignación", La Ley 14/11/2011, 11. Cita Online: AR/DOC/5662/2011; Depetris, Francisco José. "Pago por consignación al amparo del régimen de pesificación", LL Litoral, 2010 (diciembre), 1199. Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I (CCiv. y Com. Santa Fe) (Sala I), 2009-12-16, "Pizzi, Juan Antonio y Otra c. Dadea, Carlos Oscar". Cita Online: AR/DOC/7141/2010.
- 9 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Mora del acreedor y pago por consignación", Jurisprudencia Argentina T° 1977-II, pág. 707.

miento suficiente para considerarlo incurso en mora”¹⁰. Este autor completa sus ideas sosteniendo que “El ofrecimiento del deudor debe traducirse en un acto real; no basta la mera declaración de voluntad, aunque ésta llegue a conocimiento del acreedor. Lo que interesa es que el deudor ponga a disposición del acreedor la prestación de tal manera que sólo de este último dependa que se consume el cumplimiento”¹¹.

Por su parte, SALERNO ha expresado que “El juicio de consignación es un proceso que se abre a favor del deudor para extinguir el *vinculum juris*, el cual depende de la naturaleza de la prestación y, cuando ésta es dineraria, de la exactitud matemática del depósito que coincida con la totalidad del monto debido. Cuando consignante y acreedor debaten sobre el importe consignado, la sentencia debe dirimir el conflicto verificando si se respetaron los principios de identidad e integridad. De lo que se infiere que, en el fondo, la decisión pasa por un cálculo aritmético que a veces, por su complejidad, será realizado por un perito contador, porque las cuentas tienen que ser claras. Mediante el ejercicio de este recurso legal, el deudor -aun moroso- puede obtener su liberación en forma coactiva para vencer la resistencia de su acreedor, disociándose así el cumplimiento del objeto debido de la real satisfacción del creditor”¹².

Como se colige coinciden en señalar que tanto la oferta de pago para constituir en mora al *accipiendi* como el pago por consignación judicial tienen como exigencia la realización de un ofrecimiento real e íntegro de la prestación adeudada.

3.1.3. Efectos jurídicos de cada una de las figuras

Con relación a las consecuencias jurídicas generadas por cada una de las figuras, en general, se sostiene, como lo formula SANTARELLI que “...el estado de mora del acreedor, entre todos los efectos que le son propios, en el caso en examen, tuvo por virtualidad enervar las acciones del acreedor, pero de ningún modo libera al deudor por sí mismo, debiendo éste consignar aquello que entien- de adeudar; de este modo se aprecian las diferencias del acto de ofrecimiento

10 WAYAR, Ernesto Clemente. *Tratado de la mora*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1981, pág. 627.

11 WAYAR, Ernesto Clemente. *El pago por consignación. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 133.

12 SALERNO, Marcelo Urbano. “La consignación por el deudor moroso”, La Ley 1995-A, 337, *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales*, Tomo III, pág. 573. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II (CN Fed. Civ. Y Com., Sala II), 1994/03/22, “Frigorífico Moreno S. A. c. Segba”.

de pago -como modo de constitución en mora- de los efectos de la acción de consignación, la que se dirige a extinguir la deuda y disolver el vínculo”¹³.

En particular COMPAGNUCCI DE CASO, enumera con sapiencia los efectos de la mora del acreedor: a) se transfiere la carga sobre los riesgos; b) cesan los intereses moratorios a cargo del deudor; c) hace concluir la mora del deudor; d) debe responder por los daños y perjuicios causados; e) el deudor tiene la vía expedita para liberarse mediante el pago por consignación.

a) Respecto de la transferencia de los riesgos entiende que “...a partir del estado de morosidad del acreedor serán a su cargo los riesgos de la cosa. Es que quien imposibilita el cumplimiento en tiempo al deudor, debe asumir la contingencia de los riesgos que implican pérdida o deterioro de la cosa. Pues si el deudor hubiera podido cumplir cuando el acreedor debió recibir, al desprenderse del objeto, habría terminado con su obligación de conservación, esto cuando se trata de dar cosas ciertas, porque cuando la obligación tiene como objeto de prestación una deuda dineraria derivada de un mutuo, dice Busso que los riesgos son a cuenta del deudor mientras no consigne”¹⁴.

Sobre este tema, SILVESTRE AIMO¹⁵ comenta la transferencia del riesgo cuando existe proceso inflacionario asegurando que “Resulta interesante plantear cómo juega la depreciación monetaria, en las obligaciones dinerarias en los casos en que el acreedor está en mora. Es decir, tratándose de una conducta imputable al acreedor, ¿debe cargar él mismo con dicho riesgo o el riesgo de la depreciación sigue a cargo del deudor? El tema se ha planteado principalmente con relación al contrato de compraventa y con motivo del reajuste del saldo de precio.

Algunos autores sostienen que estando el acreedor en mora, debe cargar con los riesgos de la depreciación de la moneda ya que si hubiera recibido la prestación en tiempo, no resultaría perjudicado por los efectos de la desvalorización monetaria. En este sentido también se ha expedido parte de la jurisprudencia.

Se aplica en estos casos, para la mora del acreedor los mismos principios que para la mora del deudor se establecieron en el fallo plenario “la Amistad S. R. L. c. Iriarte, Roberto” (Rev. La Ley, t. 1977-D, p. 1) que dice “corresponde revalorizar una deuda de dinero en el caso de que deudor hubiere incurrido en

13 SANTARELLI, Fulvio Germán. Ob. cit.

14 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Mora del acreedor”, La Ley 1981-D, 992, *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales*, Tomo I, pág. 525. Cita Online: AR/DOC/20691/2001.

15 SILVESTRE AIMO, Norma Olga. “Mora del acreedor: requisitos y efectos”, La Ley 1985-D, 815. Cita Online: AR/DOC/14460/2001. En general entiende que “los riesgos de la prestación se trasladan al acreedor moroso. Entonces, si la prestación se hace imposible por caso fortuito o fuerza mayor, la prestación se pierde para el acreedor”.

mora". El mismo criterio ya había adoptado la Cámara Nacional en lo Comercial en plenario del 13/4/77 (Rev. La Ley, t. 1977-D, p. 185).

En cambio para otra posición, mayoritaria en la jurisprudencia se sostiene que quien amparándose en la mora de la contraparte pretende pagar un precio irrisorio, ajustándose a la suma nominal adeudada y reclamar a cambio de ello la prestación de la otra parte, obra abusivamente y su conducta no puede ser amparada judicialmente¹⁶.

La autora comparte este criterio que reajusta el saldo de precio aún estando en mora el acreedor (vendedor) de recibir el pago del precio, porque como dice MOISSET DE ESPANÉS, "gradualmente ha comenzado a desplazarse el centro de gravedad en materia de indexación, desde el ámbito de la responsabilidad civil hacia el campo de lo puramente monetario. La pérdida del poder adquisitivo de la moneda es fenómeno económico y debe ser tratado como tal. Hay actualización monetaria, aún mediando mora del acreedor...". Es que en realidad el reajuste indexatorio no implica una obligación nueva, sino que se trata del mismo débito, sólo corregido en su expresión nominal, para adecuarlo a los valores presentes y salvaguardar la justicia¹⁷.

Por cierto que, al asumir los riesgos, de igual modo, admite su responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda irrogar a la otra parte, como es por ejemplo abonar los gastos realizados al formular la oferta, la custodia y conservación de la cosa¹⁸.

b) Con relación al cese o no de los intereses de la obligación dineraria por la mora del acreedor, COMPAGNUCCI DE CASO, recuerda los posicionamientos adoptados por la doctrina nacional sin fijar posición al decir que "Galli, de Gásperi, Cazeaux y Borda afirman que la mora del acreedor hace cesar el curso de los intereses. Mientras que Colmo, Busso y Llambías aclaran que los intereses que concluirán son los 'moratorios', pues los compensatorios ya pactados contractualmente continúan corriendo a pesar de la mora 'creditoris' pues resultan consecuencia del uso del capital ajeno. Para exonerarse al deudor de dichos intereses, éste debe pagar mediante la consignación"¹⁹.

En cambio, SILVESTRE AIMO, entiende que "...generalmente dejan de correr los intereses moratorios en las obligaciones de dar sumas de dinero. No ocurre lo mismo con los intereses compensatorios, los que siguen corriendo a pesar de la mora del acreedor, puesto que constituyen el precio del uso del capital

16 *Ibidem*. Moisset de Espanés, Luis; Pizarro, Ramón D.; y Vallespinos Carlos G. "Inflación y Actualización monetarias", Buenos Aires, 1981, pág. 134.

17 SILVESTRE AIMO, Norma Olga. Ob. cit.

18 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Ob. cit. Silvestre Aimo, Norma Olga. Ob. cit.

19 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Ob. cit.

que sigue en poder del deudor. Entonces, sólo cesará el curso de los intereses compensatorios, cuando el deudor realiza la consignación judicial del capital. Empero compartimos la opinión de Llambías en el sentido de que aún sin la consignación judicial del capital, cesará el curso de los intereses compensatorios, si el deudor pudiera acreditar que no tuvo el uso de dicho capital. Nosotros agregamos que también podría probar el deudor, que a partir del día fijado para el pago, tuvo el dinero a disposición del acreedor, depositado por ejemplo, en una cuenta especial²⁰.

c) De igual modo, se acepta que "...el acreedor no puede negarse incausadamente a la recepción del pago, aun cuando el deudor esté en mora y menos argumentando esas razones, ya que puede válidamente reclamar intereses o daños moratorios. Si se niega a recibir la oferta del deudor moroso, el injustificado rechazo configura la mora del acreedor y hace concluir con la mora 'debitoris'. El mismo razonamiento es aplicable aun cuando el deudor hubiere ingresado en estado de morosidad en forma automática"²¹.

d) Para que se verifique realmente la purga de la mora del *debitoris*, "las ofertas, para ser válidas y tener eficacia moratoria, deben ser reales, serias y efectivas; el deudor debe ofrecer un pago íntegro, es decir, comprensivo de la prestación originaria y del daño moratorio derivado del retardo"²².

e) Finalmente se entiende que "...mediando mora del acreedor, la situación del deudor es una especie de estado de interinidad, pues él continúa obligado al cumplimiento de la prestación, y no puede, de ninguna manera, pretender liberarse por dicha situación. Al deudor le queda la vía expedita para efectuar el pago por consignación que va a resultar la manera idónea para su liberación"²³.

3.2. La mora del acreedor en los encuentros académicos

En el año 1983, en la provincia de Buenos Aires, se celebraron las "Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil", en cuya comisión que trató el tema "Estado de mora en el cumplimiento de las obligaciones", donde habíamos presentado una ponencia para que se tratara el tema de la mora del acreedor.

20 SILVESTRE AIMO, Norma Olga. Ob. cit.

21 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Ob. cit. Silvestre Aimo, Norma Olga. Ob. cit. Al respecto sostiene que "impide el estado de mora del deudor o concluye con el estado preexistente: en caso de que el deudor estuviera en mora, al producirse la mora del acreedor, ambas moras se compensan por los daños moratorios (mora *debitoris*) debe- deudor se atenúan o se extinguen, ya que del resarcimiento debido al acreedor por el deudor por los daños moratorios (mora *debitoris*) deberán deducirse los daños sufridos por el deudor a causa de la mora *accipiendi*".

22 WAYAR, Ernesto C. Ob. cit., pág. 83.

23 COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. Ob. cit.

En ese recordado encuentro la comisión se expidió sosteniendo que:

“1. Concepto. Existe mora del acreedor cuando éste impide el cumplimiento de la obligación (Unanimidad).

2. Requisitos. Regulación genérica;

Despacho mayoritario: La mora del acreedor se produce ante la intimación mediante la oferta seria y efectiva de cumplimiento, no siendo aplicable el régimen de la mora automática prevista en el primer párrafo del art. 509 del Código Civil.

Despacho minoritario: No habiendo regulado el Código Civil la mora del acreedor, por el principio de la analogía, le es aplicable el régimen previsto para la mora del deudor en la medida que sea compatible. En consecuencia el acreedor puede excusar su retardo probando la falta de culpa. Cuando la invocación de la falta de culpa implique una proposición negativa indefinida de modo tal que le resulte imposible su prueba, y el hecho contrario que la desvirtúa es definido y por lo tanto de posible comprobación por el deudor, se invierte la carga de la prueba (Ramella, Parellada, Fernández Tosar).

Requisitos en particular.

Existencia de una obligación en estado de ser cumplida.

La oferta efectiva y seria de cumplimiento.

Despacho mayoritario. Un factor de atribución.

Despacho minoritario: conducta culposa del acreedor (Trigo, Compagnucci de Caso) (Se abstienen de votar Parellada y Ramella).

3. Efectos.

Transfiere los riesgos (Unanimidad).

Despacho mayoría: Hace cesar el curso de los intereses (Compensatorio y moratorios).

Despacho minoría: Hace cesar el curso de los intereses moratorios (Compagnucci de Caso, Trigo Represas, Ramella, Fernández Tosar) (Se abstiene, Silvestre).

Impide el estado de mora del deudor o concluye con el estado preexistente (Unanimidad).

Torna responsable al acreedor de los daños y perjuicios ocasionados por su mora (Unanimidad)”.

Las conclusiones de este Congreso de civilistas tienen trascendencia en la historia de las instituciones analizadas, por la jerarquía de los juristas que expusieron su pensamiento y por haber introducido, por vez primera en un encuentro académico, el debate sobre la mora del acreedor, a la cual se le reconoció autonomía.

3.3. La mora del acreedor y la consignación en el pensamiento de la doctrina judicial

En la doctrina judicial de los tribunales, en forma paralela, se han tratado los distintos temas que presentaban para el debate, la vinculación entre la mora del acreedor y el pago por consignación.

En ese sentido, uno de los primeros planteos se relaciona con el estudio de la existencia o falta de existencia de diferencia conceptual entre las figuras de mención.

3.3.1. Tesis que niega la diferencia

Uno de los métodos para negar la existencia de una diferencia es sostener que la única figura válida para constituir en mora al acreedor es la consignación. Ello partía de la ausencia de regulación en el Código Civil que no fue solucionada por la reforma introducida por la ley 17.711, la cual no previó un régimen específico de la misma.

Así se ha sostenido que "El único medio válido para constituir en mora al acreedor es la consignación judicial del monto debido, pues sólo el ofrecimiento no basta para poner en mora al acreedor, así no resulta íntegro el pago por consignación si el depósito no incluye los intereses al día de la consignación, aun considerando que el principio de puntualidad no puede tener una vigencia absoluta, contando el deudor con un plazo razonable, el transcurso de más de un mes de acaecido el vencimiento de la obligación indica que la consignación fue realizada tardíamente y no resultó íntegra"²⁴.

En términos de otro tribunal, "Como en nuestro derecho la mora del acreedor no se encuentra legislada el único recurso de que dispone el deudor en las obligaciones de dar es el de la consignación judicial, no sólo para liberarse de la obligación sino además para no incurrir en mora y para conservar los derechos que resultan del contrato, puesto que el mero ofrecimiento de pagar es para nuestra ley irrelevante (arg. art. 757, inc. 1º, Cód. Civil)"²⁵.

De igual modo, cuando "La obligación es a plazo y el acreedor hace imposible el cumplimiento de la obligación del deudor, el único recurso que tiene éste para librarse es el de consignar, y tal consignación debe realizarla el pri-

24 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Latina de Gestión Hotelera S.A. c. Scherzer, Federico Víctor", 08/06/2007, La Ley Online, AR/JUR/7294/2007.

25 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, "Fontenla de Márquez, Haydée y otros c. Belzunce, Carlos A.", 09/10/1978, La Ley 1979-A, 240, La Ley 979, 552, DJ 979-10, 41, AR/JUR/4948/1978.

mer día hábil siguiente al de la fecha prevista pues de no ser así se incurre en mora, a no ser que pruebe que en esa fecha igualmente se intentó el pago sin obtener éxito”²⁶.

El tema adquiere algunos matices cuando se trata de consignar cosas, pues se dice que “La fórmula utilizada en el art. 1611 del Cód. Civil, en cuanto expresa ‘podrá ponerla en depósito judicial’ no concede una mera facultad al locatario, pues ante la negativa, el interesado deberá depositar la cosa para desobligarse, pues de lo contrario continúa en la detentación, con los consiguientes derechos y obligaciones”²⁷; y también en el derecho administrativo dado que “Los principios del derecho privado sobre mora del acreedor, que hacen facultativa la consignación judicial por el deudor, son inaplicables frente a un régimen de derecho público que establece la caducidad automática de la autorización administrativa a los 90 días de quedar impagos los derechos”²⁸.

3.3.2. Tesis que reconoce autonomía conceptual

Para otros tribunales que formulan un pormenorizado análisis de la estructura de cada una de las figuras bajo estudio que lleva a precisar correctamente la vinculación existente entre ellas, se ha sostenido que “La mora ‘creditoria’ se produce cuando el acreedor se niega a recibir el pago que le ofrece el deudor. Esa mora creditoria deja subsistente la obligación, pero impide que la postergación del pago agrave las responsabilidades del deudor. De allí que, aunque el pago se haga después del vencimiento, la consignación es válida, si el atraso se debió a circunstancias inherentes o imputables a la acreedora”²⁹.

26 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “Fontenla de Márquez, Haydée y otros c. Belzunce, Carlos A.”, 09/10/1978, La Ley 1979-A, 240, La Ley 979, 552, DJ 979-10, 41, AR/JUR/4948/1978. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo civil, comercial y laboral, “Pensi, Nora B. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales.”, 22/12/1995, La Ley 1996-E, 663, AR/JUR/1316/1995. En este fallo se dijo que “La mora del locador no constituye elemento suficiente para liberar al locatario de su obligación de pagar el alquiler debido, pues para ello es necesario acudir al juicio de consignación”.

27 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo Civil, Comercial y Laboral, “Pensi, Nora B. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales.”, 22/12/1995, La Ley 1996-E, 663, AR/JUR/1316/1995.

28 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala III, “Marenca, S.A. c. Gobierno nacional -Secretaría de Estado de Comunicaciones”, 15/09/1987, La Ley 1988-B, 88, DJ 1988-1, 57, AR/JUR/1746/1987.

29 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5º Nominación de Córdoba, “Parravicini de Giuggioloni, Ana M. c. Rolcar S.R.L.”, 25/07/1994, La Ley 1995, 164, AR/JUR/1013/1994. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, “Lescano, Pe-

En la misma dirección que “El art. 757 del Cód. Civil prevé que la consignación puede tener lugar cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor; en tal circunstancia es necesario que exista requerimiento por parte del deudor al acreedor para que reciba el pago; sin que exista mora de parte del acreedor, los gastos de la consignación serán de cuenta del deudor, desde que sin requerimiento al acreedor para que reciba el pago, el deudor no puede saber si aquél estaba o no dispuesto a recibirlo. Es obvio, entonces, que el deudor tiene que probar la negativa del acreedor a recibir el pago para que sea procedente la demanda por consignación”³⁰.

A partir de ello, “...se debe distinguir entre la mora ‘creditoris’ y la consignación. La mora del acreedor da lugar a una situación transitoria en cuyo transcurso todavía existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se allana a recibir el pago; en cambio la consignación, que supone la situación de mora, tiende a poner fin, de manera definitiva, a la relación jurídica obligatoria”³¹.

Por ello, “...la consignación del deudor inocente respecto del acreedor moroso es una facultad y no un deber. Resulta necesaria para obtener la liberación de la obligación, pero su omisión no implica la mora del deudor ni obsta a la ya producida del acreedor. ‘Además es inevitable que transcurra cierto tiempo en la preparación de la demanda, lo que justifica una prudencial alongación, que no implica mora del deudor aun cuando no se tratase del caso del acreedor moroso’”³².

Es decir, “...siendo el acreedor -que se negó a recibir el pago- quien incurrió en mora, la posibilidad de recurrir al pago por consignación, constituye,

dro P. c. Sanatorio Lavalle, S.R.L.”, 22/03/1989, La Ley 1989-D, 298, DJ 1990-1, 255, AR/JUR/263/1989. En este fallo se sostuvo que “La mora del acreedor no se encuentra regulada en nuestro sistema legal, no obstante lo cual del art. 509 del Cód. Civil haría evidente su recepción. Para que operase no sería requerida consignación alguna, mas si el ofrecimiento de pago es en tiempo y lugar oportuno”.

