



cen

CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora del
Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires



CUADERNO N°7

DICIEMBRE 2011





cen

CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora del
Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires



CUADERNO N°7

DICIEMBRE 2011





CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora del
Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Director Académico: Rubén Augusto Lamber

Presidente: Eduardo Domingo Belmonte

Vice-Presidente: Oscar A. Margni

Secretaria: Silvina del Valle Colombo

Tesorera: Betiana Daniela Sini

Vocales Titulares: Lidia Beatriz Dopacio, Hugo Germinal López, Kelina Dinét López

Vocales Suplentes: Hilda Romero de Hefling, Susana Alicia Mariño y Federico José Rodríguez Acuña

Comisión Revisora de Cuentas: *Titular:* Maximiliano Ariel Flesler, *Suplente:* Néldida Haydé González

Demás integrantes: María A. Ablático, Mariam Aramouni, Pablo A. Balero Reche, Daniela Belmonte, Jorge Biglieri, María Alejandra Borelli, Graciela Castelli, Enrique Guillermo Castro, Julián Castro, Rodolfo Luis Carballo, Roberto Alfredo Codegoni, Viviana Inés Charchir, Susana Copello, Maisa Di Leo Recalde, María de los Angeles Fernandez, Liliana Fernandez; Ana Lujan Genaro, Mariana Gómez Mariño, Gustavo Martin Gortari, Dora Gortari, Diego Ariel Hollmann, Laura Verónica Ison, María Gabriela Insúa, Carlos María Insúa, Cecilia Klachko, Leticia Krannichfeldt, Néstor Daniel Lamber, Carlos Alfredo A. Lauritsen Gargiullo, Mariano Lauritsen Gargiullo, Marina Lopez Pérez, Kelina Lopez, María Isabel Ludevid, Juan Carlos Melgarejo, Pablo Menutti, Ernesto Meydac, Javier Moreyra, Rubén Emir Otero, Cristina Ochoa, Marta Palomino, Marcelo Eduardo Perez Consentino,

Sabina Podrez Yanis, Andrea Carla Poggi, Juan Ignacio Rabolini, María Alejandra Re, María de las Mercedes Rivas, Gabriel Rodríguez Roda, Telma Rodríguez Jiménez, Carlos Romanatti, Pablo Rojas Paz, Enrique Pablo Rojas Paz, Viviana Saia, Matias Sanchez Fontan, Julian Segura, Fernando Serret, Andrea Riganti Sepich, Jose Soldevila, Eliezer Tala, Alejandro Turjanski, Jorge Turjanski, Gónzalo Vásquez, María José Vinagre, Amelia Teresa Viacava, Néstor Villar, Gladys Vivas, María Fernanda Zarich, Susana Noemí Zolotnik de Ferdgelis, Felipe Cruz Henestrosa, Marina Ojeda, Guadalupe Zambiazzo, Claudio Torem, Laura Rodríguez, Mariana Hefling, Diego Maggi, Diego Miguez, Jorge Natiello, Marcela Paronzini, Ivana Fontana, Alejandro Margni, Patricia Ruberto de Santos, Alejandra Mazzuchi, Daniel Baloni, Diego Narosky, Marina López y Ana María Cabrera de Rivas.

JUNTA EJECUTIVA

Presidente: Not. Marcelo Eduardo Perez Consentino

Vicepresidente 1º: Not. Alicia Noemí Broccardo

Vicepresidente 2º: Not. Federico José Rodríguez Acuña

Secretario: Not. Rodolfo Luis Carvallo

Prosecretaria: Not. María Alejandra Borelli

Tesorero: Not. Julián Matías Castro

Protesorero: Not. Jorge Daniel Biglieri

Miembros: Not. Romeo Di Piero, Not. Ricardo Mariano Culler, Not. Rubén Emir Otero, Not. José Narciso Jaime Soldevila, Not. Eliézer Tala, Not. Mariana Clementina Molinari, Not. María Isabel Ludevid, Not. Armando Raúl Dal Lago, Not. Ernesto Raúl

Natoli, Not. Mariam Silvina Aramouni, Not. Ezequiel José Streger, Not. Leticia Emma Garello, Not. Diego Ariel Hollman, Not. María Enriqueta Fontan, Not. María de las Mercedes Rivas, Not. María Alejandra Re, Not. María Cecilia Fernández Rouyet.



SUMARIO

I. DOCTRINA ■■■

1. REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO:

Por Alberto ARAMOUNI

2. Proyecto de Reforma Ley 19.550. Modificaciones Propuestas al Régimen de Inscripción de Sociedades Comerciales.

Por Alberto ARAMOUNI

3. DISPOSICIÓN DE BIENES DURANTE LA DENOMINADA “INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA”. CONSENTIMIENTO Y ASENTIMIENTO. EL PARTICULAR CASO DE LA DONACIÓN

Por Gastón DI CASTELNUOVO

4. COMPRAVENTA

Por Ruben Augusto LAMBER

II. JURISPRUDENCIA ■■■

1. Voces: COMPRAVENTA DE INMUEBLE ~ ESCRIBANO ~ ESCRITURA PÚBLICA ~ ESCRITURA TRASLATIVA DE DOMINIO ~ INSCRIPCIÓN REGISTRAL ~ NULIDAD ~ NULIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA ~ PUBLICIDAD REGISTRAL ~ REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I (CNCiv) (SalaI)

Fecha: 01/03/2007

2- SENTENCIA DEL JUZGADO NOTARIAL

La Plata, 5 de mayo de 2011.-

III. TEMAS DE CONSULTA ■ ■ ■

I. La inaplicabilidad del art.985 CC al supuesto del escribano autorizante, vicepresidente de una Asociación Civil que vende un inmueble.

2. Reflexiones sobre la inspección de protocolos.

a) La tradición en las donaciones

b) Protocolización de testamentos

c) Identificación de personas (modif., arts. 1001 y 1002 CC: Ley 26140)

Por Rubén Augusto Lamber

IV- MISCELANEA ■ ■ ■

UNA OBRA DE TEATRO PARA EL CONOCIMIENTO DE LA HISTORIA DEL DOCUMENTO NOTARIAL.

“IRNERIO EL TERRIBLE “



I. DOCTRINA

1. REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO

Por Alberto ARAMOUNI

SUMARIO

1. Organización. Funciones y facultades. 2. Efectos Jurídicos de las inscripciones. 3. Organismos de Registración con las funciones del Registro Público de Comercio. 4. Documentos Notariales que deben inscribirse. 5. Plazo. Inscripciones tardías. 6. Publicidad Registral. 7. Autorización para ejercer el comercio. 8. Registros Nacionales. 9. Rúbrica de libros: a) Individualización y rúbrica de libros de comercio. Carencia de libros, en la inspección general de justicia.- b) Registro de asistencia de asambleas de accionistas. c) La rúbrica de libros en la dirección provincial de personas jurídica.