30 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores, “Cendo Ltda. c. Frescotti, Constantino J.”, 03/11/1983, AR/JUR/2253/1983. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores, “Cendo Ltda. c. Frescotti, Constantino J.”, 03/11/1983, AR/JUR/2253/1983. En este fallo se determinó que “en orden a la idea de la constitución en mora al acreedor por aplicación analógica de las reglas establecidas en el art. 509 del Cód. Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799), para la mora del deudor, se destaca el elemento ‘culpabilidad’ que constituye un ingrediente indispensable para que se produzca tal situación jurídica, pues si la conducta del acreedor no es reprochable no nacerán los efectos jurídicos de la mora sustento de la consignación”.

31 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores, “Cendo Ltda. c. Frescotti, Constantino J.”, 03/11/1983, AR/JUR/2253/1983.

32 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Camuyrano, Horacio G. c. Andak Construcciones, S. A.”, 21/11/1985, La Ley 1986-B, 413, AR/JUR/790/1985.

en principio, una facultad y no un deber del deudor, en cuyo beneficio ha sido instituido como medio para que obtenga su liberación”³³.

A modo de síntesis se juzgó que “La mora de ‘accipiens’, si bien no es apta para la liberación del deudor en cuanto a la extinción de la obligación, lo que solamente se logra con el pago y ante la negativa del acreedor, mediante la consignación (arts. 724, 725 y 759, Cód. Civil), es en cambio suficiente para contrarrestar los efectos moratorios automáticos del vencimiento del plazo respecto del deudor (art. 509, inc. 1º, Cód. citado -Adla, XXVIII-B, 1799-), pues al poner de relieve su voluntad de pago y de rechazo de tal ofrecimiento por parte del acreedor, queda demostrada la ausencia de culpa del deudor en lo que atañe al cumplimiento material dentro del término estipulado, extremo que lo exime de las responsabilidades de la mora”³⁴.

3.3.3. *Modo de constituir en mora al accipiendi*

La introducción del régimen de la mora automática en el art. 509 del Código Civil para configurar la del deudor por la ley 17.711, desplazando a la interpelación constitutiva original, generó como dilema interpretativo si era o no posible la aplicación analógica de la mora *in re* para constituir en mora al *accipiendi*.

En términos generales se entiende que ello no es posible dada la existencia de una prestación principal a cargo del deudor y que el acreedor tiene deberes secundarios de colaboración.

Sin perjuicio de ello, en un estudio muy fino del tema, podría asegurarse que sólo sería aplicable la analogía cuando el deber de colaboración tuviera una fecha cierta de cumplimiento y fuera obstativo para que el deudor pueda cumplir con su débito.

En los demás casos, sin lugar a hesitación, la doctrina entiende que deben efectuarse ofertas reales para poner en situación de mora al acreedor reticente, más allá de su conveniencia probatoria.

a) Las ofertas reales. Requisitos exigidos

La doctrina de los tribunales ha estimado que “La mera oferta de pago no es apta para extinguir la mora, porque para que así fuera tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor en cuanto a la cooperación de éste en la recepción del pago ofrecido, lo que no tiene lugar desde que el moroso

33 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Cristofani, Jorge R. y otro c. Lovocchio, Nicolás”, 21/12/1979, La Ley 1980-B, 566, AR/JUR/509/1979.

34 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Beovide de Zilberman, Diana L. c. Lacroze, Alfredo y otra”, 22/06/1979, La Ley 1979-D, 122, AR/JUR/5415/1979.

es inepto para provocar la mora de la contraparte, debiendo en tal caso recurrir a la consignación en pago para hacer cesar su mora”³⁵.

Es decir, “La mora del acreedor no se configura por el solo envío de un telegrama, siendo necesario invocar y acreditar la existencia de un ofrecimiento real y efectivo y la consiguiente negativa injustificada de la locadora a percibir los alquileres”³⁶.

Un párrafo especial merece el tratamiento de la purga de la mora y la simultánea constitución de la del acreedor. Al respecto se ha opinado que “Si luego de constituido en mora el ‘solvens’ se dirige al acreedor y le formula un ofrecimiento real, efectivo e íntegro de cumplir la prestación debida, aun sin acudir al procedimiento judicial de la consignación, purga su situación de mora. Para que las ofertas sean eficaces, deben ser reales, serias y efectivas; ofrecer un pago íntegro, es decir, comprensivo de la prestación originaria y del daño moratorio derivado del retardo”³⁷.

b) Vicisitudes monetarias para definir el contenido de la oferta real

En los tiempos jurídicos contemporáneos, que se han caracterizado por un constante desequilibrio del sistema monetario nacional que llevó necesariamente al legislador y, especialmente, a la jurisdicción a buscar soluciones para restablecer el sinalagma de las prestaciones, aquella oferta real, seria, completa, con capacidad para colocar en mora al acreedor que se resiste a recepcionar el pago tenga lapsos en los cuales se debatió si se había cumplido o no adecuadamente con los requisitos para que la oferta realizada fuera válida.

Por cierto esta temática es muy rica en matices que superan largamente el propósito de esta investigación conmemorativa, razón por la cual agruparemos las soluciones dadas por la doctrina judicial conforme a la época monetaria en que se dictó el fallo.

b.1.) Problemática en la época inflacionaria de los años setenta

Durante la década del setenta, que se caracterizó por el fenómeno inflacionario conocido como el “Rodrigazo”, producido en el mes de junio de 1975, se entendió que “El acreedor no está obligado a aceptar una consignación tardía y con ello un pago parcial, toda vez que la deuda dineraria es susceptible de reajuste por razón de la desvalorización monetaria desde que el obligado

35 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Minuto, Jorge L. c. Gelro, y otro.”, 07/04/1988, La Ley 1990-C, 345, AR/JUR/319/1988.

36 Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala III, “Saad, José c. Concaro de Bendaham, Gómez A.”, 06/04/1979, AR/JUR/3228/1979.

37 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “Gallo Dartayet, Susana G. c. Mandirola, Roberto J.”, 02/11/1995, La Ley 1996-C, 788, AR/JUR/1169/1995.

se encuentra en mora (máxime si tal rubro fue expresamente solicitado en la demanda). (Voto de la mayoría: doctores Fragueiro y Ferrer Martínez)³⁸.

En este tiempo, aún se vinculaba la mora con la actualización monetaria, motivo por el cual si había comenzado a correr la mora del deudor este se hacía cargo de la desvalorización monetaria, pero una vez configurada la purga de su mora y constituida la del acreedor debió considerarse que la misma se había paralizado porque la culpa del no pago era del *accipiendi*.

El fallo evidentemente no tiene en cuenta los efectos derivados de la constitución en mora del acreedor que era un presupuesto necesario para iniciar la consignación.

b.2.) Problemática *a posteriori* de la hiperinflación de 1989

En esa década, se publicó en el Boletín Oficial del 17 de junio de 1985, el decreto 1096/1995 donde se regulaba el denominado "Plan Austral", que establecía el cambio de moneda, del peso argentino (\$ 1000) a los Australes (A 1). Allí se especificó la conversión de los mismos y el desagio de las deudas que contenían en su génesis, expectativa inflacionaria. Este intento no fue suficiente para frenar la espiral inflacionaria que llevó a fines de la década a una situación extrema de hiperinflación.

Por cierto que en este tiempo ya se había entendido que la inflación era un problema monetario y que no debía ser vinculado con la culpa para la justa repotenciación de los débitos.

El fallo que transcribiremos, dictado luego de la ley 23.928 de conversión del austral, y más tarde, después del cambio del peso a dólar resuelve un problema monetario que se había producido con anterioridad³⁹.

El tribunal sostenía que "aún cuando en el caso pudiera haberse configurado un supuesto de mora 'accipiendi', cabe rechazar la consignación por parte de la aseguradora de una suma que, debido al período hiperinflacionario que padeció la República Argentina en 1989, ha perdido todo valor de cambio a punto tal que representa el 9,38% de lo estimado como adeudado; ya que esta pretensión implica un ejercicio abusivo de la facultad de extinguir la obligación asumida"⁴⁰.

38 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, "Morales, Aldo F. c. Gómez, Raúl C.", 29/08/1978, AR/JUR/3202/1978.

39 Dentro del mismo proceso económico se dictó la ley 24.283 Desindexación (17/12/1993) para la actualización del valor de los bienes o prestaciones en general donde se establecía (art. 1) que cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, "Machuca Centurión Filedonia c. Omega Cía. de seguros", 21/09/1994, AR/JUR/3880/1994.

El tiempo de estabilidad vivido en la década de los noventa facilitó definir cuál era el monto exacto que debía abonar el deudor y, con ello, hacer la oferta real de pago.

b.3.) Problemática derivada de la ley 25.561 (pesos no convertibles)

El juicio de consignación, al momento de ser resuelto sobre la procedencia de la pretensión de liberación del débito, reconoce dos aspectos que deben ser resueltos: el primero debe definirse desde la óptica sustancial, conforme a la obligación exigible, cual es exactamente objeto debido. En las obligaciones de dinero, la suma adeudada por capital y si correspondiente cuanto por interés.

A partir de esa determinación sustancial puede comprobarse si la suma ofrecida como oferta real para constituir la mora *accipiendi* y la posterior consignación judicial de la misma, era la correcta.

Esta tarea compleja se presentó *a posteriori* de la sanción de la ley 25.561 que impuso un peso no convertible que mantenía el nominalismo como pauta monetaria. Este criterio de la legalidad frente al proceso de liberación del precio del dólar llevó ineludiblemente a una etapa en la cual debía definirse cómo debían cancelarse en peso no equivalente, las deudas pactadas en dólares.

Este debate se presentó a los deudores puesto que debían definir cuál era el monto de la oferta cierta y seria que le harían hacer a su acreedor pesificado para poder constituirlo en mora *creditoris*. La tarea no fue fácil por las ambigüedades de la ley y su permanente variación conforme a los vaivenes económicos.

Ello llevó a pronunciamientos disímiles cuyo contenido resulta por demás interesante para ilustrar la desorientación temporal que se sufrió.

Al respecto se juzgó que "Para determinar que existió mora del acreedor que habilite la consignación judicial, el deudor debe acreditar que de su parte hubo un ofrecimiento real e íntegro de la suma debida, la cual debe comprender: el capital adeudado resultante de la conversión dispuesta por el art. 11 de la ley 25.561, el monto correspondiente al CER, y el ofrecimiento del eventual pago del quantum resultante de la aplicación del esfuerzo compartido"⁴¹.

A partir de este criterio, en particular, se aseveró que "No obstante tratarse de un juicio de consignación, si las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas en la causa 'Rinaldi', corresponde calcular lo adeudado según las pautas allí establecidas, conforme las cuales el reajuste

41 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Cosentino, Ubaldo Adán y otro c. India Cía. de Seguros Grales. S.A.", 21/10/2009, DJ 21/04/2010, 1051, AR/JUR/45502/2009.

equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) no puede exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar estadounidense -o su equivalente en moneda extranjera- a un peso más el 30% de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar estadounidense a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago. (De la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en 'Rinaldi Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra', 15/03/2007 -LA LEY 20/03/2007, 7 - Sup. Esp. Pesificación de Créditos Hipotecarios 2007 (marzo), 62-)"⁴².

Por ello, se entendió que "Debe acogerse la acción de pago por consignación del obligado a saldar una suma dineraria, ante la negativa del acreedor a recibir dicho importe en pesos y la controversia sobre si debe abonarse en divisa nacional o extranjera, teniendo en cuenta la fractura de la equivalencia de las prestaciones ocurrida a partir de enero de 2002, pues sería tan injusto negar todo efecto al pago en pesos como atribuirle total virtualidad cancelatoria -'pesificación'-, debiendo considerarse lo abonado como pago a cuenta y establecerse un período para que renegocien la deuda en treinta días -art. 11, ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44)-, vencido el cual, sin ningún acuerdo, quedan en libertad de deducir las acciones que crean pertinentes"⁴³.

En el mismo sentido se declaró que "Es procedente el pago por consignación intentado por el deudor de un mutuo hipotecario pactado en dólares, si el acreedor ha rechazado recibir una suma que excede lo legalmente exigido por la normativa de emergencia, la cual no ha sido cuestionada, en tanto incurre en mora accipiendi, al haber hecho imposible el cumplimiento del pago"⁴⁴.

De igual modo, "En el marco de un proceso de pago por consignación de lo adeudado en virtud de un mutuo hipotecario, y en atención al requerimiento del deudor, es procedente la aplicación de la normativa que determina la pesificación de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, debiendo liquidarse el importe del crédito debido a razón de un peso un dólar más el coeficiente de estabilización de referencia y establecer por todo concepto una tasa de interés del 6% anual a partir de la mora del deudor"⁴⁵.

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Delmagro, Cristina Inés c. Pisani, Rosa", 04/09/2007, La Ley 03/10/2007, 11, DJ 2007-III, 765, AR/JUR/5144/2007.

43 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, "Balestrieri, Antonio c. Transporte del Iguazú S.R.L.", 17/10/2003, LLNOA 2004 (marzo), 832, AR/JUR/4137/2003.

44 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, "Serbini, Azucena Esther c. Bosch, José Luis y otra", 14/02/2008, La Ley Online, AR/JUR/404/2008.

45 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "Zanon, Modesto Julio Luis c. Moreno, Jorge Oscar", 07/02/2008, La Ley Online, AR/JUR/1636/2008.

Cuando el planteo se efectuó junto a la petición de que se declare la inconstitucionalidad de la norma se dijo que "Una vez desestimado el planteo de inconstitucionalidad opuesto por un acreedor hipotecario contra la normativa de emergencia que dispuso la pesificación de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, resulta injustificada la negativa a percibir lo adeudado convertido a pesos, lo cual implica que el acreedor se encuentra en mora mientras que el deudor no incurre en similar situación aunque el pago pretendido no pueda ser considerado íntegro en orden al principio del esfuerzo compartido"⁴⁶.

En sentido contrario a la procedencia se dijo que "Corresponde rechazar la demanda por consignación tendiente al pago de lo adeudado con motivo de la suscripción de un pagaré en dólares si, el deudor se limitó a consignar el capital nominal resultante de la conversión a la paridad \$ 1= U\$S 1 sin computar el Coeficiente de Estabilización de Referencia ni ofrecer compartir equitativamente los efectos de la devaluación en los términos del art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) desde que, no existió una oferta de pago íntegra cuyo rechazo hubiera puesto al descubierto la falta de cooperación del acreedor, que habilite la consignación judicial. (Del voto del doctor Heredia)"⁴⁷.

3.3.4. La factibilidad de purgar de la mora debitoris

Otros de los efectos reconocidos por la doctrina judicial, en general, es la posibilidad de que al constituir en mora al *accipiendi* se produzca automáticamente la purga de la mora *debitoris*.

Este tema, no resulta totalmente pacífico a la hora de la hermenéutica de los casos que se le han presentado a la jurisdicción por cuanto existen opiniones divergentes respecto de si la sola constitución en mora del *creditoris* basta para purga la del deudor o si es necesario ocurrir al proceso judicial de consignación.

Además, se debe tener en cuenta que se entiende como límite de la posibilidad de purgar la subsistencia del vínculo jurídico y que la prestación sea útil para satisfacer al acreedor.

a) La mora del *accipiendi* purga la *debitoris*

El primer tema es muy bien precisado cuando se juzgó que "Si luego de constituido en mora el 'solvens' se dirige al acreedor y le formula un ofrecimiento real, efectivo e íntegro de cumplir la prestación debida, aun sin acudir al

46 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Dadora S.A. c. Ciace, Carlos A.", 12/10/2005, La Ley Online, AR/JUR/5355/2005.

47 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, "Jadzinsky, Roberto c. Pascali, Alejandro M.", 15/12/2006, La Ley 15/02/2007, 5, La Ley 2007-A, 517, AR/JUR/8581/2006.

procedimiento judicial de la consignación, purga su situación de mora. Para que las ofertas sean eficaces, deben ser reales, serias y efectivas; ofrecer un pago íntegro, es decir, comprensivo de la prestación originaria y del daño moratorio derivado del retardo”⁴⁸.

Ello es así por cuanto “No toda demora implica mora del deudor que haga necesario que la consignación vaya acompañada de la pena estipulada. Si el deudor intimó la aceptación del pago el día del vencimiento del plazo y colocó al acreedor en mora, aquél no es moroso, pues la mora de éste desprovee de culpa al atraso cronológico del deudor”⁴⁹.

b) La mora *debitoris* es impedimento para constituir en mora al acreedor

En sentido contrario, se ha entendido que cuando el deudor ha incurrido en mora pierde la capacidad para, a su vez, constituir en mora a su acreedor quedándole, como único remedio para liberarse de las consecuencias, ocurrir a la instancia judicial e iniciar el proceso de consignación.

Al respecto se ha sostenido que “El ofrecimiento efectivo y serio de la prestación debida al acreedor es idóneo para constituirlo en mora, por el incumplimiento de los actos que deba practicar a ese respecto, siempre que el deudor no sea a su vez moroso, ya que en tal caso, no puede constituir en mora a la otra parte -arts. 510 y 1201 del Cód. Civil-”⁵⁰.

Es decir que, para esta tesis, “La oferta de pago no es apta para extinguir la mora, porque para que así fuera tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor en cuanto a la cooperación de éste en la recepción del pago ofrecido, lo que no tiene lugar porque el moroso es inepto para provocar la mora de la contraparte (conf. art. 510, Cód. Civil). De ahí que el deudor moroso tenga que recurrir a la consignación en pago para hacer cesar su mora”⁵¹.

c) Límites jurídicos para purgar la mora

La factibilidad de purgar la mora se ve cercenada “Cuando el deudor moroso intenta pagar, el acreedor que cuenta con un derecho resolutorio basado en esa misma mora, puede oponerse a ello haciendo valer este derecho sin consentir la purga de la mora. En cambio si guarda silencio, como se trata

48 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “Gallo Dartayet, Susana G. c. Mandirola, Roberto J.”, 02/11/1995, La Ley 1996-C, 788, AR/JUR/1169/1995..

49 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Camuyrano, Horacio G. c. Andak Construcciones, S. A.”, 21/11/1985, La Ley 1986-B, 413, AR/JUR/790/1985.

50 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Canovas, María del Carmen c. Sucesores de Lorenzo, Patricia A.”, 26/04/2007, DJ 2007-III, 38, AR/JUR/2293/2007.

51 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Mesina, Francisco A. y otra c. Ca-sol, Soc. en Com. por Accs.”, 25/09/1979, La Ley 1980-A, 280, AR/JUR/486/1979.

de un supuesto en que hay obligación de explicarse por razón de las declaraciones precedentes (art. 919, Cód. Civil), ha de entenderse que consiente la subsistencia de la deuda y que ha optado por esta alternativa. Siendo así, la pretensión de consignar el precio resulta extemporánea y notoriamente improcedente, habida cuenta que en el caso el accionado al contestar la demanda y en todo el transcurso del pleito sostuvo y defendió la legitimidad de la rescisión contractual que hizo valer⁵².

Con el mismo concepto se ha dicho que "Si bien el pago puede realizarse aun en estado de mora del deudor y el acreedor no puede rechazarlo si es efectuado con el complemento referente a la reparación del daño moratorio, la consignación resulta tardía si el tiempo de hacerse el pagador ya carece de derecho de pagar ('ius solvendi'). Ello ocurre, cuando por entonces la obligación no subsiste por haber quedado resuelta"⁵³.

O que "Si bien el deudor conserva el derecho de satisfacer la prestación aun cuando se encuentre en mora, al punto que si el acreedor la rechaza o no le acepta el pago, puede proceder a consignarlo judicialmente, la consignación es tardía si al tiempo de realizarla el deudor carece del derecho de pagar, como ocurre cuando ha mediado rescisión del contrato"⁵⁴.

En otras palabras, "El deudor, aun moroso, conserva el derecho de purgar la mora y liberarse mediante el pago tardío, pudiendo transitar la vía del pago por consignación, si coetáneamente concreta en su oferta hacerse cargo de las consecuencias de la mora, abonando los intereses pertinentes. Ello, siempre que no hayan nacido, a raíz del incumplimiento, derechos del acreedor a negarse a la recepción de la prestación debida v. gr. por la resolución del contrato"⁵⁵.

Finalmente cabe destacar que, de igual modo, existe la posibilidad de que sea el acreedor quien quiera purgar su mora, en cuyo caso deberá comunicar su voluntad para recepcionar el bien debido. Así es entendido por la jurisdicción

52 Cámara Civil y Comercial de Río Cuarto, "Bavera, Guillermo A. c. Unamuno, Rodolfo A. y otra", 27/06/1984, AR/JUR/987/1984.

53 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Poggiolini, Carlos M. y otra c. Flumara, Roberto y otra", 01/06/1983, La Ley 1983-C, 471, AR/JUR/194/1983. En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, "Krakovsky, Sara M. c. Pampuro, S. S., B.B. y J.", 07/10/1983, La Ley 1984-A, 106, AR/JUR/2994/1983; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, "Arredondo, Alcides A. c. Romanelli de Paz, Elena B.", 07/07/1981, AR/JUR/2508/1981; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Fernández, Juana A. c. Arechavala, Juan M.", 12/08/1980, La Ley 1981-A, 513, AR/JUR/5824/1980, entre otros.

54 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, "Duarte de Jesús, Manuel c. Barrio, Alejandro y Gerpe, Agustín y otros c. Duarte de Jesús Manuel y otra", 09/10/1979, La Ley 1980-A, 124, AR/JUR/5422/1979.

55 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, "Beovide de Zilberman, Diana L. c. Lacroze, Alfredo y otra", 22/06/1979, La Ley 1979-D, 122, AR/JUR/5415/1979.

cuando ponderó que “La posibilidad de recurrir al pago por consignación constituye una facultad del deudor, en cuyo beneficio ha sido instituido como medio para que obtenga su liberación, pues si el acreedor rehusó recibir el pago ofertado es él quien ha incurrido en mora, siendo menester para hacerla cesar que previamente comunicara en forma fehaciente al deudor su voluntad de aceptar el pago, interpe­lándolo a ese efecto; es decir, para que este cambio de actitud del acreedor sea eficaz, es indispensable que vaya acompañado del ofrecimiento de la cooperación que sea necesario para satisfacer la prestación”⁵⁶.

3.3.5. *El curso de los intereses*

Una de las consecuencias más debatidas en la doctrina autoral y judicial es la paralización del curso de los intereses cuando se verifica la mora del acreedor, dado que se han emitido diferentes opiniones que pasaremos a revisar.

a) Todos los intereses dejan de devengarse con la mora del acreedor

Esta posición que adoptamos fue recepcionada por la doctrina judicial cuando sentenció que “La negativa injustificada del acreedor de recibir el pago produce el cese de la mora del deudor y la suspensión del curso de los intereses, tanto compensatorios como punitivos”⁵⁷.

En idéntico sentido, se valoró que “Los perjuicios alegados por el acreedor moroso demandado por consignación, derivados del lapso transcurrido entre su mora y la consignación y el consecuente deterioro del crédito por la depreciación de la moneda, no son más que las consecuencias de su propio estado de mora, pero de ninguna manera imputables a la conducta observada por los deudores actores, quienes estaban autorizados a elegir entre prevalerse de los mencionados efectos de la mora -como lo hicieron hasta la iniciación del juicio- o bien liberarse definitivamente mediante el pago por consignación (art. 759, Cód. Civil)”⁵⁸.

De igual modo se estimó que “La mora accipiendi paraliza el curso de los intereses, por cuanto el riesgo obligacional de aquella se traslada al acreedor” y “los intereses compensatorios dejan de devengarse con el ofrecimiento de

56 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Guido, Juan J. c. Carfina Cía. Financiera”, 23/12/1986, La Ley 1987-B, 507, AR/JUR/1946/1986.

57 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala II, “Marin, Adriana Fátima c. Banca Nazionale del Lavoro S.A.”, 07/04/2008, LLNOA 2008 (agosto), 708, AR/JUR/3446/2008.

58 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Cristofani, Jorge R. y otro c. Lovocchio, Nicolás”, 21/12/1979, La Ley 1980-B, 566, AR/JUR/509/1979.

pago, pues si el acreedor no está en posesión del capital es por su propia culpa, que no debe ser premiada con intereses”⁵⁹.

Igualmente adhiere a este criterio cuando se sostiene que “Debe ser rechazada la pretensión de cobro de intereses moratorios de un crédito prendario si la extemporaneidad en el pago de la deuda obedeció a la mora del acreedor -en el caso, banco que había dejado de funcionar por disposición del Banco Central de la República Argentina- sin que quepa exigirle al deudor que recurra a la figura del art. 757 inc. 2 y 4 del Código Civil, pues la consignación respecto del acreedor moroso es una facultad y no un deber y no constituye requisito indispensable para excusar las consecuencias del incumplimiento”⁶⁰.

b) Los intereses moratorios corren hasta la mora *accipiendi* y los compensatorios, hasta la consignación

En una posición que diferencia el curso de los intereses en razón de su tipo, se ha sostenido que “La mora del acreedor excluye el pago de intereses moratorios por parte del deudor (art. ‘a contrario sensu’, art. 508, Cód. Civil). La consignación es un pago ulterior a la mora, mediante el cual este último obtiene su liberación; pero si se limita a constituir en mora al acreedor, aunque la deuda subsista, queda a salvo de riesgos y responsabilidad por incumplimiento. Si la obligación no lleva intereses compensatorios pactados, la omisión de su depósito no afecta el principio de la integridad del pago. La sola oferta de pago rechazada injustificadamente por el acreedor genera ‘mora accipiens’, que es uno de los requisitos previos para que la consignación pueda tener lugar (art. 757, inc. 1º, Cód. Civil)”⁶¹.

Con el mismo criterio se sentenció que “Si no obstante la mora del acreedor, el deudor conserva en su poder el capital debido, es justo que pague los intereses compensatorios que constituyen el precio del uso del capital desde

59 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, “Martínez, Estela María y otra c. Frau, María Agustina”, 04/03/2011, La Ley Online, AR/JUR/6123/2011. En igual sentido: “Salguero Francisco c. Picabea Rosa Josefa y otro”, 04/03/2010, La Ley Online, AR/JUR/18703/2010. En este fallo se estimo que “la negativa del acreedor a recibir el pago ofrecido oportunamente por el deudor -en el caso, se rehusó a percibir una de las cuotas de un contrato de compraventa de un inmueble- exime a éste de su obligación de pagar los intereses moratorios por la falta de cumplimiento de su obligación, pues la mora del accipiendi suspende el curso de dichos accesorios, aún cuando no se hubiera intentado el pago por consignación”.

60 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6a Nominación de Córdoba, “Banco Central de la República Argentina c. Mottura de Meraviglia, Elida”, 19/09/2002, LLC 2003 (diciembre), 1459, AR/JUR/6422/2002.

61 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, “Causa 10.724”, 24/06/1980, AR/JUR/7070/1980.

que, el cumplimiento de la prestación es posible para liberarse el deudor debe concurrir a la consignación en pago”⁶².

También se ha sostenido que “La mora del acreedor en recibir la suma ofrecida por la aseguradora como indemnización por la sustracción del automotor asegurado, no exime a la compañía de seguros de oblar los intereses compensatorios devengados desde la fecha del rechazo del pago hasta su consignación pues, la ‘mora accipiendi’ hace cesar los intereses moratorios a cargo del deudor, mas no el curso de los compensatorios”⁶³.

c) Los intereses se devengan hasta la consignación

La clásica posición que niega efectos jurídicos a la constitución en mora del acreedor para fortalecer la figura del pago por consignación, sostiene que todos los intereses se devengan hasta la consignación.

Los jueces mentores de esta tesis postulan que “Corresponde rechazar el pago por consignación efectuado por la deudora que depositó el capital en una paridad de un peso igual a un dólar con más el coeficiente de estabilización de referencia vigente al momento en que se constituyó en el domicilio del acreedor para efectivizar el pago total, puesto que debió contemplar el coeficiente vigente a la fecha en que interpuso la acción de consignación”⁶⁴.

En otros términos, “la consignación judicial que omita los intereses moratorios no cumple con los requisitos de identidad e integridad contenidos en el art. 758 del Cód. Civil y por tanto, el demandado no está obligado a recibir el pago”⁶⁵.

Se observa este criterio en algunos fallos del ámbito laboral cuando se dijo que “El deudor, para evitar el curso de los intereses, debe realizar el pago de la indemnización prevista por el art. 248 de la ley de contrato de trabajo (DT, 1976-238) mediante consignación hecha por depósito judicial, pues este medio produce los efectos generales propios del verdadero pago, procedimiento que, si bien no es obligatorio, resulta el único acertado cuando el deudor intenta liberarse de la obligación para no incurrir en mora y cuando no se tiene certeza absoluta respecto de quién es el verdadero acreedor”⁶⁶.

62 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Azicri, Andrés M. y otro c. Royal & Sun Alliance Seguros s/ ordinario”, 26/09/2006, La Ley Online, AR/JUR/7369/2006.

63 *Ibidem*.

64 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Ruiz, Rosa Argentina c. Dvoskin, Mariano”, 14/12/2007, La Ley Online, AR/JUR/11319/2007.

65 Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, “Cía. de Seguros Mercantil Andina c. Distribuidora Roche S.R.L.”, 26/07/2004, LLPatagonia 2005 (abril), 897, AR/JUR/5204/2004 (del voto del doctor Ferrari).

66 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “Figueredo, Estela M. c. Bello-mo, Mario A.”, 14/05/1997, DT 1997-B, 2492, AR/JUR/5101/1997.

4. LA MORA DEL ACREEDOR Y LA CONSIGNACIÓN JUDICIAL EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (COMISIÓN PEN 191/11)

La reglamentación acordada por el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, elaborado inicialmente por la Comisión Dec. PEN 191/11, para su correcto estudio puede ser fraccionada. Así, primero se puede verificar cuáles son los criterios definidos para precisar el alcance de la mora del *accipiendi* en su relación con el pago por consignación y, en segundo término, analizar la novedad introducida que permitiría, en el marco extrajudicial, depositar la suma adeuda en un notario de registro.

4.1. Principales definiciones del proyecto

Un análisis sistémico del tema de la mora impone revisar cómo ha sido proyectada la mora *accipiendi* en el proyecto de unificación.

En ese sentido, la reglamentación supera la clásica omisión de VÉLEZ SÁRSFIELD no suplida por la reforma de ley 17.711, de no tratar la mora del acreedor.

El proyecto, en el art. 886, expresamente indica que “El acreedor incurre en mora si el deudor le efectúa una oferta de pago de conformidad con el artículo 867 y se rehúsa injustificadamente a recibirlo”.

Esta parte de la reglamentación receptó el pensamiento mayoritario de la doctrina nacional, en cuanto reconoce la existencia autónoma de la mora del acreedor.

Ahora bien, cuando analizamos el tratamiento que se concede al pago por consignación judicial verificamos que, conforme al contenido del art. 904, procede, entre otras causales, cuando: “a) el acreedor fue constituido en mora”, es decir, continúa la correcta línea tradicional de imponer la previa constitución en mora del *accipiendi* como paso ineludible para proceder al proceso judicial de pago.

En el resto de los artículos de este párrafo (arts. 905/907), mantiene la reglamentación tradicional y se destaca que fija la extinción de la deuda, correctamente depositada, desde el día en que se notificó la demanda y, en caso de que deba subsanar defectos, desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite.

El detalle observable se presenta en el contenido del art. 908, donde se regla que “El deudor moroso *puede* consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación”.

Esta norma debe ser interpretada en su justa dimensión legal pues debe tenerse en cuenta que se emplea el término “puede” y no “debe”, razón por la cual es una facultad que se le concede al deudor.

Sin perjuicio de ello, la redacción no resulta muy acertada por cuanto deja abierta a la interpretación del deudor consignante, del acreedor y de la jurisdicción si los accesorios corren o no *a posteriori* de la constitución en mora del *accipiendi*, que es un requisito previo e ineludible para la viabilidad de la consignación del objeto adeudado.

Al respecto, ratificamos nuestro criterio de que la configuración de la mora del *creditoris* produce la paralización de todos los intereses y carga el riesgo sobre el objeto de la obligación en la persona del sujeto acreedor.

Se debe tener en cuenta que con la unificación de las responsabilidades, para que puedan correr los intereses moratorios⁶⁷ que tienen la función de resarcir los daños, debe existir un factor de atribución subjetivo como es la culpa, como lo dispone el proyectado art. 1726⁶⁸.

Por otra parte, los compensatorios⁶⁹ que por su naturaleza son acordados por las partes cuando se configura la mora del acreedor y no han sido previstos contractualmente, son absorbidos por el interés moratorio que tiene función resarcitoria; y, cuando previsto, no se quiere recibir el capital ofrecido por el deudor, debidamente potenciado con sus accesorios, bajo la especulación de continuar percibiéndolos no puede ser aceptado por el Derecho en razón de que contradice el principio de la buena fe en la cual se deben desarrollar las relaciones obligacionales, dado que se hace un ejercicio abusivo del derecho.

En otras palabras, más allá de alguna ambigüedad en la redacción queda en claro que se recepta la mora del acreedor, que es posible la purga de la mora del *debetoris* con la constitución de la del *accipiendi*, que los riesgos de la mora se trasladan de sujeto, la consignación continúa siendo una facultad para el deudor y que los intereses, tanto los moratorios como los compensatorios, dejan de devengarse cuando el *creditoris* queda constituido en mora.

67 Ver art. 768 Código Civil y Comercial de la Nación: “Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central”.

68 Ver art. 1716 Código Civil y Comercial de la Nación: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

69 Ver art. 767 Código Civil y Comercial de la Nación: “Intereses compensatorios. La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces”.

4.2. La consignación extrajudicial en las escribanías

Esta novedosa alternativa para formular la consignación del objeto debido está reglado en el esbozado art. 910, donde se establece que "Sin perjuicio de las disposiciones del Parágrafo 1º, el deudor de una suma de dinero puede optar por el trámite de consignación extrajudicial. A tal fin, debe depositar la suma adeudada ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor, cumpliendo los siguientes recaudos: a) notificar previamente al acreedor, en forma fehaciente, del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito; b) efectuar el depósito de la suma debida con más los intereses devengados hasta el día del depósito; este depósito debe ser notificado fehacientemente al acreedor por el escribano dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado; si es imposible practicar la notificación, el deudor debe consignar judicialmente".

En primer término, debe tenerse en cuenta, para sostener una opinión favorable respecto de esta propuesta, que uno de los puntos cruciales del anterior régimen que han generado litis entre las parte vinculadas por la obligación, se presenta en el modo de realizar y acreditar las ofertas reales de pago.

Con la reglamentación se procura sintetizar los trámites, unificando el ofrecimiento de pago constitutivo de la mora *accipiendi* y la consignación de la suma. Con ello se adquiere certeza plena de que se realizó una oferta real y, a partir de la toma de conocimiento del acreedor, este no podrá prevalecerse de una simple omisión de recibir, sino que deberá actuar activamente en la determinación de la deuda.

Por otra parte, es un modo alternativo de solución de conflictos que permite descomprimir la presión de los litigios sobre el poder jurisdiccional.

El punto que, sin lugar a duda, generará algún conflicto de incumbencia profesional entre notarios y abogados es el tema de los honorarios por el asesoramiento profesional.

Ello se vislumbra en el contenido del art. 911 del Código Civil y Comercial donde se especifica que "Una vez notificado del depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a: a) aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano; b) rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano; c) rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse. En ambos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente".

En procura de una adecuada compatibilización deberá tenerse en cuenta cuál fue la actuación del notario en la consignación extrajudicial y, a partir de ello, se fijarán los honorarios. Básicamente, el notario actúa como receptor y

custodio de la suma y comunica al acreedor que la tiene a su disposición, y es por esta actividad que deberá recibir retribución. En este procedimiento, el notario deberá actuar con imparcialidad, dando certeza de la posición y actuación de cada una de las partes, pero se estima que para mantener la equidistancia no podría actuar como asesor letrado de alguna de ellas, especialmente cuando se elabore la primera notificación prevista en el inc. a) del art. 910 del Código Civil y Comercial.

Si así se entendiera la situación, la ley no ha tenido en cuenta la actuación del abogado de parte en esta sede notarial, razón por la cual las leyes locales deberán prever esta situación para compatibilizar armónicamente los intereses de todos los profesionales.

De retorno al análisis del contenido del art. 911, verificamos que el inc. a) impone el pago de los gastos y honorarios del notario al deudor que intenta abonar. Esta solución sería la correcta si el deudor antes no efectuó ofertas reales de pago extrajudicial y por fuera del notariado, porque en sede notarial intentaría colocar en mora al *accipiendi*. Pero cuando había sido anteriormente reticente a recibir el pago o había manifestado que no lo receptoría, ya se encuentra incurso en mora, por lo que no resulta justo, desde el punto de vista legal, que sea el deudor quien soporte el pago de los honorarios del notario dado que no tiene culpa.

Esta situación puede llevar a desalentar este modo de consignación y optar por la judicial donde las costas del proceso serán a cargo del acreedor moroso y los honorarios serán para los abogados, porque no se impone intentar la consignación extrajudicial antes de ocurrir a la administración de justicia.

Para la hipótesis prevista en el inc. b), donde el acreedor rechaza el procedimiento y retira el depósito pero debe abonar los gastos, va de suyo que si inicia acción judicial en la que reclama mayor diferencia, podrá también reclamar la restitución de la suma abonada al escribano como honorarios y gastos, dado que si la jurisdicción le da la razón, la oferta-depósito no fue bien realizado y, de ese modo, nunca estuvo en mora *accipiendi*.

Así es establecido por el art. 912 del Código Civil y Comercial cuando propone regular que "Si el acreedor retira lo depositado y rechaza el pago, puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas. En el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar tiene un término de caducidad de treinta días computados a partir del recibo con reserva".

Finalmente, se regla expresamente en el art. 913 el límite hasta el cual se debe consignar extrajudicialmente al expresar como impedimento que "No se

puede acudir al procedimiento previsto en este Parágrafo si antes del depósito, el acreedor optó por la resolución del contrato o demandó el cumplimiento de la obligación”.

5. CONCLUSIONES

Al repasar el vínculo entre la mora del acreedor y el pago por consignación judicial, no sólo motorizó el recuerdo de buenos y fraternales tiempos, sino que, como ellos, se verificó que la problemática siguió vigente encontrando situaciones que la pusieron a prueba especialmente cuando se debió definir el contenido de las ofertas reales de pago.

Esta actividad que ineludiblemente debe realizar el deudor para constituir en mora a su acreedor es el centro de las preocupaciones jurídicas por cuanto su correcta realización permite configurar la mora del *accipiendi* y transferir las consecuencias negativas de ese estado a la otra parte, sin necesidad de ocurrir a sede judicial para impetrar el pago por consignación.

Al respecto, la acreditación de haber efectuado cierta y correctamente, el ofrecimiento de pago ocurre en situaciones complejas, pues se exige hacer una oferta real del objeto debido; como se diría coloquialmente, intimar dinero en mano.

Ello se agrava cuando el domicilio de pago es el del acreedor, dado que allí deberá concurrir el deudor con su ofrecimiento. Ante ello y dado que la simple prueba testimonial no basta, se ha recurrido a los notarios para que dejen constancia de ello.

Es por esto, que la novedosa regulación de la consignación extrajudicial en sede notarial facilita la labor de los deudores que quieren cumplir, pues basta con comunicar al acreedor que en determinado momento depositará la suma en la escribanía actuante para activar simultáneamente dos procesos: el de constituir en mora al *accipiendi* y la consignación de la suma que lleva a su liberación obligacional.

Por cierto, se deja abierta la garantía jurisdiccional para dirimir las diferencias no acordadas entre las partes.

La particular nostalgia por el tema provocó la apertura de viejos archivos para encontrar que esta problemática no es nueva y ya los romanos la regulaban. Así, en el Digesto se lee: “Africano. D.46.3.39.). Si habiéndote de pagar yo una cantidad la hubiese depositado por tu orden sellada en poder de un cambista hasta que fuese admitida, escribe Mela en el libro décimo, que habrá de estar a tu riesgo, lo que es verdad, pero con tal que singularmente se atienda a si en ti hubiere consistido que no sea admitida inmediatamente; porque en ese

caso habrá de ser considerado lo mismo que si estando yo dispuesto á pagarla tu no quisieras recibirla por alguna causa”.