1. ORGANIZACIÓN. FUNCIONES Y FACULTADES

El Código de Comercio, en los arts. 34 a 42 regula el Registro Público de Comercio. Si bien el art. 34 dispone que “En cada Tribunal de Comercio ordinario habrá un Registro Público de Comercio, a cargo del respectivo secretario, que será responsable de la exactitud y legalidad de sus asientos.....”, en realidad no se cumplió y en cada jurisdicción Provincial y en Capital Federal, se organizaron en distintas formas, generalmente centralizándolos en la Capital de las Provincias o en Departamentos judiciales o Ciudad cabe-

cera de circunscripciones judiciales, aunque después, en varios de esos distritos se les otorgó las facultades registrales a Organismos administrativos, a partir de la sanción de la Ley 21.768 (B.O. 28/3/1978), que en virtud del texto de la Ley 22.280 (B.O. 3/9/1980) dispuso:

“Artículo 1º: El Registro de los contratos constitutivos de las Sociedades Comerciales, sus modificaciones y el de los demás actos y documentos cuya inscripción se imponen a aquéllas, a sus órganos, a sus Socios o a sus mandatarios, y toda otra función atribuida por la legislación comercial al Registro Público de Comercio, a los registros, jueces, jueces de registro, tribunal de comer-

cio o autoridad registral quedan indistintamente a cargo de los organismos judiciales o administrativos que, en cada jurisdicción, determinen las leyes locales”.-

Por su parte, la Ley 22.169 (B.O. 25/2/1980) estableció que la Comisión Nacional de Valores, tendrá a su cargo el control de las Sociedades por Acciones que hagan Oferta Pública de sus títulos valores y “tendrá”, en forma exclusiva y excluyente, la misión, competencia y atribuciones que las Leyes 18.805 y 19.550 confieren a la Inspección General de Justicia (al momento de sancionarse la Ley 22.169 Inspección General de Personas Jurídicas) con relación a las Sociedades por acciones en jurisdicción nacional, salvo lo relativo a la conformación de su constitución que estará a cargo de la Inspección General de Justicia.-

El art. 5° de la Ley 19.550 señala que el Contrato Constitutivo y las modificaciones de Sociedades, se inscribirán en el Registro Público de Comercio del domicilio social, en el término y condiciones de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio.-Hasta la sanción de la Ley 21.768, modificada por la ley 22.280, todas las funciones que se le atribuían al Registro Público de Comercio, se cumplían en Sede Judicial, a cargo de un Juez de Registro, como en la Capital Federal en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, creado por Ley 14.769 del 21/10/1958, y también en la Provincia de Buenos Aires, donde a partir de la vigencia de la Ley 8.337, de mi autoría, sancionada por la Legislatura Bonaerense, se crearon los Juzgados de

Primera Instancia en lo Comercial de Registro en cada uno de los Departamentos Judiciales de la Provincia de Buenos Aires, que se derogó al sancionarse el Decreto Ley 8671/76.-

En Capital Federal, luego de la Ley 21.768 se sancionaron las Leyes 22.315 y 22.316, debido a las cuales el control y registro de todos los tipos Societarios, las transferencias de Fondos de Comercio, las matriculaciones de Comerciantes, corredores, emancipaciones comerciales, rúbrica de libros, están a cargo del Ente Administrativo, Inspección General de Justicia. En cambio en la Provincia de Buenos Aires mediante el Decreto Ley 8671/76, el control y registro de las Sociedades Comerciales, cualquiera fuere su tipo y sus modificaciones, como las Asociaciones Civiles y Fundaciones se realizan en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, en Sede Administrativa, mientras que las matriculaciones de comerciantes, corredores, emancipaciones comerciales (arts. 11, 12, 35 y 36 del Código de Comercio), y transferencias de Fondos de Comercio, se tramitan y registran ante la Secretaria del Registro Público de Comercio en Sede Judicial, a cargo del Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno en cada Departamento Judicial. La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires 5827, en el Capítulo III se refiere al Registro Público de Comercio, señalando en el art. 114 que “En cada departamento judicial habrá una Secretaría de Registro Público de Comercio, que, integrará el Juzgado de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial que determine la Suprema Corte de Justicia.”

El artículo 115 dispone: “Deberá tramitarse ante la Secretaría de Registro Público de Comercio, todos los juicios de jurisdicción voluntaria tendiente a la publicidad e inscripción registral mercantil de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio y demás leyes especiales. Quedan excluidas las inscripciones a que se refiere el art. 1° de la Ley 8671”.-

A su vez el Decreto-Ley 8671/76 de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 1° establece que: “La legitimación, registración, fiscalización y disolución de Sociedades Comerciales, de economía mixta, asociaciones civiles, fundación, cooperativas, mutualidades y demás modalidades asociacionales que reconozca la legislación de fondo, serán regidas por ésta Ley”.-Aclaremos que las Cooperativas (Ley 20.337) y las Mutuales (Ley 20.321), tanto para su autorización como para su registración, sea cual fuere su domicilio (jurisdicción) en cualquier provincia, la debe otorgar el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES) y recién después de estar inscripta en este Organismo Nacional, puede ser anotada en la Provincia para su propio control y a fin de promover una política en favor de tales entidades de carácter económico social.-

El Registro Público de Comercio en Sede Administrativa, tiene a su cargo el control y registro de los actos constitutivos, los reglamentos, modificaciones de cada tipo societario y transferencias de partes

de interés de: Sociedades Colectivas, en comandita simple Capital e Industria, Capital Comanditado de la Sociedad en Comandita por Acciones, y de las cuotas de Sociedad de Responsabilidad Limitada, los aumentos de Capital Social.-También se inscriben las modificaciones estructurales tales como Transformación, Fusión y Escisión, designación y cesación de Administradores, disolución, liquidación, cancelación de matrícula.-

Se rubrican los Libros Sociales (Actas de reunión de Socios, de Asamblea de Accionistas, de Directorio, y de Gerentes, Depósito de las Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas y Registro de Acciones (Art. 213 Ley 19.550), los Libros Contables tales como Diario, Inventario y Balance, demás libros auxiliares y los que determinan leyes especiales). Asimismo se inscriben las sucursales de Sociedades Constituidas en el País y de las Sociedades Constituidas en el Extranjero, como éstas mismas según los arts. 118 a 124 de la Ley 19.550.-

Ya hicimos mención a las funciones del Registro Público de Comercio en Sede Judicial de la Pcia. de Buenos Aires.-

En Capital Federal, tal como lo anticipamos, después de la sanción de la Ley 21.768, sancionaron las Leyes 22.315, Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia de la Nación, y la Ley 22.316, que dispuso que en la Capital Federal, el Registro Público de Comercio estará a cargo de la Inspección General de Justicia.-

El art. 4 de la Ley 22.315 fijó las funciones registrales: “En ejercicio de sus fun-

ciones registrales, la Inspección General de Justicia:

- “Organiza y lleva el Registro Público de Comercio,
- Inscribe en la matrícula a los comerciantes y auxiliares de comercio y toma razón de los actos y documentos que corresponda según la legislación comercial;
- Inscribe los contratos de Sociedad Comercial y sus modificaciones, y la disolución y liquidación, de ésta. Se inscriben en forma automática las modificaciones de los estatutos, disolución y liquidación de Sociedades sometidas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores;
- Lleva el Registro Nacional de Sociedades por Acciones;
- Lleva el Registro Nacional de Sociedades Extranjeras;
- Lleva los Registros Nacionales de Asociaciones y de Fundaciones.