En pocas palabras, nada mejor, para recordar los 120 años de existencia de Revista Notarial, que comentar, como punto final del estudio realizado, una propuesta legislativa donde se tiene en cuenta el interés de la gente, brindándole una solución simple a un tema que, en algunas ocasiones, para ser dirimido, suele tener trámites kafkianos.

Los instrumentos públicos y su redargución de falsedad

Rosa Angélica Ávila Paz de Robledo

SUMARIO: 1. *Introito.* 2. *Delimitación del tema.* 3. *Documentos e instrumentos públicos: conceptualización.* 4. *Formas "ad solemnitatem" y "ad probationem" del instrumento público.* 5. *Funciones jurídicas de los instrumentos públicos.* 6. *Instrumentos públicos y fe pública.* 7. *Instrumentos públicos. Estructura formal: "acto instrumental" y "acto instrumentado".* 8. *Escritura pública.* 9. *Acta notarial.* 10. *Nulidad de las escrituras públicas. Situación en el Código Civil de Vélez Sarsfield, en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.* 11. *Instrumento público y su redargución de falsedad.* 12. *Reflexiones conclusivas.*

1. INTROITO

En la actualidad estamos aproximándonos al cierre del Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el desarrollo sostenible (2005-2014)¹, cuyo propósito es que los jefes de estado y de gobierno asuman el compromiso de apuntalar la educación, toda vez que por este camino la sociedad mundial se volverá más humana, más caritativa y más respetuosa de la dignidad de cada uno y se garantiza el derecho a una vida sana y productiva, en armonía con la naturaleza.

Ello significa que durante esta década (2005-2014) el mundo tiene el nombre de educación. Es por ello que todos tenemos que empezar a construir el escenario para una reflexión crítica con más la integración de un equipo con contextos multiculturales en los cuales se hace imprescindible integrar al hombre, a la justicia, a los avances tecnológicos y respetar las perspectivas de contexto cultural, histórico y económico, propio de cada país².

Lo valioso es la tarea encomiable que se atiende en los diferentes ámbitos en las Casas de altos estudios, con sus carreras de enseñanza de grado y de posgrado, y la capacitación continua que se lleva a cabo en las instituciones colegiales como sucede con la prestigiosa institución intermedia que es el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires con su Revista Notarial.

Concretamente, agradecemos la gentil invitación que nos cursó ELVIRA MARTHA YORIO para que participemos en esta edición especial por la celebración del notariado argentino, al cual nos adherimos, haciendo votos para que las siembras y las cosechas de las realizaciones colegiales y profesionales sean cada vez más fecundas, porque como dice JOSÉ ORTEGA Y GASSET: "A la República sólo ha de salvarla pensar en grande, sacudirse de lo pequeño y proyectar hacia el porvenir".

1 La Asamblea General de la ONU adoptó la Res. 57/254 relativa al "Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el desarrollo sostenible" (2005-2014) y designó a la UNESCO como órgano responsable de la promoción de la década de la educación con miras al desarrollo sostenible.

2 Fuente virtual: <http://www.rau.edu.uy/rau/docs/paris1.htm>; tomado de la páginas Oficiales de UNESCO consulta de fecha 20-09-2014: http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm#declaracion; y http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm#marco, en fecha mayo de 1999.

2. DELIMITACIÓN DEL TEMA

En el presente trabajo, procuraremos analizar cómo se ataca³ de falsedad a un instrumento público.

En esta línea, analizaremos: primero, el objeto a impugnar, esto es, el instrumento público y, como especie, las escrituras públicas y las actas notariales; segundo, las vías procesales para poder deducir su falsedad en un proceso judicial, con particular referencia al incidente de redargución de falsedad.

Con este propósito, abordaremos esta temática desde los planos de doctrina, legislación referida al estudio del Código Civil de DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, (ley 340)⁴, al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁵, al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y la jurisprudencia dentro de la cual analizaremos, principalmente, los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS: CONCEPTUALIZACIÓN

Al decir de N. ENRIQUE AMAYA las voces “documento” e “instrumento” son sinónimos, aunque revisten un valor jurídico y procesal diferente, al expresar que:

Documento es de carácter privado y expresa la representación objetiva o gráfica de un pensamiento que puede significar una declaración, un reconocimiento o una obligación y también asumen este carácter las marcas, para el Código rural, los mojones para los fundos mensurados, etc. En cambio el “instrumento es una constancia literal como son las escrituras y si lo son con la intervención de un funcionario público o notario, asumen la notoria jerarquía de instrumento público”⁶.

De lo dicho, se desprende que los documentos constituyen el *género* que, por su amplitud, comprende como especies, no sólo los documentos que contienen una representación material de ideas, de hechos y de cosas (vgr. mapas, radiografías, fotografías, etc.), sino también a los instrumentos públicos y

3 Conf. ÁVILA PAZ de ROBLEDO, Rosa A. y Diego Robledo. “Parte Práctica Procesal”, *Responsabilidad de los Accidentes de Tránsito*, T. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, págs. 985-993. Marcelo López Mesa (Director). Nos referimos a la *estrategia jurídica*.

4 Ley 340, 25 de Septiembre de 1869, conf. Id Infojus: LNS0002653.

5 Aprobado por el art. 4° de la ley nacional N° 26.994, suplemento BO 08-10-2014, pág. 1, con vigencia a partir del 1° de enero de 2016.

6 AMAYA, Enrique. *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, T. 1, Editorial Norte, Córdoba, pág. 243.

a los instrumentos privados firmados (vgr. un contrato de locación, un boleto de compraventa, un recibo de pago, etc.) y no firmados (vgr. las anotaciones, notas, etc., que acreditan un principio de prueba escrita en la realización de los negocios jurídicos).

En particular, los *instrumentos públicos*, siguiendo a HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, deben cumplir necesariamente, a los efectos de su existencia jurídica, con estos dos requisitos: 1) consistir en un escrito, 2) provenir de un funcionario público en ejercicio de su cargo o autorizado por este (vgr. resoluciones administrativas, actas judiciales, etc.)⁷. Tal circunstancia requiere indefectiblemente que el oficial público actúe dentro del límite de sus funciones de carácter material (en cuanto a la naturaleza del acto) y territorial (en razón del territorio que se le hubiera asignado), art. 980 Código Civil, Ley 340.

Desde una primera aproximación, a los instrumentos se les atribuye su carácter “público”, toda vez que son realizados por funcionarios públicos en ejercicio del cargo, los cuales pueden pertenecer a cualquiera de los tres poderes del estado democrático: Ejecutivo (vgr. monedas, decretos, etc), Legislativo (vgr. leyes) y Judicial (vgr. actas, expedientes judiciales).

Desde una segunda aproximación, los instrumentos públicos también pueden ser otorgados por los escribanos. Al respecto, cabe señalar que, si bien CARNELUTTI, a los fines de evitar confusiones conceptuales, propuso denominarlos “documentos oficiales” a los que provienen de los funcionarios públicos estatales y dejar el nombre de “instrumento público” para los demás supuestos, tal tesis no tuvo seguimiento. Por ese motivo continuó utilizándose la voz de “instrumento público”⁸.

Desde una tercera aproximación, en la Argentina, el Código Civil de DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, ley 340⁹, en el art. 979, los denomina: “instrumentos públicos” y, dentro de ellos, como especie, se encuentran las escrituras públicas.

Desde una cuarta aproximación, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación¹⁰, en el art. 289, los regula con mayor claridad y distingue las escrituras

7 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, 5ª edición, T. 2, Víctor de Zavallia Editor, Buenos Aires, 1981, pág. 544.

8 Ob. cit. págs. 543-544. En este sentido también, Alcalá-Zamora y Castillo, N. *Cuestiones de terminología procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Dirección General de Publicaciones de UNAM, Serie G. Estudios Doctrinales, N° 5, 1º ed., 1972, México, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros> (20-09-2014), pág. 42.

9 El Código Civil de la Nación, ley 340 y sus modificatorias y complementarias rige hasta el 31-12-2015.

*N. de R.: el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación regirá desde el 1 de agosto de 2015, según ley 27.077 del 16 de diciembre de 2014.

10 El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, con sanción en fecha 01-10-2014, promulgación en fecha 07-10-2014, y BO 08-10-2014.

públicas, los instrumentos públicos y los títulos emitidos por el estado nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, acorde con las leyes que autorizan su emisión.

4. FORMAS *AD SOLEMNITATEM* Y *AD PROBATIONEM* DEL INSTRUMENTO PÚBLICO

En lo que atañe a la forma y substancia de los instrumentos públicos, tenemos que distinguir en su otorgamiento las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*.

Dentro de este orden de ideas, COUTURE puntualiza que, dentro de la teoría de las formas, corresponde diferenciar las formas solemnes y las formas probatorias, al expresar:

Ahora bien: la forma solemne, examinada en sí misma, en su contenido más profundo, no difiere de la forma probatoria. La solemnidad no es sino una prueba acrecentada; o si se quiere, en sentido inverso, la prueba (re-presentación), no es sino una solemnidad disminuida. El acto solemne es solamente solemne, simplemente para que no se olvide. La ceremonia litúrgica, la ceremonia cívica y la ceremonia jurídica, no procuran, por sí mismas, otra cosa que una mayor penetración en la sensibilidad y en la memoria humanas. La solemnidad es la prueba ostensible y pomposa de la vida primitiva; la forma escrita moderna suple en muy buena parte los sucesos del naufragio de la memoria; pero la forma escrita, dotada todavía de cierta solemnidad externa, tal como la intervención de un magistrado, de un alto funcionario, de un profesional especialmente habilitado, de testigos que son el símbolo de la publicidad y notoriedad del acto, constituye una especie de prueba reforzada, tendiente a quedar grabada en el recuerdo no solo por la perdurabilidad del documento escrito, sino también por la significación externa de la ceremonia misma.

Esta circunstancia, de que el acto solemne venga a constituir así una especie de prueba reforzada o privilegiada, ha venido a trasladarse desde el campo del derecho probatorio al campo de la teoría de los actos jurídicos. Pero no por eso la solemnidad pierde su significado rigurosamente probatorio. La paz y la tranquilidad del documento son la paz y la tranquilidad de que si llegara a cuestionarse en un proceso el derecho documentado, la escritura decidirá por sí sola el proceso.

Cabe preguntarse, entonces, por virtud de qué fenómeno profundo la solemnidad y la publicidad del acto solemne llegan a constituirse en una estructura necesaria del acto.

(...) Esa respuesta fue dada agudamente mediante una sutil asimilación de la prueba escrita a la posesión. En un documento de verdadera importancia científica, se ha configurado a esa poderosa significación externa de la forma sobre los actos jurídicos, como una especie de “quasi posesión” de los derechos que resultan del acto. Las razones políticas que inspiran la exigencia del acto escrito han corrido parejas con las razones de la exterioridad posesoria. La publicidad, el interés de los terceros, la necesidad de un pacífico goce del derecho, se hallan tanto en uno como en otro fenómeno¹¹.

Extraemos de ello, como eje medular que la solemnidad del acto jurídico se patentiza en una forma escrita a cumplirse necesariamente para los casos establecidos en la ley sustantiva, tal se verifica en los actos notariales, como la escritura pública, en la cual hay una dación de la fe pública, por el escribano. En este plano, EDUARDO COUTURE expresa: “La fe pública del acto solemne, es en su significación inmediata una cobertura protectora del acto, inseparable jurídicamente de su substancia; pero en su significación mediata vale por su plenitud probatoria y por su poder demostrativos de la verdad jurídica”¹².

Concluimos, haciendo hincapié en que los instrumentos públicos tienen una doble forma: *ad solemnitatem ad substantia* y *ad probationem* y las mismas tienen proyecciones probatorias en el proceso judicial, regladas en la ley sustantiva.

5. FUNCIONES JURÍDICAS DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Desde el ámbito procesal, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA nos hace un aporte muy valioso, a raíz de que, en base a la forma del otorgamiento de los instrumentos públicos, se focaliza en desarrollar las funciones de estos:

1º) Los documentos y los instrumentos públicos tienen una *función procesal* (cualquiera fuese su estado) dado que sirve de prueba dentro del proceso judicial.

2º) Los instrumentos públicos tienen una *función extraprocesal* teniendo presente que la forma de su otorgamiento tiene una doble naturaleza:

a) *Sustancial y solemne*: dado que esta forma constituye un requisito necesario para la existencia y la validez del acto jurídico (vgr. la donación sólo se

11 COUTURE, Eduardo. *El Concepto de Fe Pública. Introducción al Estudio del Derecho Notarial*, Biblioteca de publicaciones oficiales de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III, LXXIII, Montevideo, 1954, págs. 28-29.

12 *Ibidem*, pág. 31.

instrumenta por escritura pública). En rigor, los actos jurídicos que tienen su registro en instrumentos públicos con la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam* tiene una naturaleza mixta, toda vez que presentan las particularidades de darle existencia al negocio jurídico con la solemnidad sustancial o material y también valen como prueba en los procesos judiciales.

b) Probatoria: surge como consecuencia de que la ley lo exige o porque voluntariamente se quiere constituir un medio permanente de representación de un hecho, a fin de poder inferir extrajudicialmente la existencia de un contrato, de esa representación de declaración de voluntad (vgr. un acta notarial de constatación de daños en un inmueble o un mueble registrado). En efecto, los instrumentos públicos con la forma *ad probationem* son instrumentos de carácter probatorio, como consecuencia de que la legislación civil prohíbe que se pruebe sólo por testigos a partir de un determinado valor económico de un contrato¹³ o de que no exige la forma *ad solemnitatem*¹⁴.

3º) Los instrumentos públicos tienen la función de “*dar fe pública*”, la cual tiene una doble aplicación: sustancial y procesal.

En el *plano jurídico sustancial*, la fe pública es la que atribuye una sensación de certidumbre a los actos y negocios jurídicos (vgr. un título de propiedad por escritura pública inscripta en el Registro de la Propiedad).

En el *ámbito procesal*, tiene una eficacia probatoria plena, todo lo que tiene el carácter de prueba legal tasada como ocurre con los instrumentos públicos¹⁵. En este sentido, el Código Civil, ley 340 en el art. 993, regula que ellos hagan plena fe, hasta que sean argüidos de falso. Mientras que, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 296, al regular la eficacia probatoria de los instrumentos públicos, mantiene su carácter de prueba tasada porque se limita a regular que los mismos “*hacen plena fe*”.

Como otro dato útil, traemos a colación el pensamiento procesal de AUGUSTO M. MORELLO, quien enseña que cuando el juez valora los hechos litigiosos y las pruebas colectadas a los fines de fallar una causa judicial, la primera regla que debe aplicar es la que se corresponde con la prueba legal tasada¹⁶ (vgr.

13 El Código Civil de la República Argentina dispone en el art. 1193: “Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos. (Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1º de julio de 1968)”.

14 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Ob. cit., T.2, págs. 507-508.

15 *Ibidem*, pág. 509..

16 La prueba tasada es aquella cuya valoración probatoria está fijada por el legislador en la ley sustantiva, con lo cual, el juez, cuando valora esa prueba tasada para poder fallar una causa, lo que concluye, es aplicar directamente esa ley sustantiva (v.gr. el valor probatorio de los instrumentos públicos).

instrumentos públicos) y, en un paso subsiguiente, recién ordena los restantes medios probatorios¹⁷.

4º) El instrumento público también tiene *función legitimadora para el ejercicio de un derecho* como ocurre cuando se transfieren derechos (vgr. una cesión de créditos) y, ahí, precisamente, el cesionario se encuentra legitimado para poder ejercer sus derechos respectivos¹⁸.

Compartimos esta posición doctrinaria por ser profundamente analítica y completa, dado que se sustenta en los aportes del Derecho Civil, la Teoría General del Proceso y del Derecho Procesal Civil y Comercial.

6. INSTRUMENTOS PÚBLICOS Y FE PÚBLICA

La premisa de la cual debemos partir es que los instrumentos públicos tienen una directa relación con la fe pública y, a su vez, dentro de ella, existe una fe pública notarial que tiene una directa relación con los escribanos.

En este aspecto, COUTURE sostiene que:

...el escribano da fe de cuanto ha percibido "*ex pro-pii sensibus*"; y el de derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido. Esa fe es, además, pública. Lo es, en términos generales, en cuanto emana del escribano, porque éste desempeña una función pública; y lo es, además, del público, por antonomasia.

Estas circunstancias han contribuido a dar el escribano su nombre propio. Se ha acostumbrado siempre a llamar a este profesional del derecho con un nombre derivado de las cosas de las que él se sirve: escribano, por su oficio de escribir; notario -por las notas de su registro-; tabelión, de las "tablas" -que fueron su instrumento-; actuario -por las actas de su ejercicio-; cartulario, por los papeles ("charta") de su labor. Su más reciente denominación de fedatario deriva directamente de su función específica de "dar fe" de los actos que pasan ante él. Mas ocurre que el concepto de fe pública se va ensanchando y abarca también al funcionario público (vgr. funcionario público en el poder judicial como el secretario, etc.)¹⁹.

17 MORELLO, Augusto M. "La prueba civil. Aperturas y variaciones", en *La Prueba en el Proceso Civil*, Rubinzal Culzoni Editores, Eduardo Oteiza (director), Santa Fe, 19 de mayo de 2009, pág. 51.

18 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pág. 509.

19 COUTURE, Eduardo. Ob. cit., pág. 23.

En particular, ZINNY precisa que no debe confundirse la fe pública, la dación de fe y la potestad de celebrarla²⁰.

En primer lugar, la *fe pública*, se proyecta en las distintas ramas del Derecho o poderes del Estado, así se da lugar a la: fe pública administrativa, legislativa, judicial y notarial. Lo interesante es que entre ellas no existe ninguna diferencia, con la salvedad de la fe pública notarial, en la cual los escribanos, antes de dar fe, asesoran²¹. Concretamente, en cuanto a la fe pública, expresa:

...fe pública es, sencillamente, creencia legalmente impuesta y referida:

1) a la autoría, el lugar y la fecha de ciertos objetos (instrumentos públicos, moneda, sellos oficiales);

2) a la autoría, el lugar y la fecha de los actos públicos (acto notarial, administrativo, judicial, legislativo);

3) y a la existencia material del acto o hecho narrados por el escribano, juez de paz, secretario del Juzgado o funcionario a cargo del Registro Civil²².

En segundo lugar, la *dación de fe*, es el acto notarial que da origen a la fe pública²³. En este sentido, MARIO ANTONIO ZINNY sostiene que "Por dación de fe entendemos la narración del notario que es emitida a requerimiento de parte, está referida a sus propios actos y a comportamientos ajenos, acontecimientos de la naturaleza o sus resultados materiales, es instrumentada por el notario en el acto de percibirlos y está destinada a dotarlos de fe pública"²⁴.

En tercer lugar, en el plano de la *potestad de celebrar la fe pública*, MARIO ANTONIO ZINNY sostiene que esta potestad: "...es lo que en el derecho privado y en materia de negocios responde al nombre de legitimación"²⁵. Ese mismo concepto también se traslada al campo procesal y observamos que los justiciables (vgr. actores y demandados en el proceso civil, comercial, laboral, de familia, contencioso administrativo, etc.), deben tener *legitimación* para poder actuar válidamente en el proceso judicial.

20 ZINNY, Mario Antonio. *La enseñanza del derecho y los estudios comparados. Una síntesis del Derecho Argentino destinada a facilitar su comparación*, Nova Tesis Editorial Jurídica SRL, Rosario, Santa Fe, 12 de marzo de 2014, pág. 225.

21 *Ibidem*, pág. 223.

22 *Ibidem*.

23 *Ibidem*, pág. 225.

24 ZINNY, Mario Antonio. *El acto notarial (dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, agosto de 1990, pág. 9.

25 *Ibidem*.

7. INSTRUMENTOS PÚBLICOS. ESTRUCTURA FORMAL: “ACTO INSTRUMENTAL” Y “ACTO INSTRUMENTADO”

De acuerdo a los conceptos explicitados en el apartado precedente, podemos señalar que en la *estructura formal* de los instrumentos públicos, se distingue el *conteniente* (vgr. los instrumentos públicos y en el ámbito procesal los diferentes procesos de conocimiento, ejecutivo, etc), dentro del cual tiene cabida el “asunto”, el “caso concreto” (vgr. una escritura pública traslativa de dominio y, dentro del proceso judicial, las pretensiones y defensas que las partes plantean en un juicio de divorcio, juicio de desalojo, etc.) al cual lo denominamos el *contenido*.