El art. 5° dice: Exclusión: El conocimiento y decisión de las oposiciones a las inscripciones a que se refiere el artículo 39 del Código de Comercio y de los supuestos previstos en los artículos 12 y 110 del mismo Código, son de competencia judicial, sin perjuicio de las funciones registrales de la Inspección General de Justicia. También son de competencia judicial las resoluciones de las cuestiones que versen sobre derechos subjetivos de los Socios de una Sociedad Comercial entre sí y con respecto a la Sociedad”.-

La Ley 22.315 ha sido reglamentada por Decreto 1493/82 (B.O. 16/12/82).-

El Registro Público de Comercio tiene un carácter jurisdiccional, por cuanto tiene facultades propias para admitir o rechazar las documentaciones que se presentan para su inscripción, en especial los contratos de Sociedades Comerciales y también tiene un carácter administrativo, debido al procedimiento para las rúbricas de libros contables y sociales, además de otros libros que imponen leyes especiales.-

Asimismo el Registro Público de Comercio tiene el carácter publicístico, como característica fundamental, pues la inscripción genera la regularidad y la oponibilidad a terceros, además de producir la fecha cierta en los términos del art. 1035 del Código Civil y otorga el derecho a que todas las personas (físicas y jurídicas), puedan consultar las inscripciones para conocer la situación de los documentos inscriptos, y las partes intervinientes, el patrimonio, el órgano de administración, la representación legal, el plazo de vigencia de las Sociedades, el domicilio social, las matriculaciones, las emancipaciones comerciales y todo otro dato de interés justificado para los terceros, dado que por definición las registraciones son públicas.-

2. EFECTOS JURÍDICOS DE LAS INSCRIPCIONES

Las Inscripciones en el Registro Público de Comercio producen diversos efectos.

Entre ellos, permite la publicidad formal debido a la cual los interesados, ya sean partes del instrumento o terceros, pueden requerir información de las registraciones (Efectos Externos). La publicidad material, es la relacionada puntualmente respecto de terceros. A partir de la registración le puede ser opuesta.-En cambio sino está registrado, tendrá que probarse que el tercero lo conocía. La inscripción hace a la regularidad de las Sociedades, no a la existencia, pues existe desde el acto constitutivo.-

Las inscripciones producen efectos (internos) declarativos y a partir de su anotación se presume que es de conocimiento por los terceros, salvo prueba en contrario. En el caso de Sociedades éstas son sujetos de derecho, durante el “iter constitutivo”, antes de su registración. Las inscripciones no son saneatorias, es decir que no subsanan los vicios de constitución, aunque el control que debe realizar el Registro Público de Comercio, tal como lo faculta el art. 6° de la Ley 19.550, en el caso de Sociedades Comerciales, le otorga el principio de veracidad y legalidad, siempre que no se pruebe lo contrario.-

Otro efecto principal de la registración, es el que establece el art. 7° de la Ley 19.550, esto es “La Sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio”, es decir que a la Sociedad se la considera como regularizada, a partir de ese entonces, conforme al tipo social elegido.-

Con relación a la interpretación del carácter de la inscripción de las Socieda-

des Comerciales, según el art. 7° de la Ley 19.550, hay diversas interpretaciones: 1) Quienes le asignan un carácter constitutivo a partir de la inscripción; 2) Los que señalan que es declarativo y que sólo tiene efectos de publicidad respecto de terceros. La no inscripción no impide la validez del acto, pero es a partir de su registración que se aplican los derechos y obligaciones que corresponden al tipo Societario adoptado.-

3. ORGANISMOS de REGISTRACIÓN CON LAS FUNCIONES DEL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO:

- En la Capital Federal:

La Inspección General de Justicia, en virtud de lo dispuesto por los arts. 4°, II y 21 de la Ley 22.315 y los arts. 1° y 2° concordantes del Dto. 1493/82, sancionó la Resolución General 7/2005, complementada por la Resolución General 10/2005, con el fin de recopilar y ordenar todas las normas de la I.G.J. y sus anexos, desde la Resolución General 6/1980. Se trata de un verdadero código de procedimiento registral de 464 artículos. Contiene las formalidades que deben cumplirse para las inscripciones en el Registro Público de Comercio, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se divide en Libros, Títulos y Capítulos, según las materias, los actos y contratos que deben ser inscriptos. Así es que entre los primeros, destacamos que en el Libro I se establecen las Disposiciones Generales, y en el Título I, los requisitos de las presentaciones. En

el Libro II, las normas sobre Inscripciones Registrales y de Procedimiento con Precalificación Profesional, y en el Título I, las normas generales sobre inscripciones en el Registro Público de Comercio. En el Libro III trata de las Sociedades Comerciales y Contratos Asociativos.-El art. 40 referido a efectos, reitera el principio de no convalidar ni sanear los actos o contratos, así dice: “Artículo 40: La inscripción no convalida ni sana los actos o contratos que sean total o parcialmente nulos o anulables según el derecho de fondo. Sin perjuicio de ello, el contenido del documento y su inscripción se presumen exactos y válidos. La inscripción produce respecto del propio acto inscripto efectos internos declarativos o constitutivos según las normas sustantivas aplicables al mismo y efectos externos de oponibilidad a terceros”.-

- En la Provincia de Buenos Aires:

La Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, tiene a su cargo la legitimación, registración y fiscalización de los entes societarios, según las normas del Decreto-Ley 8671/76, sus modificaciones y el texto ordenado por el Decreto 8525/86. En razón de las Disposiciones citadas, el citado Organismo Provincial, como Autoridad de Aplicación en ejercicio de las atribuciones propias del Registro Público de Comercio, en sede provincial, para las Sociedades Comerciales, y como Organismo Registral de Asociaciones Civiles y Fundaciones (Ley 19.836), dictó la Disposición General N° 12/03

que reemplazó la Disposición General N° 106/91.-

La citada Disposición General N° 12/03 fijó los procedimientos internos y los títulos y documentos que deben presentar las personas (físicas o jurídicas) para lograr las registraciones de los actos y contratos, y rúbricas de libros o sistemas que lo reemplacen por medios mecánicos, electrónicos o magnéticos.-

4. DOCUMENTOS NOTARIALES QUE DEBEN INSCRIBIRSE: PLAZO, INSCRIPCIONES TARDÍAS

El art. 4° de la Ley 19.550, establece que “El Contrato por el cual se constituya o modifique una Sociedad, se otorgará por instrumento público o privado”.-

Por instrumento público debe interpretarse, que el único mediante el cual puede constituirse una Sociedad, desde el acto mismo de nacimiento de la voluntad de los Socios, es la escritura pública.

Por su parte el art. 165 de la Ley 19.550 dice: “La Sociedad se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública”.-

Si bien en jurisdicción nacional y en la Provincia de Buenos Aires rige el criterio que para la Constitución de Sociedad Anónima, el art. 165 de la Ley 19.550, al requerir el instrumento público, se refiere exclusivamente a la escritura pública, estimamos necesario resaltar que no cabe otra interpretación, pues la pretensión de que la actuación del organismo de control en los

instrumentos privados, le otorga a éstos el carácter de instrumento público, viola la disposición expresa del art. 165 de la Ley 19.550, dado que éste artículo se refiere a que “La Sociedad se constituye por instrumento público” y ello indica que el único instrumento público por el cual la Sociedad Anónima se constituye, desde el acto mismo en que los fundadores manifiestan su voluntad creativa de la persona jurídica, es la escritura pública.

Si se sostiene el criterio de que la intervención de la autoridad administrativa es suficiente para asignarle, al instrumento privado, el carácter de público, no sólo no cumple con la Ley de Fondo, sino que conllevaría a sostener que todas las Sociedades comerciales en las que intervinieren los organismos de control, como Sede Administrativa de los registros públicos de inscripción, serían también constituidas por instrumento público.-

Ello nos obliga a sostener que el instrumento público debe coincidir en el momento mismo de exteriorizarse el acuerdo societario y no a la época de su inscripción o reconocimiento.-

La Ley no ha querido referirse al Instrumento Privado para que con la intervención del organismo de control se transforme en público, por cuanto en el art. 165 de la Ley 19.550 se refiere a su constitución, no al proceso de reconocimiento o inscripción y entonces, no puede ser otro instrumento público que la escritura pública. Sostener lo contrario carece de fundamentación razonable.-

Todos los Contratos Societarios pueden instrumentarse por escritura pública al igual que las modificaciones. Otros actos como el nombramiento o cesación de administradores o aumentos de capital social dentro del quíntuplo o superior al quíntuplo o reducción del Capital Social, pueden también protocolizarse por escritura pública, aunque no es obligatorio.-

Todos los instrumentos constitutivos de Sociedades Comerciales o sus modificaciones o protocolizaciones, que se hayan autorizados por escritura pública, forman parte de los Documentos Notariales que deban inscribirse. El Notario que los autorizó está debidamente facultado para realizar todas las tramitaciones tendientes a lograr sus inscripciones, inclusive para interponer los recursos pertinentes, aunque los hayan otorgado las partes por instrumento privado, con las firmas certificadas notarialmente (“cuando.....las figuras sean autenticadas por escribano público”, dice el art. 5° de la Ley 19.550), pues la certificación notarial implica su intervención y ello lo habilita sin exigencia de poder especial en los términos del art. 1881 del Código Civil, aún fuera de la jurisdicción del asiento de su Registro Notarial.-

Así es que la Ley 404/2000, reguladora de la Función Notarial en la Ciudad de Buenos Aires, señala: “Art. 23.-Los escribanos están facultados para realizar ante los jueces de cualquier fuero y jurisdicción, así como ante los organismos estatales, nacionales, provinciales o municipales o de la Ciudad de Buenos Aires, todas las gestiones

y trámites necesarios para el cumplimiento de sus funciones e, incluso, las de inscripción en los registros públicos de los documentos otorgados ante ellos y de los autorizados fuera de su distrito. Podrán examinar y retirar, mediante autorización judicial, expedientes judiciales o administrativos. Los funcionarios, oficiales y empleados públicos deberán prestar la colaboración que los escribanos les requieran en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes que les incumben”.-

Por su parte la Ley del Notariado de la Provincia de Buenos Aires, decreto Ley 9020/78, texto ordenado según decreto 8527/86, establece: “Artículo 129: Los Notarios están habilitados para realizar toda gestión que fuere conducente al cumplimiento de su cometido y a la eficacia de los documentos que autoricen y a tal objeto podrán: I.-Efectuar tramitaciones ante organismos nacionales, provinciales y municipales, incluso las vinculadas con la inscripción en los registros públicos de los actos notariados en la Provincia o fuera de ella.-2.-Cumplir gestiones ante Tribunales de todo fuero y jurisdicción, en cuanto se relacionen con actos notariales en que hayan intervenido, incluida las tendientes a suplir omisiones y subsanar errores en expedientes en que hayan sido designados para autorizar escritura. En éste último caso, su actuación se limitará a producir un dictamen para la debida intervención de las partes y decisión del Juzgado”.-

De ambos textos legales sobresalen las facultades de los Notarios para la trami-

tación de los Documentos Notariales que deban inscribirse en los Registros Públicos ante cualquier fuero o jurisdicción.-

El art. 5° de la Ley 19.550 establece que: “El contrato constitutivo o modificatoria se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social, en el término y condiciones de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio. La inscripción se hará previa ratificación de los otorgantes ante el Juez que la disponga, excepto cuando se extienda por instrumento público, o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente.....”.-

En el Registro Público de Comercio deben inscribirse además de los documentos que se indican en el Código de Comercio y en la Ley de Sociedades 19.550, sino también los que establecen otras leyes especiales.-

El art. 39 del Código de Comercio señala que el comerciante está obligado a presentar en el Registro Público de Comercio, todo documento que deba inscribirse dentro de los 15 días de la fecha de su otorgamiento. Si se presenta con posterioridad, la registración será considerada tardía y entonces podrá llevarse a cabo si no existe oposición de alguna parte interesada, pero en ese caso producirá efecto desde su inscripción.- Toda inscripción solicitada después de los 15 días es tardía e importa una infracción al art. 39 del Código de Comercio y al art. 5° de la Ley 19.550, dado que la Constitución o modificación del contrato deben presentarse para su registración dentro de los 15 días de su otorgamiento.-

La doctrina es coincidente en cuanto a que el art. 39 del Código de Comercio, si se inscriben dentro de los 15 días, carece de efecto retroactivo. El art. 7° de la Ley 19.550 expresa muy claramente que la Sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, es decir desde el momento de su registración y a partir de este momento es oponible a terceros.-

El art. 39 del Código de Comercio señala que si el documento se presenta después de los 15 días de su otorgamiento, se podrá inscribir sino media oposición de parte interesada. Pero la cuestión de la oposición ha merecido opiniones no coincidentes. Hay autores como Nissen que no la admiten

Halperín y Otaegui (en “Sociedades Anónimas, pág. 85) y Farina (en “Tratado de Sociedades Comerciales”, pág. 224) la admiten.-

Roitman (en “Ley de Sociedades Comerciales. Comentada” págs. 140/141) que “puede concluirse que en la mayoría de los casos carece de sentido admitir la aplicación de la oposición del art. 39 del Código de Comercio”.-

Por su parte Raymundo L. Fernández y Osvaldo R. Gómez Leo, (en “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial”, Tomo II 1986, págs. 72 y sgtes.) sostienen: Oposición. Inscripción Tardía: El art. 39 dispone que la inscripción tardía puede llevarse a cabo si no hubiera oposición de parte interesada, sin distinguir entre contratantes y terceros; ante esa evidencia norma-

tiva, cabe entender, por parte interesada, no sólo a los otorgantes del acto, sino a cualquier persona a quien pueda afectar directamente la inscripción, en razón de mantener relaciones negociales con el solicitante de la inscripción o que ha celebrado negocios jurídicos con quien se ostenta como su representante”.-

La Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia 22.315, en su art. 5° sostiene: “El conocimiento y decisión de las oposiciones a las inscripciones a que se refiere el artículo 39 del Código de Comercio y de los supuestos previstos en los artículos 12 y 110 del mismo Código, son de competencia judicial, sin perjuicio de las funciones registrales de la Inspección General de Justicia.....”. Ello pone en evidencia que la I.G.J., acepta, que las oposiciones sean de competencia judicial.-

6. PUBLICIDAD REGISTRAL

El art.5° de la res. gral. IGJ 7/05 establece los requisitos especiales que deben cumplirse para la publicidad de los actos que son impuestas por normas legales o reglamentarias y que se efectúen en boletines o diarios oficiales. Este art. 5° reproduce en líneas generales la res. gral. IGJ 13/04. Las pautas que establece son las siguientes: I) No pueden incluirse abreviaturas de términos cuando las mismas, independientemente de su empleo correcto o incorrecto, en la práctica no sean unívocas sino susceptibles de utilizarse para términos diferentes (por ejemplo, com.: comercio, comerciante,

comisión; rep: reparaciones, representante, reproducción; reg.: registro, regular, regional; ext.: externo, extraordinario, extraño, exterior; etc.). En cualquier caso, sean o no unívocas las abreviaturas, la publicación no se considerará correctamente cumplida cuando, por la reiteración de las mismas, se dificulte manifiestamente la lectura y la certeza en la comprensión del aviso. 2) Si la publicidad debe incluir el contenido del objeto de una sociedad o del ramo o ramos de un establecimiento comercial o industrial, los mismos deben ser expresados en forma completa y sin abreviaturas, transcriptos del instrumento respectivo. 3) Las denominaciones de sociedades deben constar idénticas a como figuren en el acto constitutivo, contrato o, en su caso, resolución social que haya aprobado su modificación. La Dirección Nacional del Registro Oficial dictó la disposición I6/04 (del I2/7/04), mediante la cual estableció que para la publicación de avisos comerciales, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

1) La firma de cada aviso llevará la firma original certificada notarialmente. La certificación deberá acreditar la personería y/o las facultades del firmante, con referencia al instrumento público o privado debidamente individualizado del que surjan.