Concretamente, LUIS MOISSET DE ESPANÉS, citando a don RAFAEL NÚÑEZ LAGOS en su curso sobre *Teoría General del Instrumento Público*, precisa que hay que diferenciar el “acto instrumental” del “acto instrumentado”²⁶.

Por un lado, en el “acto instrumental”²⁷, hay que atender a tres elementos: subjetivo, objetivo y de la forma del acto. Así, a) el elemento subjetivo, ubica entre los sujetos necesarios, a las partes y a las instituciones que deben intervenir cuando corresponda, y al escribano, quien en su ejercicio profesional está facultado (con su título universitario y con su registro notarial habilitado por ley) para producir el acto notarial. b) En el elemento objetivo se materializa el acto notarial que puede recaer sobre una cosa y/o acontecimiento, etc. (vgr. escritura pública de compraventa, actas notariales de constatación, etc.). c) El elemento de la forma del acto es abarcativo tanto del tiempo o de los plazos convenidos y/o fijados en forma judicial (en que debe celebrarse el acto notarial), como de las formalidades que se deben cumplir en él. A su vez, dentro de estas últimas, cabe remarcar el cumplimiento de los requisitos generales (como el uso del idioma nacional -vgr. idioma español-), de los requisitos específicos como los que se exigen para cada instrumento público y del lugar de celebración, que por regla es la escribanía, aunque se encuentra autorizada la celebración del acto notarial fuera de ella en los casos especiales.

26 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Nulidades de escrituras públicas responsabilidad del escribano”, en Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Año 2008/02, N° 90, pág. 21.

27 El acto notarial es un acto jurídico escrito con registración también en forma escrita de todo lo actuado. Igual situación se reitera en el proceso civil escrito con registración escrita. Lo interesante es que esta coincidencia total entre el acto y su registración contribuyen a que no distingan ambas situaciones. En cambio, ello no ocurre en el proceso penal oral, dado que el mismo se sustancia en la audiencia de vista de causa o audiencia de debate en forma oral y su registración se hace en forma de acta de audiencia labrada por escrito y de manera sucinta. Lo cual implica que el acto tiene forma oral y su registración tiene forma escrita.

Por otro lado, el “acto instrumentado”, -siguiendo a LUIS MOISSET DE ESPANÉS- es el “resultado” de una escritura pública cumplida en forma válida porque en ella: “...hay un acto fruto de la voluntad de las partes (acto instrumentado), que para expresarla recurren al notario para que lo dote de una forma (acto instrumental)”²⁸.

A modo reflexivo, consideramos pertinente recordar a don RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, quien sistematizó magistralmente todo lo concerniente a la eficacia del instrumento público, en base a la variable de identificar en las actuaciones del otorgamiento, a las actividades del notario y actividades de las partes, con los siguientes alcances:

1) Actividades del Notario. Se basan en ser un funcionario público que actúa *cum causae cognitione* y su función tiene un doble aspecto: en cuanto a la *realidad* que presencia y en cuanto a la *legalidad* de sus actividades y de las partes que controla.

En el primero, el acto documentado por el Notario surte todos sus efectos íntegramente, incluso contra tercero, mientras una sentencia no declare su falsedad, es decir, mientras no deje de ser instrumento público. Solamente cabe negarle valor jurídico en los juicios declarativos ejercitando la acción de falsedad civil, consagrada por la legislación de Partidas (cuya vigencia, a juicio de Núñez Lagos, pudiera defenderse en cuanto a este extremo) y admitida, además, por nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 29 de diciembre de 1927.

En la esfera de la legalidad, el acto notariado es válido *iuris tantum* hasta que por los Tribunales se declare su nulidad, lo cual convierte a la escritura pública en título de tráfico, con la consiguiente presunción de su integridad respecto de terceros. Para el tercero que contrata fiado en el *contenido* de una escritura pública, éste es íntegro y exacto mientras no resulte anotada su modificación por otra escritura, al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud se hubiere procedido o publicada en el Registro público competente.

Después de este enfoque sintético, se ocupa en concreto de las funciones del Notario, con arreglo al siguiente cuadro:

A) Funciones antes de redactar y autorizar el documento: a) examinar su propia competencia; b) aceptar el requerimiento de las partes, y c) dirigir el fondo del negocio jurídico material.

28 *Ibidem*.

B) Funciones reflejadas en el mismo documento:

I. En la esfera de los hechos: a) presencia del Notario, de las partes y de otras personas; b) manifestaciones de la realidad: reseña de documentos; entregas de dinero y de cosas; que las actividades de las partes se han producido libremente; lectura del documento por el Notario o por las partes; prestación del consentimiento, que abarca y ampara: la conciencia del acto y la libertad de acción de las partes, y, por último, notificaciones, intimaciones y requerimientos.

II. En la esfera del Derecho: a) calificaciones: las más usuales son: capacidad de las partes, identidad de las mismas, *nomen iuris* del acto, legalidad de éste y juicio de suficiencia en la comprobación del hecho notorio; b) advertencias.

2) Actividad de las partes. Las clasifica en: a) actos de exhibición; b) actos de instancia, petición o requerimiento, c) declaraciones, que comprenden: afirmaciones, aseveraciones, decisiones de voluntad y enunciativas²⁹.

En esta perspectiva, advertimos que nuestro Código Civil, ley 340, en el art. 979 (en sus 10 incisos) contiene una enumeración de los instrumentos públicos, dentro de los cuales, ubica (entre otros) a los que son celebrados por funcionarios públicos que certifican cosas (como los billetes -inc. 9º-), también incluye algunos que son privados por su índole (como los asientos en los libros de los corredores -inc.3º-) y, por último, individualiza a los escribanos, a las escrituras públicas y las actas notariales que los mismos labran (incs.1º y 2º).

En tanto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 289, legisla, únicamente, las escrituras públicas, los instrumentos públicos y los títulos públicos, en cada uno de sus tres incisos.

8. ESCRITURA PÚBLICA

Habiendo analizado los instrumentos públicos, aquí nos ocuparemos de una de sus especies, esto es, la escritura pública.

29 NUÑEZ LAGOS, Rafael. "Una conferencia de Don Rafael Nuñez Lagos sobre el valor jurídico del documento notarial", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Instituto Editorial Reus-Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A. Preciados 13 y 6, Segunda Edición, T. 5, Madrid, Año LXXXVIII, págs. 663-664.

Desde el punto de vista conceptual, COUTURE -citado por DEVIS ECHANDÍA-, precisa que "...la escritura pública es 'una representación de ciencia (lo que el escribano oye), de una representación de voluntad (lo que las partes quieren)'"³⁰.

En otras palabras, lo que identifica a la escritura pública como una especie de instrumento público es que resulta labrada por un escribano y, a su vez, esta se protocoliza en un protocolo que se encuentra al cuidado del mismo notario.

Desde el punto de vista normativo, no puede soslayarse que el novel Código Civil y Comercial de la Nación³¹ dentro del "Capítulo 5. De los actos jurídicos", legisla en la Sección 4ª los instrumentos públicos, y luego, en la Sección 5ª, contemple, en forma expresa, la escritura pública y el acta. En efecto, en el art. 299 se define la escritura pública como: "...el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos". Luego, en el art. 300 prescribe que: "El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto". A su vez, en el art. 301 se regulan los requisitos que deben cumplirse, entre los cuales (como dato útil) remarcamos que las escrituras públicas: "...pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizar mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, pero siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles". Lo interesante es que en los artículos siguientes (302 a 307) se legisla todo lo concerniente a las escrituras públicas; luego, en el art. 308, se prescribe lo atinente a las copias y testimonios y, por su parte, el art. 309 legisla sobre su nulidad.

8.1. Funciones jurídicas de las escrituras públicas

HERNANDO DEVIS ECHANDÍA³² reseña que las escrituras públicas persiguen las siguientes funciones jurídicas: a) función de simple publicidad, b) función sustancial y procesal, c) otra función extrajudicial de título de los derechos contenidos en ella y d) una función probatoria.

30 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., T. 2, pág. 545.

31 El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado el 1-10-2014, promulgado el 7-10-2014, publicado en BO 08-10-2014, disponible en <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion> (consulta 2-10-2014).

El nuevo Código Civil y Comercial corresponde al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nro. 884/2012, 1ra. Edición, Agosto 2012. Gustavo A. Szarangowicz, Agosto de 2012, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires. Id Infojus: LD00003.

32 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., T. 2, pág. 546.

a) *Las escrituras tienen una función de simple publicidad* toda vez que las mismas constituyen actos documentados que tienen la peculiaridad de que su original se protocolice y, por ende, quede asentado en el protocolo del escribano. Tal circunstancia permite no sólo que puedan consultarse los originales o las matrices en los protocolos notariales, sino también que puedan expedirse las copias requeridas.

b) *La función sustancial y procesal de las escrituras públicas* presenta una directa relación con las formas de su otorgamiento y atiende a si la ley la exige como un requisito *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* para que el “negocio jurídico nazca a la vida jurídica o para su validez” (vgr. compraventa).

c) *La otra función extrajudicial de título de los derechos contenidos en la escritura pública* es la que permitirá ejercer los derechos a aquellas personas titulares de sus derechos que puedan ejercerlos, acorde a la fe pública que en la misma se deposita, como así también instrumentar la negociación que realicen de los mismos (vgr. cuando para su transferencia se debe labrar otra escritura pública, cuando se realiza una delegación de un poder de administración que fue otorgado por escritura pública).

d) *La función probatoria de la escritura pública* tiene lugar cuando en el marco de un proceso judicial, una de las partes demuestra “la ejecución del acto documentado, la declaración que contiene, y el cumplimiento de la formalidad de su otorgamiento, en virtud de la fe pública que en ellos se deposita por intervención del funcionario público que las autoriza”³³.

A su vez, en el plano legislativo, debemos apuntar que en la totalidad de los ordenamientos procesales civiles y comerciales de nuestro país, se encuentra regulada la prueba documental y, dentro de este medio probatorio nominado, se receptan las escrituras públicas, cuya eficacia probatoria acerca de ¿cuándo el instrumento público hace plena fe? y ¿cuándo hace plena fe hasta que se admita prueba en contrario? se encuentra regulada en el Código Civil, ley 340 (art. 993), y el nuevo Código Civil, y Comercial de la Nación (art. 296). Asimismo, sólo en este último cuerpo legal se regula el valor probatorio de las actas notariales (art. 312). Ello es muy importante pues opera respecto de las partes en la distribución y asignación de las pruebas que a cada una le incumbe producir. A su vez, desde el vértice del tribunal, señalamos que el juzgador en un proceso civil podrá pedir la exhibición del protocolo en el que se encuentre el documento sobre el que recae una impugnación³⁴.

33 *Ibidem*.

34 El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Rioja en su art. 223, prescribe: “Exhibición de matriz u original. Si del documento impugnado existiese matriz u original en un protocolo o registro, el juez podrá ordenar su exhibición por el escribano o funcionario en cuya oficina se encontrare”. Edición oficial, 1973, pág. 67.

9. ACTA NOTARIAL

El acta notarial, siguiendo a MARÍA VICTORIA GONZALÍA, "...es un instrumento público y al ser formalizada por un escribano público es un documento notarial"³⁵.

El documento notarial, al decir de ADRIANA ABELLA, es "...todo escrito original o reproducido autorizado por el notario y resguardado conforme la ley de su organización, procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función"³⁶.

En el mismo plano, CARMEN SILVIA ELENA MAGRI sostuvo que:

Las actas integran el concepto de documento notarial, en tanto se hayan cumplido las formalidades prescriptas por la ley, y su autor haya obrado en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia. Las actas -protocolares y extraprotocolares- no se distinguen de las escrituras en punto a lo que queda autenticado -que en todos los instrumentos públicos siempre son hechos- sino porque estos no configuran en ellas una categoría superior (acto o negocio jurídico). Las percepciones por medio de cualquier sentido, pueden ser declaradas por el oficial público como hechos cumplidos por él mismo con efecto de plena fe (art. 993 del Código Civil).

Corresponde distinguir el carácter auténtico de los hechos contenidos en el acta, de su valoración judicial, la que dependerá del órgano jurisdiccional en función de la totalidad de las pruebas rendidas, según sus libres convicciones a la luz del principio de la sana crítica. En algunas jurisdicciones pueden labrarse las actas protocolares en un protocolo auxiliar. Un ejemplo lo da la reglamentación de la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (artículo 66), que lo prevé como optativo³⁷.

Desde el punto de vista normativo, a pesar de que en la praxis son muy utilizadas en las cuestiones civiles y comerciales, las *actas notariales* no presentan una regulación expresa en el Código Civil de DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD.

35 GONZALÍA, María Victoria. "Valor probatorio de las actas notariales", en *40ª Convención Notarial de Colegios de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*, 31 de julio al 2 de agosto de 2013, disponible en sitio virtual: https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/40convencion/trabajos/Actas_Gonzalia.pdf (consulta 17-09-2014).

36 ABELLA, Adriana N. "Documento Notarial" en REVISTA NOTARIAL, N° 941, pág. 86 (consultado en: http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/escribania/derechonotarial/aportes_tericos/Rev_Not_Abella_Doc_Not.pdf consultada con fecha 09-10-2014).

37 MAGRI, Carmen Silva Elena. "Actas: técnicas para manifestaciones escriturarias", *Revista del Notariado*, Director Álvaro Gutiérrez Zaldívar, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 894, año CXI, octubre, noviembre y diciembre de 2008, pág. 241.

Por el contrario, sí se encuentran reguladas en el novel Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 310, con arreglo al cual se define a las actas notariales como "...los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos". Asimismo, el aludido cuerpo normativo establece los requisitos del acta notarial (art. 311) y su valor probatorio que se "...circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial" (art. 312).

Cabe señalar que las actas notariales asumen importancia superlativa en el terreno de las notificaciones, tanto en el ámbito civil y comercial³⁸, como en el fuero del trabajo³⁹.

38 En este sentido, subrayamos la utilización del acta notarial como medio notificatorio en la notificación a domicilio, art. 136 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (conf. ley 25.488). En efecto, esta incorporación del acta notarial, como un medio más para efectuar las notificaciones a domicilio en un proceso civil, atiende a ampliar la tutela de la garantía de defensa en juicio mediante el resguardo del valor de seguridad jurídica. Como dato útil, señalamos que las partes -exclusivamente- son quienes deben elegir el medio de notificación que quieren utilizar.

39 BRAIN, Daniel Horacio. "Uso del acta notarial en la relación de trabajo", en *Revista de Estudios de Derecho Notarial y Registro* de la Universidad Blas, UBP, Universidad Blas Pascal, vol. 1, Año 2014, págs. 69-71. Cabe señalar que el acta notarial se utiliza en las relaciones laborales porque, si bien el trabajador tiene un derecho a la gratuidad en el telegrama obrero, tal circunstancia no se verifica respecto de la patronal, quien debe asumir el costo de sus comunicaciones. En este sentido, Daniel Horacio Brain rescata la utilización del acta notarial por la parte empleadora porque es *inmediata, segura y efectiva*: "En efecto, es *inmediata* porque el Escribano se constituye en la fecha y en el domicilio del trabajador o en el que corresponda para realizar la intervención notarial. Es *segura* porque es un instrumento público de acuerdo a los arts. 997 y concordantes del Código Civil, que adquiere el carácter de una escritura pública, conteniendo la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorguen, fecha, hora, etc. dando fe el Escribano actuante de todo lo ocurrido en ese momento, siendo posible su invalidez solamente en caso de que sea declarada nula, porque de lo contrario hace plena prueba por tratarse de un instrumentos público". Y es *efectiva* porque para su validez no requiere de ningún reconocimiento en juicio. Sólo basta que la parte oferente la presente en juicio para que tenga una total eficacia probatoria con el alcance de una prueba plena, con salvedad si sobre la misma recae una declaración de nulidad. Es por ello que en materia laboral se utiliza para las notificaciones fehacientes, para formalizar los acuerdos laborales con los alcances del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo, para hacer constataciones etc.

10. NULIDAD DE LAS ESCRITURAS PÚBLICAS. SITUACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SARSFIELD, EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Y EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La nulidad se encuentra regulada en el Código Civil, ley 340 (arts. 1037 del Código Civil y sgts.), en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al igual que los respectivos ordenamientos procesales civiles provinciales⁴⁰.

De ahí que en este trabajo no sea nuestro propósito agotar su desarrollo, sino, efectuar un breve abordaje desde la óptica profesional.

En este sentido, LUIS MOISSET DE ESPANÉS⁴¹ enseña que las escrituras públicas, como actos jurídicos que son, pueden adolecer de:

1º) Vicios instrumentales, que son aquellos relacionados con las formas instrumentales de conformidad a los arts. 1044 y 1015 del Código Civil de DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD (vgr. que no se hubieran cumplido todas las formas reguladas en la ley, art. 980 Código Civil, ley 340). Asimismo, coetáneamente reseñamos algunos de los aspectos analizados por el citado autor.

a) Fe de conocimiento y fe de identidad: debía ser dada por el escribano para evitar que, en una escritura pública, una parte titular de derecho (vgr. vendedor) fuera suplantada por un tercero (arts. 1001 y 1002 Código Civil, ley 340). Claro que con la reforma introducida por la ley 26.140, el escribano acredita la identidad de los comparecientes al acto con la exhibición del Documento Nacional de Identidad para los ciudadanos argentinos y con el pasaporte para los extranjeros, y debe incorporar su copia al protocolo.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 306 regula que los comparecientes deben acreditar su identidad ante escribano con el documento idóneo y debe agregarse al protocolo la reproducción certificada de las partes pertinentes y también por la afirmación del conocimiento por parte del escribano.

b) Capacidad de los otorgantes: a su vez, dentro de ella, aborda: *i) Incapacidades de hecho*: implica que el escribano no puede hacer comparecer en una escritura pública a un menor de edad, porque ello acarrearía la nulidad de la misma. Inclusive, también debe pedir la documentación pertinente si ya

40 LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Sistema de jurisprudencia civil, con apostillas y bibliografía, Código Civil (arts. 862 a 1322)*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, T. 2, págs. 1866-1867. En esta línea, las complejidades que se advierten en esta área, hacen que Marcelo López Mesa, parafraseando a Salvat, califica a esta parte del Código Civil como la “selva oscura” de las nulidades.

41 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Ob. cit. págs. 22-23.

hubiese cesado la incapacidad por *venia* para trabajar⁴² o por matrimonio. Otra situación diferente en la cual el escribano incurre en “falsedad instrumental”, se configura cuando en la escritura pública el escribano afirma que el otorgante se encontraba conciente, cuando, en realidad, se encontraba inconciente. *iii) Incapacidad de derecho* que da lugar al pedido de informe de dominio y gravámenes por el término de ley, en toda la provincia de Córdoba, que se libra al Registro General de la Provincia de Córdoba para que informe sobre la inhibición de disponer de la persona otorgante de la compraventa.

En este aspecto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 304 dispone cómo debe proceder el escribano cuando el otorgante padece de limitaciones para oír, para comunicarse o si fuese analfabeto.

c) Legitimación: aquí, el escribano debe solicitar los correspondientes instrumentos de legitimación, los límites de sus atribuciones y su vigencia (vgr. si tiene mandato, si tiene las facultades para el acto y si se encuentra vigente).

d) En lo que hace al contenido de las escrituras públicas, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 305, mejora en claridad y completividad al art. 1001 del Código Civil, ley 340.

2º) Vicios en el contenido del acto: son aquellos que se focalizan en la discusión de los intereses privados de las partes, que constituyen la consecuencia de que en ese negocio jurídico hubo una voluntad que adoleció de los vicios de: *error* (vgr. error sobre la naturaleza del acto, error sobre la persona otorgante, error sobre el objeto en el cual recae el acto, o sobre la causa principal como sería en una donación hacer que se abone el precio de la compraventa) en las circunstancias del negocio; *dolo* (vgr. mala fe para sustraerse de los acreedores, cuando el acto tiene cláusulas falsas o fechas falsas, etc.); y *violencia* (vgr. de índole física sobre el vendedor, art. 936, e intelectual art. 941, ambos del Código Civil, ley 340)⁴³.

Por cierto, la sola regulación jurídica de las nulidades del Código Civil no basta, sino que, por el contrario, ella se integra y complementa con la regulación de las correspondientes vías de ejercicio para que la parte afectada pueda pedir la nulidad de la escritura pública que le provoca perjuicio. Es por ello que el Código Civil establece que, cuando las causas de invalidez afectan a las partes, la que resulta afectada puede ocurrir al juez por vía de la *lesión* (art. 954 del Código Civil, ley 340). En cambio, cuando las causas de invalidez afectan el interés de los terceros, la parte perjudicada puede demandar ante el juez, según las particularidades del caso, por *simulación* (art. 955 del Código Civil, ley 340) o por *fraude* (art. 961 y sgts. del Código Civil, ley 340).

42 La *venia etatis* o autorización para trabajar es la que se otorga a los menores de edad para autorizarlos a poder trabajar.

43 *Ibidem*.

En este sentido, señalamos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el “Capítulo 6. Vicios de los actos jurídicos”, legisla estas tres secciones que corresponden: “Sección 1ª. Lesión” (art. 332), “Sección 2ª. Simulación” (arts. 333 a 337) y, “Sección 3ª. Fraude” (arts. 338 a 342) acorde a preveer con claridad sus respectivos regímenes, en los cuales no podemos detenernos por la extensión de este trabajo.

En suma, entendemos que una escritura pública (como acto jurídico) puede adolecer indistintamente de: *a) vicios instrumentales* (que se relacionan con la forma del acto y con que los otorgantes revistan como parte con capacidad de hecho, capacidad de derecho y con legitimación) y *b) vicios en el contenido del acto*, tanto a causa de los vicios de la voluntad (error, dolo y violencia física y psíquica), como a raíz de vicios del acto (fraude, simulación e, incluso, la lesión).

En este plano HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, respecto de la falsedad documental, hace hincapié así:

...la falsedad documental se divide en material e ideológica o intelectual. La primera consiste en alterar la materialidad del documento (adulteraciones, adiciones, borraduras) o en suplantar la firma de su autor: la segunda, en faltar a la verdad en las declaraciones contenidas en el instrumento⁴⁴.

Ahora bien, en el art. 993 Código Civil, ley 340 se legislan las acciones para plantear la falsedad de un instrumento público, prescribiéndose que la parte perjudicada puede plantearlas en sede civil y penal.

También debemos tener en cuenta que, cuando la falsedad ideológica del documento puede constituir un delito, tal circunstancia constituye una prejudicialidad penal para la causa civil⁴⁵ (vgr. una simulación en la cual existe un delito), o para una acción impugnativa (vgr. en Córdoba para interponer un recurso de revisión es necesario contar con el fallo penal irrevocable que condene por falso testimonio, art. 395, inc. 3, Código Procesal Civil).

Mas cuando se trata sólo de una simulación (vgr. una donación con el ropaje de la compraventa), la parte afectada podrá entablar las acciones legales del Código Civil a través de su demanda interpuesta sólo en la vía civil. Esta

44 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit. pág. 567.

45 La prejudicialidad penal implica la existencia de dos (2) procesos: uno, penal y otro, civil, que se tramitan de manera paralela. Ello implica que la causa civil que se puede iniciar y tramitar ante el juez civil, hasta el dictado de la sentencia y, en ese momento, se suspende hasta que haya sentencia penal irrevocable (art. 1101 y sgts. CC).

Doctrina

tramitará a través de la vía ordinaria mediante un proceso ordinario. Concretamente, acorde a Código Procesal Civil y Comercial de la Nación su tramitación se realiza en las siguientes instancias judiciales:

- La parte afectada (vgr. vendedor o el comprador o terceros interesados y perjudicados, etc.) podrá presentarse ante el juez federal y entablar una demanda de nulidad (vgr. de una escritura pública de compraventa de un inmueble), con el ofrecimiento de toda su prueba. A su vez, esta, por su índole, se tramitará por un proceso de conocimiento (vgr. un proceso ordinario).

- Si en esta primera instancia, el sentenciante emite una sentencia desfavorable, la parte afectada (mientras ese fallo en crisis no se encuentre consentido y firme) podrá ocurrir al Tribunal de Alzada, que es la Cámara Federal, interponiendo los recursos de apelación y nulidad con la finalidad de procurar revertir el aludido fallo adverso.

- A su vez, que ocurre si la 2ª Instancia concluye con el dictado de una sentencia emitida por el Tribunal de Alzada, que rechaza los recursos de apelación y nulidad y, en consecuencia, confirma el fallo recurrido de la 1ª instancia.

- Entonces, actualmente, la parte afectada (mientras el fallo en crisis no se encuentre consentido y firme) podrá ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el recurso extraordinario de inconstitucionalidad federal de la ley 48, art. 14 con la acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Mas también hay que reseñar que la Ley Nacional, ley 26.853/2013, ha instituido como tribunales intermedios a la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial (art. 4º) con competencia en el recurso extraordinario de casación (arts. 288-290 del CPCCN, con esta reforma), recurso de inconstitucionalidad (art. 295-296 CPCCN, con esta reforma) y recurso de revisión (arts. 297-301 CPCCN, con esta reforma). No obstante, la aludida ley nacional no se aplica a la fecha, toda vez que, según la acordada 23/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, su operatividad se encuentra supeditada a la instalación y funcionamiento de la Cámara Federal y Nacional de Casación en lo Civil y Comercial, no habiéndose fijado plazo alguno.

11. INSTRUMENTO PÚBLICO Y SU REDARGUCIÓN DE FALSEDAD

11.1. Disposiciones en la normativa de fondo

El art. 993 del Código Civil, ley 340 le otorga a los instrumentos públicos un valor probatorio pleno, toda vez que hacen plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, acerca de la existencia material de los he-

chos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por el mismo, o que han pasado en su presencia.

En este sentido, EDUARDO VÍCTOR CURSACK sostiene que el valor probatorio otorgado por el art. 993 "...es denominado autenticidad o fe pública"⁴⁶. Con lo cual son impugnables por redargüción de falsedad en la vía civil o en la penal las declaraciones del escribano, (conf. del art. 993 del Código Civil, ley 340). En tanto, las que se establecen en el art. 994 (dispositivas)⁴⁷ y en el art. 995 (enunciativas directas) del citado cuerpo legal, son impugnables por simple prueba en contrario.

Concretamente, EDUARDO VÍCTOR CURSACK en lo que respecta a las escrituras públicas, señala:

Si bien la autenticidad de autoría de las escrituras públicas está incluida dentro de la autenticidad corporal, es mejor tratarla en forma diferenciada, lo que encuentra sustento legal también en el artículo 993 del Código Civil (Ley 340), en cuanto acto que el notario declara como realizado por él mismo, se grafica con la dación de fe al final de la escritura y la firma y sello pertinente.

La autenticidad corporal del instrumento público es protegida por el artículo 989 del Código Civil (ley 340), en cuanto a correcciones realizadas en su texto que deben ser salvadas al final, cuando son de partes esenciales, y de puño y letra por el propio notario autorizante, cuando se hacen en escrituras públicas (art. 1001 del Código Civil, ley 340).

La autenticidad del contenido o ideológica queda cubierta por lo dispuesto en el artículo 993 del Código Civil (ley 340). En este caso, cuando se impugna la sinceridad de las declaraciones, se ataca el acto jurídico de las partes y no el acto del propio notario⁴⁸.

46 CURSACK, Eduardo Víctor. "La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal", en Sesión Pública del 7 de agosto de 2000, Revista del Notariado N° 865, Academia del Notariado, pág. 94.

47 "La simple prueba en contrario que pueda producir la parte contra la cual se pretende hacer valer un instrumento público, sólo resulta eficaz para impugnar la falta de autenticidad de las manifestaciones a que se refieren los arts. 994 y 995 del Código Civil más no basta para argüir la falsedad material ni la ideológica respecto de los hechos que el funcionario público asevera por él producidos en su presencia, ya que la plena fe de tales aseveraciones subsiste hasta el momento en que exista una sentencia firme que declare la falsedad y haya sido dictada previa intervención en juicio del funcionario público otorgante", Sup. Trib. Just. Corrientes, 5-07-1999, La Ley 2000-B-856 (42.530-S), citado por Marcelo J. López Mesa. *Sistema de Jurisprudencia Civil con apostillas y bibliografía*, T. 2, Código Civil arts. 862 a 1322), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 1831.

48 CURSACK, Eduardo Víctor. Ob. cit. pág. 96.

Es que la escritura pública, por su carácter de instrumento público, se encuentra amparada por la fe pública y para argüir su falsedad podrá promoverse, en sede penal, la querrela de falsedad, o hacerse en sede civil por la acción de nulidad del art. 993 del Código Civil, ley 340 o por el incidente de redargución de falsedad, que se regula en los ordenamientos procesales civiles. Ello es así, en función de que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre el incidente de redargución de falsedad de instrumentos públicos, dice:

En el presente caso es evidente que la desestimación del incidente de redargución de falsedad no se ajusta a la definición precedente, por cuanto la frustración de la vía incidental no excluye la querrela o redargución de falsedad mediante acción autónoma (cfr. art. 993 del Código Civil), toda vez que se trata de remedios independientes.

8º) Que, por las razones expuestas, el recurso ordinario interpuesto por la demandada ha sido mal concedido. Por ello, se declara mal concedido el recurso ordinario de apelación. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. - Ricardo Luis Lorenzetti- Elena I. Highton de Nolasco. - Juan Carlos Maqueda (según su voto). - E. Raúl Zaffaroni. - Carmen M. Argibay (según su voto)⁴⁹.

49 Corte Suprema de Justicia de la Nación: “José Minetti y Cía. Ltda. S.A.C.E.I. c. Estado Nacional s/ordinario s/inc. de redargución de falsedad s/inc. de apel. art. 250 C.P.C.C.”, 27/12/2011. Publicado en La Ley Online, Cita Fallos Corte: 334:1876. Cita online: AR/JUR/85801/2011.

En la citada causa judicial se debatió sobre una empresa que denunció como hecho nuevo la celebración de un acuerdo de compensación y reconocimiento de créditos, suscripto entre sus apoderados y el fiduciario liquidador de un ingenio azucarero, en base del cual se había cancelado el saldo de precio adeudado por la adquisición del bien, y adjuntó las copias de las escrituras traslativas de dominio. El Estado Nacional demandado objetó esos instrumentos por vía del incidente de redargución de falsedad. La sentencia de Cámara resolvió, al revocar la decisión de la instancia de grado, tener al demandado por desistido del incidente, ello en virtud de su tardía promoción, decisión que dio lugar al recurso ordinario de apelación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo por mal concedido el remedio procesal.

Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c. Provincia de San Luis”, 07/05/1998. Publicado en: La Ley 1998-E, 56 DJ 1998-3, 1175. Cita Fallos Corte: 321:1397. Cita online: AR/JUR/1937/1998.

En esta causa se debatió que la Provincia de San Luis promueve “incidente de redargución de falsedad en contra del instrumento presentado por la S.A.C.E. (...) el día 20 de marzo del corriente año por ante el Tribunal de Roma, Italia, consistente en una pseudo certificación supuestamente firmada por la escribana de Gobierno de la Provincia de San Luis y con la apostilla de La Haya”.

Extraemos del fallo citado la regla que el rechazo del incidente de redargución de falsedad no implica la imposibilidad de replanteo de la cuestión por vía principal según lo previsto por el art. 993 del Código Civil, pues se trata de remedios distintos (Del voto del Doctor Vázquez).

En consecuencia, entendemos que la parte que quiere pedir judicialmente la falsedad de un instrumento público debe utilizar en forma legal y correcta la vía procesal por la que hubiera optado. Esto es, si la parte nulificante no impugnó actos procesales del trámite de un proceso judicial, luego de varios años no puede a través del *incidente de redargución de falsedad* solicitar la nulidad de un fallo judicial y demás actos procesales que se encuentran firmes y consentidos⁵⁰. Mas, si en ese proceso judicial, la sentencia se dictó con fraude (vgr. cohecho, prevaricato, etc.), la parte nulificante podrá pedir la nulidad de esa sentencia por cosa juzgada írrita en función del recurso de revisión (vía impugnativa legislada en algunos códigos procesales civiles⁵¹) si los plazos procesales lo permiten o, si no, por proceso ordinario mediante una acción autónoma de nulidad⁵², la cual no se encuentra legislada por tratarse de una vía de creación pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵³.

11.2. Disposiciones en la normativa procesal

La redargución de falsedad se encuentra regulada a nivel nacional y, también, a nivel provincial, en casi todos los códigos procesales civiles y comerciales de nuestro país. No se recepta un artículo similar en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Jujuy y en los de Santa Fe. En tanto, la Provincia de Mendoza regula la impugnación de los documentos privados y públicos conjuntamente (art. 183).

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula la “redargución de falsedad” en el art. 395 que prescribe:

50 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, el 26/06/2012, en los autos “Dusse-
rre, Miguel A. y otro v. Ortiz, Hernán A. -Expte. 56.586/06”, resolvió rechazar la acción
de redargución de falsedad tendiente a obtener la declaración de falsedad de las senten-
cias de primera y segunda instancia dictadas en sede laboral, así como el decreto de su-
basta y el boleto de compraventa, en el supuesto en que la misma se funde en supuestos
vicios y/o defectos incurridos durante el trámite de dichas actuaciones, siendo necesario
al efecto alegar la falsedad ideológica de los mismos, publicado el 7 de noviembre de
2012 por Thomson Reuters.

51 Entre otros más, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, ley pro-
vincial 8465, arts. 395 a 401.

52 ÁVILA PAZ DE ROBLEDO, Rosa A. “Revisión de la cosa juzgada y acción autónoma de
nulidad”, Ramiro Rosales Cuello (coordinador), *Los tribunales de casación y los recursos
de casación, revisión e inconstitucionalidad*, en Jurisprudencia Argentina, 2013-IV, Buenos
Aires, 2013, págs. 52 y sgts.

53 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23-11-1962, autos “Tibold, José y otros”, Fallos:
254-320, publicado La Ley vol. 110, pág. 363 (ver Hitters, Juan Carlos. *Revisión de la cosa
juzgada*, con la colaboración de Manuel O. Hernández, Segunda edición, Librería Editora
Platense, Lanús, Provincia de Buenos Aires, 2006).

Artículo 395 - redargución de falsedad. La redargución de falsedad de un instrumento público tramitará por incidente que deberá promoverse dentro del plazo de diez días de realizada la impugnación, bajo apercibimiento de tenerla por desistida. Será inadmisibile si no se indican los elementos y no se ofrecen las pruebas tendientes a demostrar la falsedad.

Admitido el requerimiento, el juez suspenderá el pronunciamiento de la sentencia, para resolver el incidente juntamente con esta.

Será parte el oficial público que extendió el instrumento.

En este aspecto, ROLAND ARAZI y JORGE A. ROJAS sostienen que la falsedad de los instrumentos, cuando se trate de instrumentos públicos o privados, podrá ser material o ideológica. A su vez, la *falsedad material* podrá ser: "a) Absoluta, cuando la persona que se indica como interviniente en el acto es ajena a él, o b) relativa o parcial cuando el instrumento ha sido raspado o adulterado"⁵⁴, ya sea en la matriz o en su copia, mediante supresiones, modificaciones o agregados en uno o en más de sus enunciaciones. Mientras que la *falsedad ideológica* podrá ser cuando "...las enunciaciones hechas en el instrumento no son verdaderas"⁵⁵ a raíz de que existe inexactitud de los hechos que el oficial o funcionario público manifiesta que fueron cumplidos por su persona o que los mismos se dieron en su presencia.

En este sentido, JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGÑO señala que la falsedad ideológica "consiste en una divergencia entre la percepción y la declaración del oficial público, sea por alteración, suposición o supresión de un hecho que el acto debe probar"⁵⁶ (vgr. cambiar un dato importante como el color de los ojos del comprador).

En esta línea, RAFAEL DE LA COLINA sostiene que la redargución de falsedad de un instrumento público sólo puede fundarse en los siguientes supuestos:

1º) en la adulteración material resultante de no haber sido otorgado por el funcionario que aparece suscribiéndolo, o de haberse alterado, sea en la matriz o en la copia, por vía de supresiones, modificaciones o agregados, una o más de la enunciaciones que contenía (falsedad material); 2º) en la inexactitud de los hechos que el oficial o funcionario público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia -art. 993 del Cod.Civil (falsedad ideológica)-. Así pues, la redargución de falsedad, por consiguiente, es inadmisibile para acreditar la

54 ARAZI, Roland y Jorge E. Rojas. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-Comentado y anotado*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 511.

55 Ob. cit.

56 CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, T. 2, Edición del autor, Centro Zip, Paraná, 2006, pág. 45.

falsedad ideológica de los hechos simplemente relatados por las partes al oficial o funcionario público -art. 994 y 995 del C.Civ. Ley 340-, o de las enunciaciones contenidas en un documento privado, ya que en tales supuestos es suficiente la simple prueba en contrario. Cfr. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, 1977, tº IV, págs.455/6-⁵⁷.

Compartimos este criterio de que el incidente de redargución recae sólo sobre la falsedad material y la ideológica que resulte del propio instrumento público impugnado.

11.3. Aspectos procesales: presupuestos, trámite y recursos

El incidente de redargución de falsedad requiere, a los fines de su promoción judicial, que la parte haya impugnado en forma previa el instrumento público en crisis. Las oportunidades procesales son al contestar el traslado de la demanda o al contestar el traslado conferido por los documentos acompañados por la contraparte o en su exhibición, o cuando se lo exhibe para su reconocimiento, pues esas oportunidades son las más apropiadas para asegurar el derecho de defensa.

Es a partir de entonces que corre el plazo previsto en el art. 395 del Código Procesal. Por cierto, la impugnación preparatoria del incidente de redargución de falsedad no requiere de un estricto rigorismo literal ni de formas sacramentales⁵⁸. En tal oportunidad, deberá impugnar al instrumento público en términos categóricos, precisos en cuanto a los vicios nulificantes de que adolece el instrumento público en crisis. Consideramos que en esta impugnación preparatoria del instrumento público en crisis, es conveniente también dejar formulada una reserva legal para promover el incidente de redargución de falsedad.

La vía incidental de redargución de falsedad tiene como presupuesto básico la existencia de un proceso judicial

...y tiene la finalidad de destruir la eficacia de un documento incorporado a esa causa como elemento de prueba: por lo tanto, abierto un proceso en el que un instrumento público se hiciere valer como prueba, la

57 DE LA COLINA, Rafael. "La prueba documental", en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-Comentado, concordado con los Códigos Procesales de las provincias argentinas y anotado con jurisprudencia de todo el país*, T. 3, Marcelo López Mesa (director), Ramiro Rosales Cuello (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 1068.

58 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft c. Provincia de San Luis", 07/05/1998. Publicado en La Ley 1998-E, 56, DJ 1998-3, 1175. Cita Fallos Corte: 321:1397. Cita online: AR/JUR/1937/1998.

contraparte tiene la carga de redargüirlo de falso dentro del mismo juicio de que se trate⁵⁹.

El incidente de redargución de falsedad debe promoverse dentro de los diez días de realizada la impugnación preparatoria. El mismo se deduce contra las partes perjudicantes que intervinieron en la escritura pública en crisis y también contra el oficial público actuante.

En lo que concierne a las escrituras públicas, es menester citar al escribano que labró dicha escritura pública porque tiene el carácter de parte litisconsorcial, dado que con los demás demandados constituye una litis consorcio pasiva de carácter legal o necesario. Ello implica que la legitimación de este supuesto específico de ser parte plural o coparte (activa como actores, o pasiva como demandados) les corresponde en forma conjunta y no en forma individual a cada uno de ellos. Por ello el juez sólo puede dictar una sentencia útilmente, si en el proceso intervinieron y/o tuvieron oportunidad de intervenir todas las partes litisconsortes (vgr. el juez debe declarar la nulidad de una escritura pública para todos y no para ti, sí; y para el otro, no)⁶⁰.