2) En los casos de avisos firmados por escribanos, abogados o graduados en ciencias económicas, los mismos podrán presentarse con dicha firma legalizada por la autoridad de superintendencia de sus respectivas matrículas, debiendo incluirse en el aviso, sus datos de matrícula y la individualización

del instrumento público o privado del que resulte su autorización.

3) Junto a la aclaración de la firma, deberán insertarse datos de la certificación notarial y/o legalización. Estos datos quedarán incluidos en todos los casos, en el texto del aviso.

7. AUTORIZACIÓN PARA EJERCER EL COMERCIO

El Código de Comercio en el art. 9 estableció los principios generales de la capacidad legal para ejercer el comercio, tal como lo expresa el título del Capítulo II del citado cuerpo legal: “Art. 9º: Es hábil para ejercer el comercio toda persona que, según las Leyes comunes, tiene la libre administración de sus bienes. Los que según estas mismas leyes no se obligan por sus pactos o contratos, son igualmente incapaces para celebrar actos de comercio, salvo las modificaciones de los artículos siguientes”.-De los arts. 1160 y 54 del Código Civil se desprende que los menores de dieciocho años, los dementes declarados en juicio y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito tienen incapacidad absoluta para la libre administración de sus bienes. El art. 24 del Código de Comercio dispone que carecen de capacidad legal los que se hallan en estado de interdicción, y los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación, salvo las limitaciones que establece la ley de concursos y quiebras (ley 24.522). En el art. 9º del Código de Comercio se estableció el principio general de la capacidad para el

ejercicio del comercio y en el art. 1160 del Código Civil, los principios generales de la capacidad para contratar.

MENORES DE DIECIOCHO AÑOS

En virtud del art. 54 del Código Civil no tienen capacidad para contratar, por lo tanto no pueden constituir sociedades ni ser asociados al comercio de su padre. Tampoco pueden ser emancipados por habilitación de edad. b) La Ley 26.579 que modificó el régimen de la mayoría de edad, estableciendo en el art. 128 del Código Civil, que “cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los dieciocho (18) años, y derogó los arts. 10, 11, y 12 del Código de Comercio, referidos a la capacidad para ejercer el comercio, a la emancipación comercial y al menor asociado al comercio del padre o de la madre. Ello ha implicado que ya el Registro Público de Comercio dejó de tener intervención en la registración de los actos enunciados, pues las personas mayores de 18 años gozan de la plena capacidad para el ejercicio de todos sus derechos.

8. REGISTROS NACIONALES

La ley 26.047 de registros nacionales se refiere a las disposiciones por las que se registrarán el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, los Registros Nacionales de Sociedades Extranjeras y de Asociaciones Civiles y Fundaciones y el Registro Nacional de Sociedades no Accionarias.-El art. 1º establece que el Registro Nacional de Sociedades por Acciones creado por el art.

8º de la ley 19.550 de sociedades comerciales, los Registros Nacionales de Sociedades Extranjeras creados por el art. 4º de la ley 22.315 y el Registro Nacional de Sociedades no Accionarias, se registrarán por esta ley 26.047.

La organización y funcionamiento de los registros nacionales indicados precedentemente estarán a cargo de la Inspección General de Justicia; serán de consulta pública por medios informáticos sin necesidad de acreditar interés.

Las provincias que adhieran a esta ley, de acuerdo a la ley local, y tengan asignadas las funciones del Registro Público de Comercio previsto en el Cap. II del Tít. II del Libro primero del Código de Comercio, para la inscripción de la constitución y modificación de sociedades comerciales y extranjeras y las funciones para autorizar la actuación como personas jurídicas de carácter privado, de las asociaciones civiles y fundaciones, remitirán por medios informáticos a la Inspección General de Justicia, los datos que correspondan a las entidades que inscriban, o modifiquen o autoricen a partir de la vigencia de la ley.

A los fines de esta ley, se incluirán entre las modificaciones, las que indiquen cambios en la integración de los órganos de administración, representación y fiscalización de las personas jurídicas, la transmisión de participaciones sociales sujetas a inscripción en el Registro Público de Comercio, también el acto de presentación de estados contables y los procedimientos de reorganización, disolución y liquidación.

En los supuestos de modificaciones las autoridades competentes deberán requerir a las entidades la actualización de los datos.

La ley prevé la asistencia de la Administración Federal de Ingresos Públicos a la Inspección General de Justicia y a los registros de las provincias que adhieran de los elementos y sistemas informáticos necesarios.

Las actuaciones en que tramiten la conformidad administrativa registro o autorización serán identificadas con la clave única de identificación tributaria (CUIT) asignada en ese trámite a la entidad, por la Administración Federal de Ingresos Públicos

(AFIP) a través del organismo o autoridad provincial competente, sin perjuicio de la identificación que pueda agregar dicho organismo o autoridad provincial.

Las provincias que adhieran a la presente ley deberán remitir a los registros indicados en el art. 1º, la totalidad de los datos incluidos en los respectivos instrumentos públicos o privados, comprendidas las modificaciones o rectificaciones. La Inspección General de Justicia será la autoridad de aplicación de esta ley.

9. RÚBRICA DE LIBROS

El Código de Comercio en el título II, Capítulo III, regula los Libros de Comercio, a partir del art. 43, hasta el art. 67.-Todos los artículos citados se refieren a las obligaciones de los comerciantes, la forma en que deben llevar sus operaciones, la contabilidad, la documentación respaldatoria, los libros indispensables: 1) El “Diario”; 2) El “Inventario y Balance”, además de los que

en forma especial impongan este Código u otras leyes (Art. 44). El art. 53 del Código de Comercio se refiere a la rúbrica: “Art. 53: (Texto s/ decreto ley 4777/1963.-B. O.: 19/6/1963-ratificado por Ley 16.478.-B. O. 30/9/1964). Los libros que sean indispensables conforme las reglas de este Código, estarán encuadernados y foliados, en cuya forma los presentará cada comerciante al Tribunal de Comercio de su domicilio para que se los individualice en la forma que determine el respectivo tribunal superior y se ponga en ellos nota datada y firmada del destino del libro, del nombre de aquel a quien pertenezca y del número de hojas que contenga”.-

El art. 54 establece el modo en que se deben llevar los libros indispensables y los auxiliares: “Art. 54: En cuanto al modo de llevar, así los libros prescriptos por el artículo 44, como los auxiliares que no son exigidos por la Ley, se prohíbe: 1) alterar en los asientos el orden progresivo de las fechas y operaciones con que deben hacerse, según lo prescripto en el artículo 45; 2) dejar blancos ni huecos, pues todas sus partidas se han de suceder unas a otras, sin que entre ellas quede lugar para intercalaciones ni adiciones; 3) hacer interlineaciones, raspaduras ni enmiendas, sino que todas las equivocaciones y omisiones que se cometan se han de salvar por medio de un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error; 4) tachar asiento alguno; 5) mutilar alguna parte del libro, arrancar alguna hoja o alterar la encuadernación y foliación”.-

Los arts. del Código de Comercio se

complementan con las disposiciones de la Ley 19.550, en cuanto a la Documentación y la Contabilidad y los Libros Sociales de los arts. 61 a 65, 73, 162, 213, 215, 238, 249, 290 de la Ley de Sociedades.-

• *INDIVIDUALIZACION Y RUBRICA DE LIBROS DE COMERCIO. CARENCIA DE LIBROS, EN LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA.-*

La res. Gral. IGJ 7/05 regula todo el tema desde el art. 311 hasta el art. 331. Tales disposiciones tienen, además, incorporadas el contenido de la res. gral. IGJ 7/95, particularmente la faja especial de rúbrica prevista como Anexo II, que se mantiene en las presentes normas identificado como Anexo IX, y será expedida por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, especificando su contenido y garantizando la inalterabilidad, como así también la oblea de individualización y rúbrica, como Anexo X. La solicitud de individualización y rúbrica de libros debe formalizarse ante un escribano de registro de la Capital Federal, por requerimiento del representante legal o apoderado. El art. 313 trata de la oportunidad de la solicitud de rúbrica. La solicitud será considerada oportuna cuando se presente dentro de un plazo que no exceda de noventa días corridos desde la fecha de matriculación o inscripción del requirente en el Registro Público de Comercio o de su autorización como persona jurídica. Si se excedió del plazo, el solicitante deberá justificar ante el escribano público

interviniente, con carácter de declaración jurada, la inactividad por todo el período que corresponda. La norma en tratamiento considera en los sucesivos artículos acerca de informe sobre rúbricas anteriores, sociedades y entidades de bien común comprendidas, su relevamiento (art. 314); el trámite de la solicitud (art. 315); los libros continuadores (art. 316); la falta de exhibición de libros antecedentes y las denuncias por imposibilidad de exhibirlos (art. 317); el extravío, sustracción o destrucción de la oblea y su reimpresión (art. 318); las obleas mal adheridas, su reimpresión, inutilización, otros supuestos de reimpresión de obleas (arts. 319 y 320); la rectificación de rúbricas (art. 322); las transferencias de libros rubricados por cambio de denominación y/o transformación social (art. 323); las normas aplicables (art. 324); el caso de rúbricas falsas (art. 325); los pedidos de informes de rúbrica (art. 326); los casos de archivo de trámites, desarchivo, destrucción de libros, fojas y obleas no retiradas (art. 327); la discontinuación de libros (art. 328); el trámite urgente (art. 329); el registro de autorizados a la realización de trámites o gestiones de solicitudes de rúbricas y demás trámites (art. 330), y las atribuciones de la Inspección General de Justicia y el pago de la tasa retributiva (art. 331). El art. 83 de la norma que estamos considerando se refiere a la carencia de libros de actas. Se trata de la primer y única disposición que se refiere a ello, aún cuando precisamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el trámite de rúbrica de libros con inter-

vención notarial, se obtiene en forma casi inmediata y solamente en casos excepcionales que requieran una mayor urgencia debería admitirse la registración de actas en escrituras públicas, pues de lo contrario se generaría una práctica violatoria de la ley, que es estricta en materia de actas, según lo disponen los arts. 73, 162 y 249 de la ley 19.550. El mencionado art. 83 de la res, gral. IGJ 7/05 establece: “Es admisible la inscripción de resoluciones sociales formalizadas directamente en escritura pública, importen o no reforma del estatuto o contrato social, siempre que se cumplan los restantes requisitos que correspondan y concurren los extremos siguientes, debidamente volcados en la escritura pública:

1) Que la sociedad no disponga de los libros rubricados de actas y en su caso de registro de asistencias necesarias, ya sea por causales que habiliten la rúbrica de nuevos libros de acuerdo con estas Normas o por hallarse temporariamente privada de ellos por acto de autoridad competente.

Si la sociedad se encuentra desposeída de los libros por acto de alguno de sus socios o administradores debe haberse efectuado intimación fehaciente o iniciado acción judicial, según las circunstancias del caso.

2) Que se acrediten documentadamente los supuestos del inciso anterior, exhibiendo ante el escribano autorizante las constancias correspondientes, que éste deberá referenciar con precisión en el instrumento notarial. 3) Que se asuma el compromiso expreso, por parte de las autoridades sociales existentes o las que surjan del acto,

de volcar éste a los libros sociales, una vez rubricados o habidos nuevamente, según el caso. La inscripción no procede si de las constancias de la escritura pública presentada resulta que está controvertida la calidad de socio de uno o más de los participantes en el acto y que su voto es determinante para la formación de la voluntad social”.

• REGISTRO DE ASISTENCIA DE ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS

La Comisión Nacional de Valores sancionó la res. gral 465/04, por la cual se incorpora al Cap. II de las Normas (NT 2001) el texto referido al registro de asistencia de asambleas de accionistas. En dicha resolución se puntualizan los requisitos que deberán cumplimentar las sociedades por acciones en los registros de asistencia a asambleas, detallando las siguientes enunciaciones: Datos del titular de los valores negociables, que participa en forma personal, indicando nombre y apellido o denominación social, en forma completa de acuerdo a sus inscripciones; tipo y n° de documento de identidad o datos de inscripción registral con expresa individualización del específico registro y de su jurisdicción; domicilio con indicación de su carácter; firma y adicionalmente datos del representante del titular de los valores negociables: nombre y apellido o denominación social; carácter de la representación; tipo y número de documento de identidad o datos de inscripción registral; domicilio con indicación de su carácter y firma. En todos los casos, deberá consig-

narse la clase y cantidad de acciones, con indicación de las características de los derechos políticos que otorgan, junto con el número de votos resultante. En oportunidad de los cierres de los registros de asistencia deberá expresarse el número de accionistas registrados para asistir a las asambleas y la cantidad de asistentes en cada caso, además las notas de cierre del día de la asamblea, señalando la cantidad total de acciones y de votos que representan y los porcentuales.

Lo dispuesto en la referida res, gral. 465/04 de la Comisión Nacional de Valores es adecuar el art. 238 de la ley 19.550, estableciendo en forma expresa y en detalle las constancias que obligatoriamente deben registrarse en el libro de asistencia.

En realidad nos encontramos con una norma que le da fundamento a las transcripciones de los datos, que se vuelcan en los modelos del libro “depósito de las acciones y registro de asistencia” que se emplean actualmente en todas las sociedades por acciones para acreditar el quórum y mayorías de las asambleas.