En el escrito del incidente de redargución de falsedad se debe individualizar con claridad la escritura pública que se objeta. Aquí, además de cuestionarse el testimonio acompañado, también debe impugnarse su matriz para que no resulte que consintió a la matriz y que sólo impugna su testimonio⁶¹. Una

59 Conf. HIGHTON y Areán. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 7, pág. 692.

60 En la litis consorcio legal o necesaria, el juez, de oficio o pedido de parte, puede disponer medidas para integrar la litis cuando se omitió de citar a una de las partes litis consorcial. En este sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prescribe: "Artículo 89. Litis consorcio necesaria. Cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, ordenará, antes de dictar la providencia de apertura a prueba, la integración de la litis dentro de un plazo que señalará, quedando en suspenso el desarrollo del proceso, mientras se cita al litigante o litigantes omitidos".

61 Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Frangiulli, Alicia M. c. Provincia de Santa Fe y otros", 21/12/1999. Publicado en: La Ley 2000-D, 35, DJ 2000-2, 529, ED 187, 366. Cita Fallos Corte: 322:3247. Cita online: AR/JUR/4144/1999.

En esta causa, se plantea la impugnación de falsedad en el contenido de un instrumento público -en el caso, la matriz empleada por Lotería Nacional para efectuar un sorteo en el que el actor alega haber resultado favorecido sin que se le haya abonado el premio-, habida cuenta de la fe de que gozan dichos documentos -arts. 989/993, Código Civil-, la que impide que pueda oponérsele otras constancias, verbigracia, las que resultan del recibo que comprueba la participación del actor en el juego.

Extraemos del fallo citado la regla respecto de la impugnación de la matriz, acorde a su motivación y resolución, que transcribimos: "5. Que no se advierte, entonces, razón alguna que justifique el reclamo frente a Lotería Nacional y desde luego -dado el carácter de su participación- a la Caja de Asistencia Social de Santa Fe, toda vez que a la matriz, 'único elemento de computación o escrutinio', sólo opuso las constancias, por cierto du-

vez efectuada esta impugnación, debe fijar los puntos de agravios, debiendo fundarse bien cada uno de ellos. No basta la mera alegación en contrario de los impugnantes. No se altera la carga de la prueba, dado que a la parte que invoca la falsedad le incumbe la prueba. Finalmente, con el escrito de redargución de falsedad, se debe ofrecer toda la prueba de la que intente valerse.

En cuanto a la apreciación de la prueba, RAFAEL DE LA COLINA sostiene que el juez debe valorarla con carácter restrictivo y dicha prueba deberá aportarle los elementos de convicción necesarios en base a los cuales pueda "...revertir la presunción de legitimidad y veracidad que emana de dicho instrumento"⁶².

En la sentencia, el juez resuelve el incidente de redargución de falsedad. A su vez, contra dicho fallo judicial, proceden los recursos ordinarios y extraordinarios.

A modo de síntesis comparativa, señalamos que el régimen legal del Código Civil, ley 340, en su art. 993 regula el valor probatorio del instrumento público, y conjuntamente las acciones civiles y penales para pedir la declaración de su falsedad. Ello implica, en definitiva, regular a la nulidad.

Pues bien, este mismo criterio legislativo se mantiene en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 296. Sin embargo, este nuevo horizonte jurídico es más amplio porque, cuando concordamos el citado art. 296, con el "Capítulo 9. Ineficacia de los actos jurídicos" (arts. 382-396), necesariamente tenemos que tener en cuenta que en el art. 382 ("Categorías de ineficacia") se legisla la ineficacia de los actos jurídicos en base a estas dos categorías: a) en razón de su nulidad o b) en razón de su inoponibilidad respecto de determinadas personas. Esto importa que a partir de ahora y en adelante, en este horizonte ampliado, debemos trabajar la ineficacia de los actos jurídicos por nulidad y por inoponibilidad. Mas, aquí sólo planteamos esta nueva temática, porque su tratamiento excede este trabajo.

dosas, del recibo 'comprobante de su participación en el juego'. Tampoco se evidencia responsabilidad del agenciero por cuanto remitió la tarjeta matriz, con lo que la jugada se llevó a cabo y no se ha probado actividad propia causante del presunto perjuicio. Por ello, se decide: Rechazar la demanda. Con costas (art. 68, Cód. Procesal de la Nación). - Julio S. Nazareno. - Eduardo Moliné O' Connor. - Carlos S. Fayt. - Augusto C. Belluscio. - Enrique S. Petracchi. - Antonio Boggiano (según su voto). - Guillermo A. F. López. - Gustavo A. Bossert. - Adolfo R. Vázquez".

62 DE LA COLINA, Rafael. Ob. cit. T. 3, pág. 1071.

12. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Nuestras reflexiones conclusivas son las siguientes:

1) Las escrituras públicas son una especie dentro de los instrumentos públicos.

2) En los instrumentos públicos hay que distinguir el "acto instrumental" del "acto instrumentado".

3) En las escrituras públicas debemos atender estos tres *elementos*: *subjetivo*, *objetivo* y de la *forma del acto*, en cuanto son "acto instrumental".

4) Las escrituras públicas son "acto instrumentado" puesto que el escribano debe, en su protocolo, el original y en base a él expide los testimonios.

5) Una escritura pública, como acto jurídico, puede adolecer indistintamente de: *a) vicios instrumentales* (que se relacionan con la forma del acto y con que los otorgantes revistan cada cual como parte, con capacidad de hecho, capacidad de derecho y legitimación) y *b) vicios en el contenido del acto* (tanto a causa de los vicios de la voluntad -error, dolo y violencia física y psíquica-, como a raíz de vicios del acto -fraude, simulación e incluso la lesión-).

6) La parte perjudicada podrá impugnar la falsedad (material y/o ideológica) de un instrumento público en las vías civil y penal, acorde a las acciones legales que le otorga el Código Civil, ley 340 (art. 983) y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 296), en ambos cuerpos legales, con sus concordancias.

7) La parte perjudicada podrá impugnar la falsedad de un instrumento público en un proceso civil y en sede civil, a través del incidente de redargución de falsedad, el cual recaerá en la falsedad material e ideológica que resulte del mismo documento. Así, pues, la falsedad del contenido del instrumento público deberá plantearse por la vía ordinaria y por el proceso de conocimiento respectivo (vgr. procesos ordinario y sumarísimo).

8) El incidente de redargución de falsedad se plantea en un proceso civil en trámite, de modo tal que en esa instancia se tramita y el juez lo resolverá en la sentencia. Ello, una vez emitida por el juez, podrá ser objeto de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios.

9) En las acciones civiles y en el incidente de redargución de falsedad (art. 395 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), en los que se impugne la falsedad de una escritura pública, el escribano es parte con el carácter de litis consorte legal o necesario, a la par que por su ubicación procesal como demandado; también constituye con los otros demandados, una litis consorcio pasiva.

Reflexiones en torno a la libertad de prensa

*Elvira Martha Yorio
Valentín Jalil*

Este estudio participó en el "Concurso Permanente Literario y Científico Jurídico Capítulo 2013 Dr Carlos Tejo", convocado por la Asoc. Jub y Pen. Caja Prev. Soc. Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Obtuvo el primer premio en la categoría "Ensayo jurídico". Los autores ceden la publicación exclusiva a Revista Notarial.

Doctrina

El tema relativo a la extensión y límites del derecho a publicar ideas mediante la prensa (oral, escrita y/o televisada) o, como garantiza la Constitución de nuestra provincia art.13), “la libertad de expresar pensamientos y opiniones por cualquier medio”, ha tenido siempre un carácter polémico cuyo debate no ha decrecido en la actualidad, antes bien, se reactiva permanentemente en los más diversos foros de discusión. Tal fenómeno se verifica en nuestro país y también en otras naciones como Francia, España, Alemania, Estados Unidos etc.

Desde la perspectiva del Poder Judicial, ese debate gira, en especial, sobre determinados ejes. Por ejemplo, la necesidad y procedencia de una ley que regule la actividad periodística ante el eventual conculcamiento de principios esenciales de la justicia. Tales son: el secreto de las actuaciones en la etapa investigativa, la presunción de inocencia y la protección de los menores.

DELITOS VINCULADOS CON LA PRENSA

En torno a los delitos vinculados con la actividad de la prensa, entre los tratadistas se han perfilado desde antiguo posiciones bien definidas. Aquella que reconoce una categoría especial de delitos, “los delitos de prensa”, que diferencia de los delitos ordinarios y otra que, por el contrario, niega en forma terminante esta categoría especial sosteniendo que solo existen los delitos ya tipificados en el Código Penal. Dentro de ese orden de ideas, se trataría de delitos cometidos “a través de la prensa”. De tal modo, los perpetrados por este medio, deberán ser juzgados por la justicia de cada provincia.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires adopta una postura ambigua. En efecto, expresa que “...solamente podrán calificarse de abusos de la libertad de prensa los hechos constitutivos de delitos comunes” con lo cual parecería enrolarse en la segunda postura. Sin embargo a continuación indica “...la determinación de sus penas incumbirá a la Legislatura y su juzgamiento a los jueces y tribunales ordinarios ...Mientras no se dicte la ley correspondiente se aplicarán las sanciones determinadas por el Código Penal...” art.13 (el subrayado nos pertenece) con lo que -de alguna manera- reconoce entidad propia a las transgresiones cometidas abusando de la libertad de prensa y además la posibilidad del dictado de una ley.

Sánchez Viamonte sostuvo que no existe razón alguna para legislar sobre prensa ni en la Nación ni en las Provincias desde que el Código Penal tiene suficiente eficacia represiva. Y agregó que, así como no existe delito específico de “cuchillo” o “revólver” sino homicidio o lesiones ejecutado mediante tales armas, tampoco hay delitos de imprenta propiamente dichos.

En numerosos fallos la Corte Suprema (año 1950) sustentó el principio contrario, rebatiendo los argumentos del citado constitucionalista. Así dicho tribunal sentó que: cuando se argumenta que el delito común no es distinto porque se cometa con armas distintas, se sienta una premisa equivocada e inaplicable en cuanto se empieza por establecer que la prensa es un mero instrumento de delito lo que no es exacto, aunque ocasionalmente pueda auxiliar en su comisión.

A su vez en 1970 *in re* "Ramos Raúl c/ Batalla Eduardo" expresó que no existe obstáculo constitucional que pueda oponerse a la facultad de las provincias para aplicar el Código Penal dentro de sus respectivas jurisdicciones, cuando el medio empleado para cometer un delito es la prensa.

Según Catucci (citada por Ancarola) puede afirmarse que "tal como están tipificados los delitos contra el honor en el Código Penal Argentino, ofrecen más garantías a los querellados de los mencionados delitos, que la doctrina de la real malicia de la Sup. Corte de los EEUU". La prensa como institución social, como factor de opinión, desempeña funciones que le son propias y de tal manera se relacionan con los intereses colectivos de todo orden, que podrían requerir para cumplir su misión, regímenes legales que armonicen con ella en mayor medida que los principios generales de las leyes comunes. En verdad, no puede negarse que los medios de comunicación masiva son formadores de opinión pública a la que suelen orientar en diverso sentido. De allí que, atento los elevados intereses que se hallan en juego, deba obrarse con suma prudencia tratando de analizar con objetividad las múltiples facetas que exhibe.

CENSURA PREVIA

Restricciones a la libertad de prensa

Bajo ningún concepto debe admitirse la censura previa. Se entiende por tal no solo la aprobación y/ o autorización emanada del gobierno "antes" de la publicación de determinados contenidos, sino también las restricciones de cualquier índole que fueran dirigidas a impedir tal publicación. Por ejemplo: la despereja distribución de stocks de papel entre los distintos periódicos; reparto discriminatorio de los avisos oficiales. Respecto de este punto en particular traemos a colación un fallo de la Corte Suprema del año 2007 en la causa "Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquen Provincia del " condenando a dicha provincia para que adjudicara la publicidad oficial con un criterio equitativo. Desde luego que otra forma de restricción está constituido por el monopolio de los medios masivos de comunicación ya sea por parte del Estado o por grupos

económicos etc. A estas formas de restricción se agregan otras, históricamente empleadas para dificultar e impedir el ejercicio de la libertad de prensa: la imposición de fianzas, depósitos etc. Pero, el rechazo de la censura previa en su más amplia expresión no implica sostener -como muchos autores lo hacen- que el derecho que consagra nuestra Constitución importa una excepción que invalida todo intento de reglamentar su ejercicio, tal como procede respecto de cualquier derecho. Esta es la opinión de Sánchez Viamonte.

Otros autores sostienen que el ejercicio del mentado derecho podría ser objeto de una reglamentación general, en tanto no signifique menoscabar el derecho amparado en la Constitución Nacional (art. 14) y en las provinciales. Se propugna proteger no solo el derecho a publicar ideas, sino también resguardar -tal como lo consagra nuestra constitución provincial- el derecho de los receptores, a saber: el acceso a la información veraz y comunicación correcta, cuyo goce también asiste a todos los miembros de la comunidad sin distinción. Es en este aspecto en el que quizás deba centrarse el análisis de la cuestión relativa a la libertad de prensa.

Tradicionalmente se ha considerado el derecho a expresar las ideas o las opiniones tratando de asegurar su plenitud y eficacia, pero al propio tiempo, soslayando el otro extremo de la ecuación e integrativo de aquél, esto es : el derecho de los destinatarios de la información. Y en mayor medida, el que asiste a aquellos que resultan ser objeto de la actividad periodística o que, de cualquier forma, resultan aludidos en ella. (conf CPBA - art.12 inc.3 y 4).

EL DESTINATARIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA

El “objeto” de la información

Nuestra constitución provincial contiene, además de las citadas ut-supra, una sabia previsión: “Todos los habitantes de la Provincia son por su naturaleza, libres e independientes y tienen derecho perfecto de defender y ser protegidos en su vida, libertad, reputación ...Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente.” (el subrayado nos pertenece) Desde tal perspectiva, una norma que pretendiera reglamentar el derecho a la libre expresión por medio de la prensa, además de evitar cualquier arbitrariedad o menoscabo, debería también asegurar un equilibrio dinámico entre ambos aspectos integrantes del concepto. Es indudable que una libertad no debe entenderse de manera tal que anule otra. En consonancia con lo que llevamos dicho, cotidianamente los medios de comunicación se extralimitan en

lo que puede calificarse como un ejercicio abusivo del derecho que ejercen. En muchos casos pueden comprobarse flagrantes transgresiones a la prohibición legal que determina que los menores involucrados en delitos ya sea como autores o como víctimas, sean individualizados. Si bien se omite el nombre, aparecen los de los padres, el domicilio u otros datos que los identifican de forma indirecta.

En otro aspecto ¿no constituye un ataque a la libertad y/o reputación de una persona la difusión de su nombre señalándola como posible autora de un delito? Más allá de la sutileza (que no todo lector capta) del empleo del tiempo de verbo en potencial simple ¿a dónde va a parar el resguardo que instituye la presunción de inocencia? También idénticos reparos merece la revelación de datos sobre la investigación de delitos en sus etapas iniciales, que puede determinar que la misma se frustre, como de hecho así ha ocurrido en más de una ocasión.

Respecto de la persona “objeto” de información, cabe formular un distinguo según se trate de un simple particular o de un funcionario público. En este caso, resulta obvio que los funcionarios públicos pertenecen a un sector de la ciudadanía que en razón de la actividad que voluntariamente desempeñan_ tienen un mayor nivel de exposición. Ello integra de alguna forma las reglas del juego conocidas y aceptadas antes de ingresar a la función. Diversa por cierto es la posición del ciudadano común que, moviéndose en el ámbito de las relaciones privadas, puede verse involucrado en situaciones que afecten su dignidad y honor. La diferencia radica en la mayor indefensión del particular en relación con el funcionario quien, por su condición de tal, tiene facilitado el acceso a los medios de comunicación para aclarar o rebatir las informaciones que le conciernen.

La Corte de los Estados Unidos de Norte América efectúa claramente esta distinción según la calidad de sujeto pasivo de la información, otorgando una tutela más fuerte al ciudadano particular frente a la atenuada que brinda al funcionario público. (v. *Gertz v/ Robert Welch Inc.* 418 U.S. 323/1974) En relación con este último ha acuñado la doctrina conocida como “real malicia” que exige como presupuesto de procedencia de la punición a un periodista o editor, la demostración a cargo del presunto ofendido no solo de que la información era falsa o errónea, sino también de que se publicó a sabiendas de su falsedad o sin adoptarse los elementales recaudos para determinar su exactitud. En cambio, cuando la información afecta el honor de un particular, la responsabilidad es objetiva y solo por excepción se le impone a él la carga de la prueba.

Por su parte nuestra Corte Suprema también consagró tal distinción en diversos fallos: “la protección del honor de las personas públicas debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación con

Doctrina

la que se brinda a los simples particulares” (Morales Solá Joaquín s/ Injurias causa 9648 / 96).

La Corte Suprema, en su actual composición, sostuvo igual doctrina en la causa “ P Patito José Angel y otro c/ Diario La Nación y ot”. En el dictamen del entonces Procurador de la Nación se estableció que la particularidad de la regla puede expresarse de la siguiente manera:

“Una relación en la que existe un perjuicio pasa a resolverse no meramente con las reglas tradicionales del derecho de daños que de manera prototípica implica una relación privada entre dos partes, sino que se impone un deber de soportar el daño para proteger algo que en realidad está fuera del conflicto entre esas dos partes. Ese algo es la libertad de expresión no ya del demandado, sino de los futuros informantes; una condena siguiendo los parámetros tradicionales del derecho civil de daños redundaría en una restricción pro futuro de la información y la crítica disponibles, a través de la imposición de autocensura y ello sería dañoso para la función fundamental que desempeña la comunicación de informaciones.”

Augusto M. Morello advierte sobre los riesgos implicados en extender desmesuradamente la atenuación de responsabilidad admitida respecto del funcionario público a otras personas que no lo son bajo pretexto de que por su profesión (por ej: artistas) son figuras públicas. Refiriéndose concretamente a la doctrina de la real malicie expresa que su indebida expansión puede convertirla en injusta, inconveniente y abusiva. Profundizando aún más esta línea interpretativa, admite que si bien la aplicación de la doctrina en cuestión otorgó al periodismo adecuada tutela frente a las acciones por difamación promovidas por funcionarios públicos, su progresiva “evolución expansiva” comportó un “irrazonable privilegio para las empresas que regentean los medios de comunicación masiva, trayectoria previsible de sus posibilidades frente al aprovechamiento -nada inocente- que de ella hicieron los medios”.

En efecto, el loable propósito de amparar la libertad de prensa no debe conducir a proteger la libertad de empresa, conceptos sustancialmente distintos. Sin embargo, en la actualidad asistimos a los enfrentamientos, reales o ficticios, de los personajes de la farándula de los cuales se hacen eco los medios de comunicación y parecería que esas figuras pueden considerarse públicas, a pesar de no desempeñar ninguna función de tal naturaleza, porque intencionalmente han buscado el mayor nivel de exposición, en muchos para lucrar con ello. Desde tal perspectiva no parece excesivo otorgar protección a la prensa y desestimar demandas que buscan más la promoción del escándalo que una justa reparación del daño alegado. Hasta por un principio elemental de economía procesal.

EL AMPARO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Cuando un periodista expresa "sus" propias ideas debe estar plenamente protegido en su accionar. Manifestar discrepancias con los actos de los gobernantes es un derecho que le asiste no solo como profesional sino como ciudadano dentro de la democracia. La tutela jurídica debe tener operatividad aun cuando las opiniones vertidas no se compadezcan con la realidad, fueren desmesuradas o extremadamente críticas, siempre que no se incurra en lo injurioso. El público al que esas opiniones están destinadas sabe que son solo eso, opiniones, susceptibles o no de ser compartidas. Es que, como se ha resuelto acertadamente, "las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes si no resulta la existencia de un propósito específico de denigrar o menoscabar con el pretexto de la crítica a la persona misma de quien desempeña la función." (Fallos 269-200 J.A.1968 II 188) vid también Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida y Cancela c/ Artear Fallos 321:2637, entre otros).