C) LA RÚBRICA DE LIBROS EN LA DIRECCION PROVINCIAL DE PERSONAS JURIDICAS:

La Dirección Provincial de Personas Jurídicas mediante la Disposición General N° 12/2003, regula la rúbrica de Libros y el sistema mecanizado, en los artículos 89 a 96.-El art. 89 trata de los libros sociales y contables de las Sociedades Comerciales que establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes de fondo, se conside-

ra que los libros sociales y contables de las sociedades comerciales son los siguientes: a) Libro de Actas de Asambleas o Reuniones de Socios; b) Libro de Actas de Directorio o Reuniones del Órgano de Administración; c) Libro de Depósito de Acciones y Registro de Asistencia a Asambleas; d) Libro de Registro de Acciones; e) Libro de Inventario y Balances; f) Libro Diario General”.-

El art. 90 se refiere a los Libros Sociales y Contables de las Asociaciones Civiles y el 91 a los Libros Sociales y Contables de las Fundaciones.-A su vez los arts. 92 y 93 se remiten a la rúbrica de libros y por causa de extravío, y dicen:

“Art. 92.-Rúbrica de libros. En los tramites de rubricas de libros deberá presentarse: a) solicitud con sellado de ley, firmada por el representante legal o apoderado de la sociedad indicando naturaleza del libro, número del ejemplar y cantidad de folios que contiene; b) se acompañará el libro anterior o certificado firmado por el representante legal o Síndico o contador público, donde conste el número de folio y fecha del último asiento del libro anterior al que se solicita la rúbrica y datos de la misma; c) en la contratapa del libro a rubricar se harán constar, razón social o denominación de la entidad, nombre y número del libro y cantidad de folios; d) tasa de actuación por cada libro que se solicita rubricar; e) cuando se trate de sociedades comerciales o que no tengan antecedentes en la Dirección Provincial, se acompañará, por única vez: fotocopia autenticada del contrato social y de sus reformas, con plancha de inscripción del

organismo de contralor correspondiente, y declaración jurada de antecedentes conforme formulario adoptado por esta Dirección Provincial. Cuando los libros se rubriquen por intermedio de Escribano, deberá presentarse acta notarial que contenga los recaudos especificados en la última parte del ítem b) de este artículo. Los libros que se presenten para su Rúbrica ante las Oficinas Delegadas y/o Notarios de la Provincia de Buenos Aires, deberán ser retenidos por los encargados de efectuar Rúbricas, hasta tanto las respectivas actas les sean devueltas por esta Dirección debidamente inscriptas. La atestación en los libros llevará la fecha y número de inscripción que consigne esta Dirección al momento de inscribir las actas; no pudiéndose efectuar Rúbrica de Libros sin haberse dado cumplimiento a este requisito, bajo pena de dejar sin efecto las rúbricas realizadas. Toda sociedad proveniente de extraña jurisdicción que solicite la rúbrica de los libros por ante esta Dirección, deberá presentar juntamente con la constancia de la cancelación definitiva en la jurisdicción de origen expedida por el organismo de contralor pertinente, una certificación de los libros rubricados en la misma expedida por el organismo de competencia.”.

Art. 93.-Requisitos de rúbrica de libros por causa de extravío. Excepciones. Cuando las sociedades comerciales denuncien extravíos de libros sociales, con el pedido de la nueva rúbrica deberán presentar: a) denuncia policial efectuada por el representante legal de la entidad donde se expresen las causas a las que se atribuye el extravío, pérdida o desaparición de los libros, individualizan-

do los libros extraviados; b) acta del órgano de administración debidamente autenticada que acredite que dicho órgano tenía conocimiento del extravío de los libros y que autorizó al representante legal a efectuar la denuncia y presentar nuevos libros para su rúbrica. En caso de asociaciones civiles para el pedido de la nueva rúbrica se deberá presentar: a) denuncia policial efectuada por Presidente y Secretario de la entidad y b) acta de Comisión Directiva; todo ello en los términos expuestos en los incisos a) y b) del presente artículo.

El art. 95 se refiere a la Autorización del Sistema mecanizado:

“Art. 95.-Sistema mecanizado. Autorización. Prescendencia. Formalidades Código de Comercio. Para hacer uso de la facultad prevista en el Art. 61 de la Ley de Sociedades Comerciales, o sea prescindir de las formalidades establecidas por el Art. 53 del Código de Comercio, se acompañará: 1) solicitud suscripta por los representantes naturales o apoderados; 2) acta de asamblea, reunión de socios o del órgano de administración que decidió y aprobó la adopción del nuevo sistema de llevar los libros; 3) adecuada descripción del sistema, con dictamen técnico o antecedentes de su utilización informado por graduado en Ciencias Económicas; 4) afirmación de que el sistema permite la individualización de las operaciones y su posterior verificación con arreglo al Art. 53 del Código citado. Una vez aprobada la autorización del sistema se remitirá al Departamento Rúbrica de Libros una copia de la resolución aprobatoria para su toma de razón”.-

2. PROYECTO DE REFORMA LEY 19.550.



Modificaciones Propuestas al Régimen de Inscripción de Sociedades Comerciales.

Por Alberto ARAMOUNI

Art. 6: Registro

El Registro Público de Comercio inscribirá dentro de los 10 días de su presentación, todo documento que se le presente para su registro a los fines de esta ley, el cual deberá estar conformado por un abogado o escribano público en ejercicio de la función fedante.

Con la documentación pertinente deberá acompañarse un dictamen precalificatorio suscripto por escribano público, abogado o graduado en Ciencias Económicas, debidamente habilitados. Las firmas de los profesionales deberán estar legalizadas por la entidad de superintendencia de la matrícula del firmante con el alcance de garantizar su estado profesional y la vigencia de su matrícula o del ejercicio fedante, en el caso de escribano. El dictamen precalificatorio garantizará bajo la responsabilidad de los profesionales intervinientes, que los datos allí consignados, resultan de la documentación acompañada y supondrá su adecuación a las normas legales, técnicas y reglamentarias que correspondan al acto que se trate.

La inscripción no tiene efecto saneatorio. El Registro sólo podrá rehusar la inscripción dentro de dicho plazo de diez días por alguna de las causales siguientes:

- *Falta de autenticación de firmas, si el documento cuyo registro se pide es un instrumento privado.*
- *Por no haberse acompañado algún docu-*

mento, o constancia de las publicaciones previas, en los casos en que esta ley los exija.

- *Por no haberse acreditado la autorización administrativa previa a la inscripción, cuando la ley lo exija.*

- *Cuando exista homonimia con otra sociedad inscripta en esa jurisdicción.*

- *Falta de pago del arancel que cada jurisdicción determine para la inscripción.*

- *Cuando una orden judicial le mande no hacerlo. Si el Registro Público estuviere a cargo de un juez, éste tendrá competencia para impartir esa orden si su ley procesal se la atribuye.*

La omisión por el Registro de inscribir un documento dentro del plazo de diez días de su presentación autoriza a requerir la intervención del tribunal de apelaciones de la jurisdicción.

Antecedente: I. Proyecto iniciativa del P.E.N. en Senado de la Nación (Expte. P.E. 264/9I. Asuntos entrados N° II8 del 30/9/9I).

2. Proyecto de Reforma elaborado por la comisión designada por resolución MJ. 465/9I.

3. Resolución General N 2/87 de la Inspección General de Justicia.

Art. 7: Inscripción: Efectos.

La sociedad sólo se considera regularmente consti-

tuída con su inscripción en el Registro Público de Comercio. La inscripción tiene efectos retroactivos si se inscribió dentro de los quince días de la fecha de su otorgamiento, tal como lo dispone el art. 39 del Código de Comercio.

Art. 8: Registro Nacional de Sociedades por Acciones

Todos los registros públicos remitirán mensualmente al Registro Nacional de Sociedades por Acciones una lista de los actos relativos a las sociedades por acciones inscriptos durante el mes anterior. La omisión de cualquier registro en enviar esta información no relevará al Registro Nacional de Sociedades por Acciones de inscribir las comunicaciones recibidas.

La consulta será pública, sujeta al pago del arancel que se determine. Cualquier persona podrá obtener, a su costa, copia de los documentos inscriptos.

Antecedente: I. Proyecto iniciativa del PEN. en Senado de la Nación (Expte. P.E. 264/91. Asuntos entrados N° II8 del 30/9/91).

2. Proyecto de reforma elaborado por la comisión designada por resolución MJ. 465/91

Art. 9: Modo de llevar los registros.