Un aspecto del periodismo de opinión se presenta a través del humor político, que tampoco debe merecer reproche alguno. Desde la legendaria revista "Caras y Caretas" en la que se satirizaba a los gobernantes mediante caricaturas, hasta el pasado inmediato con las imitaciones de Tato Bores y otros actores, la Revista "Humor" o en el presente los dibujos de Nik, se ha puesto en práctica este tipo de humor. Sin embargo y más allá del consenso público que mayoritariamente suscita, en algunos casos ha sido objeto de restricción. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -que en principio exoneró de responsabilidad al periodismo con remisión a la teoría de la real malicia- dictó fallos condenatorios contra periodistas y/o empresarios que desde el ámbito humorístico se refirieron a funcionarios públicos. Tales pronunciamientos (datan del año 1998) no solo fueron unánimemente repudiados por la prensa libre, sino también por la opinión pública. Como bien expresó en su editorial un matutino porteño, los fallos observan una postura que restringe la libertad de prensa y soslayan que en una democracia los funcionarios están expuestos a la crítica, a la investigación y hasta a la parodia periodística.

LA INFORMACIÓN

Cuando ya no se trata de periodismo de opinión sino de información, no hay duda de que ésta, cuando se brinda a través de la prensa, debe ser veraz

y ostentar total objetividad. De lo contrario se frustraría la elevada finalidad que está llamada a cumplir. Como acertadamente afirmaba Righi *in re* "Patito José Angel y ot. Contra Diario La Nación y ot." el hallazgo de un criterio de distinción entre opiniones e informaciones ha permanecido esquivo, al menos en el ámbito de la administración de justicia. Así como sobre las opiniones, ideas, juicios de valor, hipótesis y conjeturas no es posible predicar su verdad o falsedad, y están protegidos por la doctrina referida *ut supra*, las aseveraciones fácticas o sea la información sobre los hechos, sí son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas aunque en la práctica suele tornarse difícil separar estrictamente opinión e información. Esta cuestión y las derivaciones que su análisis apareja, tiene estrecha relación con la "fuente" de la cual proviene la información. ¿Cómo juega la responsabilidad del editor y/ o periodista frente a una noticia inexacta o falsa? ¿Responde en todos los casos? Estos interrogantes tuvieron oportunidad de examinarse en un proceso civil de daños y perjuicios deducido contra varias empresas periodísticas por haber difundido información errónea que afectó la reputación del demandante. (v Campillay Julio C. c/ La Razón y ot.) El voto de la Corte confirmó el fallo de la instancia previa, y admitió la responsabilidad del editor por haber publicado una noticia errónea. En efecto, afirmó el Superior Tribunal que "el propietario o editor de un periódico que da a conocer falsas imputaciones no puede quedar exento... de la responsabilidad civil emergente de tales actos (art-1109 C.C.)."

En referencia a la fuente informativa, en la especie, la Policía Federal, expresó que -aun admitiendo la imposibilidad de verificar su exactitud- existía la obligación de las empresas demandadas de "propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente", lo cual en los hechos no aconteció al publicarse como propia de los medios periodísticos, la imputación proveniente de la Policía Federal sin ninguna aclaración. De ello se deduce que si el periódico hubiese mencionado la fuente de la que emanó la información publicada, no habría existido la condena.

Debe señalarse que en los autos referidos dos integrantes de esa Corte votaron en disidencia. El Dr. Caballero, si bien admitió que en el sistema argentino la prensa no goza de impunidad sino de seguridad en razón de la función que desempeña y los riesgos a los que está expuesta, concluyó afirmando que la prensa no responde por las noticias falsas en el supuesto de que provengan de una fuente que exonera la indagación de la veracidad de los hechos, por ser autoridad pública competente. (Policía Federal). El Dr. Fayt sostuvo en análogo sentido, que las empresas demandadas habían ejercido el derecho a la información "con prudencia y dentro de los límites objetivos, ya que no podían comprobar, en ninguna otra fuente, la veracidad de la información...".

El derecho a la información es un camino de doble mano: de una parte está la facultad de difundir información y de la otra el derecho a recibirla. No puede

afirmarse que existe el goce de ese derecho en plenitud en sus dos vertientes, si la información es inexacta o falsa. Acceder al conocimiento de una noticia errónea no puede ser mejor que ignorarla. Cuesta aceptar que tal haya sido el criterio del legislador al consagrar la tutela constitucional reconocida en los arts. 14 de la C.N. y 12 de a C.P.B.A. El derecho a "estar" informados aparece conculcado cuando la información no es veraz ni tampoco aparece identificada la fuente de la cual esa información deriva, como aconteció en el caso de referencia. Como dice Zannoni "la comunidad tiene derecho a que una prensa libre sea fuente de informaciones veraces, no deformadas o retaceadas, ni, mucho menos, ocultadas deliberadamente." Esto no va en desmedro del secreto periodístico protegido en la propia Constitución: "no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística" y por su parte, el art. 20 inc.3 *in fine* de la constitución de nuestra provincia prohíbe perjudicar el contenido de la información periodística, protegiendo así el contenido de las publicaciones frente a eventuales solicitudes de habeas data.

Es pertinente recordar aquí la declaración de Chapultepec que fue aprobada en la Conferencia Hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en México en 1994. En una parte de dicha proclama se expresa que: "...toda persona tiene el derecho de buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente y nadie puede restringir o negar esos derechos". No se trataría de restringir o negar tan esencial derecho, sino de procurar que no se infrinja su ejercicio regular de modo que pueda resultar grave perjuicio a personas o instituciones. En otra parte de la mentada declaración se afirma "la credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad... pero el logro de esos fines y la observancia de estos valores éticos y profesionales no deben ser impuestas; son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios, porque en una sociedad libre la opinión pública premia o castiga".

Es indudable que el compromiso con la verdad debería ser la directriz que guiara la actividad periodística sin que pudiera apartarse jamás de ella. Pero... ante el periodista negligente o desleal, que traiciona su profesión y a quienes su trabajo está destinado, ante el accionar de aquellos (afortunadamente muy pocos) llamados por Alberdi "vándalos de tinta y papel" ¿Solo podrían ser sancionados por la opinión pública? Después de afectar el futuro de un menor, la honra de un ciudadano o vulnerar el secreto de las actuaciones...¿deben limitarse los afectados a esperar que algún día se produzca el castigo social? Sostener esto es tornar ilusorios otros derechos que también tienen, como la libertad de prensa, tutela constitucional. En torno a este tema vale recordar lo que afirmara el Tribunal Constitucional de España en el año 1985: "No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma ...Pues bien,

Doctrina

hemos de afirmar que la libertad de pensamiento no comprende la posibilidad de ejercer sobre terceros violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral. En similar sentido, una doctrina de viejo arraigo en EEUU sustentada por la jurisprudencia de ese país, considera que la Constitución impide toda intervención previa a la publicación, pero de ningún modo el castigo que pueda corresponder después de publicada al autor de una información que fuera contraria a las leyes u otros principios tutelados por la misma Constitución. Sin embargo en otros fallos (Gertz v Welch) aclaró que aunque una declaración de hecho errada no es merecedora de protección constitucional, es inevitable en el debate libre, agregando que si se erigiera como único parámetro a la verdad de las afirmaciones, el precio sería el silencio. Análogo criterio expuso el Tribunal Constitucional alemán (Bverf Ge 43,130) donde sienta la necesidad de proteger la libertad de expresión hacia el futuro. Tal como lo sostuvo el Tribunal americano, afirmó que si bien no sería intrínsecamente valioso proteger aseveraciones de hecho falsas, debe considerarse que la verdad, al momento de producirse la información, es con frecuencia insegura. Como vemos, no es por cierto un tema pacífico. Exige una prudente ponderación en cada caso particular atento sus circunstancias condicionantes(doc. del art. 16 del CC *in fine*; art.171 *in fine* CPBA).

DERECHO A REPLICA

“Un periódico que combine la presentación atractiva con el bajo precio, no puede ser producido a no ser que cuente con el apoyo financiero de los anunciantes o por alguna organización deseosa de influir, en beneficio propio, sobre la opinión pública o por el gobierno central. En los países en que se dice que la prensa es libre, los periódicos cuentan con el apoyo financiero de los anunciantes y en menor extensión, con el de los partidos políticos y grupos financieros profesionales. Lo que se puede afirmar de la prensa es aplicable también a la radio. La palabra oral es más excitante que la palabra impresa. En lo pasado, un orador podía alcanzar, cuanto mucho, a unos pocos miles de oyentes. Hoy, gracias a la ciencia aplicada, un dictador que sea un poco locuaz está en condiciones de volcar su inflamada prédica en los oídos de decenas de millones... Nunca han estado tantos a merced de tan pocos...”.

Las palabras que anteceden fueron escritas hace alrededor de sesenta años por un visionario escritor llamado Aldous Huxley (“Ciencia, libertad y paz” Ed. Sudamericana pág. 17/19). El transcurso del tiempo no ha desvirtuado sus ideas. Por el contrario, el reparo que expresara se potenció en gran medida,

con el advenimiento de la televisión y la comunicación mediante técnicas cada vez más sofisticadas. Dicho autor destacó con su habitual sagacidad el criterio que impera en las grandes empresas periodísticas, convertidas hoy en emporios que centralizan diversidad de medios informativos. Tales empresas están guiadas primordialmente por la consecución de un beneficio económico. En ocasiones, en defensa de ese beneficio atacan a un miembro de la comunidad sin una razón valedera. Fácil es advertir la desigualdad que exhibe esa situación, en la que difícilmente pueda salir airoso el perjudicado. Habrá una limitación de recursos de una parte en contraposición con la absoluta disponibilidad que tiene la otra, lo cual torna previsible un resultado adverso a la víctima. El negocio periodístico no puede ampararse en la libertad de prensa para eximirse de toda responsabilidad.

Un instrumento apto para que el perjudicado en su buen nombre y honor por un dato inexacto o falso, pueda aclararlo con el mismo alcance que el medio que lo publicó, es el derecho de réplica, el que puede definirse como la facultad que tiene una persona de exigir que el medio de prensa que haya difundido una información relativa a un hecho que se le atribuye, susceptible de afectar su reputación, publique también una respuesta del ofendido que permita aclarar aquella cuando ha sido ofensiva, injusta o falsa.

Bielsa enseñaba que este derecho, existente en todos los regímenes democráticos, es el derecho a la verdad que engrandece al periódico que lo acoge.

Bidart Campos, por su parte, después de afirmar que ningún derecho puede ser ejercido de modo que ocasione un daño a otros, expresa que nadie puede invocar su derecho para comprometer derechos ajenos. Entiende que los medios de difusión tienen el deber de acoger la réplica respecto de algo que han hecho público en perjuicio de un tercero, de lo contrario "la libertad de expresión vendría a ser el único derecho cuyo ejercicio evadiera la responsabilidad de reparar el daño provocado a terceros." En efecto, este autor considera que sería una verdadera reparación, la más razonable, difundir por el mismo medio la respuesta del tercero perjudicado.

El artículo 14 inc.1º del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en nuestro país por la Ley 23.054, consagra el derecho a réplica "en las condiciones que establezca la ley", la cual nunca se dictó pues todo intento en tal sentido ha sido fuertemente resistido por el periodismo. Nos encontramos pues, en la irregular situación de no poder aplicar un derecho consagrado en la legislación vigente, por falta de reglamentación. Compartimos la opinión del eminente constitucionalista cuando explica que el deber de acoger el derecho a réplica tiene correlato con la función social y la responsabilidad que en tal sentido tienen los medios de comunicación. Y, refiriéndose a los aspectos

constitucionales de esta cuestión, principia por destacar que la libertad de expresión en su más amplia acepción es un derecho relativo, por eso puede haber una reglamentación a su ejercicio. Rebate a quienes se han opuesto a ello fundamentados en el art. 32 de la CN, puesto que si bien es cierto que dicho precepto veda al Congreso dictar leyes que “restringan” la libertad de imprenta, la reglamentación del derecho a réplica no implica desnaturalizarlo. Al contrario, razona que la inexistencia del derecho a réplica sí significa restringir la libertad de expresión para quienes no pueden replicar. Es pertinente recordar aquí que, entre las facultades conferidas al Congreso por nuestra Constitución Nacional (art. 75) destaca la de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”(el subrayado nos pertenece). Por todo ello entendemos que no aceptar el derecho a réplica importa violentar el principio de igualdad ante la ley.

Es conveniente referirnos en este lugar a la retractación. Se entiende por tal una excusa formal a modo de reparación que emana de quien ha propalado una noticia agravante, inexacta o falsa. De manera que, el mismo medio que informó, aclara que esa información no fue veraz, rectifica su contenido y difunde un desmentido con las mismas características que difundió la información cuestionada. Es del caso señalar, en un todo de acuerdo con Zannoni, que si bien “la retractación pública aventaja, a lo sumo, al menoscabo o lesión moral hacia el futuro, pero no tiene virtualidad de borra agravios ya producidos con anterioridad a la retractación. Queda pues subsistente el daño moral producido por la inserción de la noticia falsa. Es claro entonces que el sobreseimiento obtenido en sede penal no obsta a la reparación pecuniaria perseguida en sede civil”. Nos parece necesario destacar que la noticia cuya retractación se pretende debe afectar a quien la solicita, haber sido directamente aludido. Aclaremos esto porque en alguna ocasión se pretendió esgrimir un agravio inferido no ya directamente a la persona del peticionante, sino a un sentimiento confesional por pertenecer a una determinada religión. (C.S. Ekmekdjian Miguel A. v/Sofovich Gerardo y ot. JA1992 III 199) lo cual, a nuestro entender no sería aceptable.

PRENSA Y PODER JUDICIAL

Un tema que ha dado lugar a discrepancias es el referido al Poder Judicial en sus relaciones con la prensa. Tanto los jueces como los fiscales y demás funcionarios del Ministerio Público, desempeñan funciones de servicio a la co-

munidad. De allí que el derecho que esta tiene de conocer sus resoluciones es integrativo del principio republicano que consagra la publicidad de los actos de gobierno. Como correlato, es perfectamente aceptable el disenso que pudieren suscitar, dentro del marco de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada.

Desde esta perspectiva, los comentarios a fallos y dictámenes emanados de cualquier instancia, ha sido siempre marco propicio para que, ya sea adhiriendo a los criterios sustentados en esos pronunciamientos o criticándolos, se recogieran en publicaciones especializadas. Pero más allá de esas opiniones vertidas dentro del ámbito jurídico, nada obsta a que en un medio periodístico se cuestione el desempeño profesional de un juez u otro funcionario judicial. Por supuesto, esos cuestionamientos deberán ser fundados en argumentos jurídicos y no en meros reparos ideológicos.

Hace unos años la Asociación de Magistrados de Entre Ríos se agravió por las críticas formuladas por el titular de la Comisión de Libertad de Prensa de ADEPA. El periodista expresó su disconformidad con una resolución judicial en relación con la interpretación de la ley penal. Al respecto ADEPA rechazó la postura de la judicatura que no admitió cuestionamientos hechos a un magistrado. Dijo en la ocasión:

“Es cierto que los jueces están autorizados por ley a calificar jurídicamente los actos delictivos sometidos a su decisión. Pero también es cierto que los ciudadanos tenemos el derecho de disentir con esas calificaciones y expresar nuestra disconformidad a través de la prensa libre... El cargo judicial acarrea una carga ineludible de servir al pueblo y de escuchar su voz, por más fuerte y crítica que resulte”.

Aludíamos más arriba a la publicidad que obligatoriamente tienen los actos de gobierno. Por lo tanto si un magistrado es requerido por la prensa en relación con algún expediente de trámite por ante él, debe brindar información que no comprometa la investigación en marcha, ni implique un adelanto de opinión para no incurrir en prejuzgamiento o de alguna manera llegue a vulnerar el principio de la presunción de inocencia. Una total objetividad deberá presidir todas sus declaraciones. En relación con este tema sería conveniente que los Tribunales Superiores de Justicia o el Procurador General (en lo que le correspondiera) en ejercicio de la superintendencia dicten instrucciones fijando pautas con arreglo a las cuales actúen magistrados y funcionarios en las intervenciones frente al periodismo.

Es aconsejable la creación de Oficinas de Prensa para canalizar adecuadamente la información que, según el caso, corresponda difundir, atendiendo a principios de oportunidad, forma y contenido, referidas a la actividad institucional del Poder Judicial. Asimismo debería propiciarse la organización de cursos

judiciales destinados exclusivamente a la formación de periodistas especializados.

En Jornadas del Ministerio Público se ha propuesto y abordado el tratamiento del punto relativo a la relación del Ministerio Público y los medios de comunicación. En algunas provincias ya se han implementado diversos dispositivos para agilizar la información y al propio tiempo para no desnaturalizarla, ni comprometer a la institución judicial. (Ej: Resol. Proc. Gral. Neuquén 18/10/96) En la Provincia de Entre Ríos se llevó a cabo una interesante experiencia por la Oficina de prensa del Poder Judicial. Se organizaron cursos sobre temas judiciales para periodistas y éstos asumieron el compromiso de abstenerse de publicar nombres de imputados como autores de delitos en resguardo de la presunción de inocencia. En otras Jornadas se aprobaron resoluciones destinadas a la protección de los menores, expresándose que:

“corresponde hacer real la prohibición de difundir por los medios de comunicación social situaciones que estigmaticen al menor, ya sea autor de hechos que la ley califica como delitos, víctima de los mismos, o en cualquier circunstancia que afecte su intimidad, honra o reputación. A tales efectos es necesario sancionar leyes que repriman la indebida difusión referida a menores de edad, reglamentando adecuadamente su aplicación y estableciendo sanciones efectivas” (Jornadas del Ministerio Público, Salta).

También se resolvió “Requerir la debida reglamentación de las normas vigentes en las respectivas jurisdicciones tendiente a evitar que la prueba de la infracción al derecho de los menores desaparezca, imponiendo a los medios masivos de comunicación la obligación de conservar las grabaciones y videos durante el lapso de siete días” (Jornadas Ministerio Público, Córdoba).

Como dijera Platón (“La república”) no se puede incurrir en un exceso sin exponerse a caer en el exceso contrario. El sensacionalismo ha adquirido proporciones insospechadas. Las malas noticias (las buenas hace tiempo que dejaron de serlo) ocupan las primeras planas o espacios de los medios masivos de comunicación. El logro de tal información muchas veces no está exento de atropellos indignos de quienes han abrazado la augusta misión que el periodismo supone. Hace algún tiempo hemos contemplado estupefactos el show mediático montado en torno al lamentable asesinato de una joven. Todos y cada uno de los canales de televisión a través de sus voceros, en mayor o menor medida, pretendieron asumir el rol específico de los jueces. Carentes de los elementos de prueba que ni siquiera el Poder Judicial había aun obtenido, se adelantaron a fijar una verdad que no les corresponde determinar puesto que, como muy bien dice Jassan de una noticia periodística no deben surgir ni la condena ni la verdad judicial, menos aun la decisión política. Sin embargo, se avasalló la vida privada de muchas personas desconociendo el derecho a la inti-

midad que les asiste. Se trataron con superficialidad sagrados sentimientos de familiares y allegados de la víctima, abriéndose en ocasiones un interrogante difícil de aventar en el futuro sobre aspectos morales y éticos de ellas. Y más aun, instalaron en la opinión pública la confusión y el desconcierto, en vez de proporcionar una información objetiva y seria. Es fácil advertir que el derecho a informar y consecuentemente a ser informados, no se ha cumplido cabalmente en aras de ganar posiciones en el rating.

Para finalizar entendemos que es imposible hablar de libertad de prensa y no referirnos siquiera brevemente a la nueva Ley de Servicios Audiovisuales N° 26.522. Esta normativa vino a reemplazar a la Ley de Radiodifusión 22.285/80 promulgada por el gobierno de facto. Si bien antes de su sanción se llevaron a cabo debates sobre los contenidos de la mentada ley, debe destacarse que no fueron invitados a participar de los mismos todas las partes involucradas en el tema. La ley se vertebra en un concepto básico: El espectro radioeléctrico pertenece al patrimonio público, por lo cual debe ser administrado por el Estado Nacional el que otorgará o cancelará las licencias respectivas y ejercerá los controles e incluso estará facultado para aplicar determinadas puniciones (todo ello a través de los organismos que la propia ley crea). Lo objetable de todo eso es que la autoridad de aplicación es dependiente del Poder Ejecutivo, comprometiéndose así la eficacia y objetividad de una labor que debería, cuanto menos, estar a cargo de un ente autárquico. Se ha perdido una oportunidad de legislar con la ecuanimidad necesaria y visión de futuro sobre un tema de fundamental importancia, íntimamente ligado a esenciales derechos del ciudadano: expresarse e informarse.