El Registro Público será llevado de modo que sea fácil identificar y consultar todos los documentos inscriptos relativos a cada sociedad. La consulta será pública, sujeta al pago del arancel que se determine. Cualquier persona podrá obtener, a su costa, copia de los documentos inscriptos.

Antecedente: I. Proyecto iniciativa del

PEN. en Senado de la Nación (Expte. P.E. 264/91. Asuntos entrados N° II8 del 30/9/91).

2. Proyecto de reforma elaborado por la comisión designada por resolución MJ. 465/91.

Art. 10: Publicidad

Dentro de los diez primeros días de cada mes el Registro Público comunicará al diario de publicaciones legales de su jurisdicción, para su publicación, la nómina de los documentos inscriptos durante el mes precedente. La publicación solo tendrá efecto informativo. Antecedente: I. Proyecto iniciativa del PEN. en Senado de la Nación (Expte. P.E. 264/91. Asuntos entrados N° II8 del 30/9/91).

2. Proyecto de reforma elaborado por la comisión designada por resolución MJ. 465/91.

Art. 38: Bienes aportables.

Los aportes pueden consistir en obligaciones de dar o hacer, salvo para los tipos de sociedad en los que se exige que consistan en obligaciones de dar.

Forma del aporte.- El cumplimiento del aporte deberá ajustarse a los requisitos dispuestos por las leyes de acuerdo a la distinta naturaleza de los bienes.

Inscripción preventiva.- Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un Registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación.

En caso de inmuebles la anotación se practicará siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- *Que esté constituido por escritura pública.*

- *Que el propietario del inmueble transmita el dominio a la sociedad en formación.*

- *Que del documento resultare que el transmitente integra la sociedad y que la transmisión la realiza como aporte.*

Antecedente: Proyecto de reforma elaborado por la Comisión designada por resolución MJ. 465/91 y art. 104 del Reglamento de la ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal, Decreto 2080/80 t.o. 1999.

Art. 77: Requisitos

La transformación exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario a lo dispuesto para algunos tipos societarios.

- Confección de un balance especial, cerrado a una fecha que no excederá en más de tres meses a la del acuerdo de transformación y puesto a disposición de los socios en la sede social con no menos de quince días de anticipación a dicho acuerdo.

Se requieren las mismas mayorías establecidas para la aprobación de los balances en ejercicio.

3) Otorgamiento del acto que instrumente la transformación por los órganos competentes de la sociedad que se transforme y la concurrencia de los nuevos otorgantes, con constancia de los socios que se retiren, capital que representan y cumplimiento de las formalidades del nuevo tipo societario adoptado.

4) Publicación por un día en el diario

de publicaciones legales que corresponda a la sede social y sus sucursales. El aviso deberá contener:

- Fecha de resolución social que aprobó la transformación.

- Fecha del instrumento de transformación.

- La razón social o denominación social anterior y la adoptada, debiendo de ésta resultar indubitable su identidad con la sociedad que se transforma.

- Los socios que se retiran o incorporan y el capital que representan.

5) La inscripción del instrumento con copia del balance firmado en el Registro Público y demás registros que correspondan por el tipo de sociedad, por la naturaleza de bienes que integran el patrimonio y sus gravámenes. Estas inscripciones deben ser realizadas como establece el art. 6 del esta ley.

En el iter inscriptorio el órgano de representación de la nueva sociedad ejercerá la representación de la sociedad en todos los actos de administración y disposición.

Antecedente: Proyecto de Reforma elaborado por la comisión designada por resolución MJ. 465.9, amplía a tres meses la fecha de cierre de balance, al igual que para el caso de fusión según el art. 83 inc. b) de la ley 19.550. Suprime el inc. e) ley 19550 acerca de la publicación en caso de que la transformación afecte los puntos enumerados en los inc. 3 a 10 del apartado a) del art. 10 de la ley 19.550.-

Art. 84: Constitución de nueva sociedad.

En caso de constituirse sociedad fusionaria, el instrumento será otorgado por los órganos competentes de las fusionantes con cumplimiento de las formalidades que correspondan al tipo adoptado. Al órgano de administración de la sociedad así creada incumbe la ejecución de los actos tendientes a cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, sin que se requiera publicación en ningún caso.

Incorporación: reforma estatutaria. En el supuesto de incorporación es suficiente el cumplimiento de las normas atinentes a la reforma del contrato o estatuto. La ejecución de los actos necesarios para cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, que en ningún caso requieren publicación, compete al órgano de administración de la sociedad absorbente.

Inscripciones en Registros. Tanto en la constitución de nueva sociedad como en la incorporación, las inscripciones registrales que correspondan por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio trasferido y sus gravámenes deben ser ordenados por el juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio o instadas por el nuevo titular en los registros pertinentes..

La resolución de la autoridad que ordene la inscripción, y en la que constarán las referencias y constancias del dominio y de las anotaciones registrales, es instrumento suficiente para la toma de razón de la transmisión de la propiedad.

El testimonio de la inscripción de la fusión en el Registro Público, en el que constarán las referencias y constancias del dominio y de las anotaciones registrales, es instrumento suficiente para la toma de razón de la transmisión de la propiedad.

Administración hasta la ejecución. Salvo que en el compromiso previo se haya pactado en contrario, desde el acuerdo definitivo la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o de la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban, a salvo el ejercicio de la acción prevista en el artículo 87.

Antecedente: Proyecto de reforma elaborado por la Comisión designada por resolución MJ.465/91.

ART. 88: Escisión. Concepto. Régimen.

Hay escisión cuando:

- I. Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad.
- II. Una sociedad sin disolverse destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas.
- III. Una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio una o varias sociedades nuevas.

La nueva sociedad adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones incluidos en el activo y pasivo que le han sido destinados.

Requisitos.- La escisión exige cumpli-

miento de los siguientes requisitos:

1) Resolución social aprobatoria de la escisión, del acto constitutivo o estatuto de la escisionaria de la reforma del acto constitutivo o estatuto de la escidente en su caso, y del balance especial al efecto, con los requisitos necesarios para la modificación del acto constitutivo o del estatuto en el caso de fusión. El recesso y las preferencias se rigen por lo dispuesto en los arts. 78 y 79.

2) El balance especial de escisión no será anterior a tres meses de la resolución social respectiva, y será confeccionado como un estado de situación patrimonial.

3) La resolución social aprobatoria incluirá, si así correspondiere, la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria, a los socios o accionistas de la sociedad escidente, en proporción a sus participaciones en ésta, las que se cancelarán en caso de reducción de capital.

4) La publicación de un aviso por tres días en el diario de publicaciones legales que corresponda a la sede social de la sociedad escidente y en uno de los diarios de mayor circulación general en la República que deberá contener:

a) La razón social o denominación, la sede social y los datos de la inscripción en el Registro Público de la sociedad que se escinde.

b) La valuación del activo y del pasivo de la sociedad, con indicación de la fecha a que se refiere.

c) La valuación del activo y el pasivo que componen el patrimonio destinado a

la nueva sociedad.

d) La razón social o denominación, tipo y domicilio que tendrá la sociedad escisionaria.

5) Los acreedores tendrán derecho de oposición de acuerdo al régimen de fusión.

6) Vencidos los plazos correspondientes al derecho de recesso y de oposición y embargo de acreedores, se otorgarán los instrumentos de constitución de la sociedad escisionaria y de modificación de la sociedad escidente practicándose las inscripciones según el art. 84. Cuando se trate de escisión-fusión se aplicarán las reglas de los arts. 83 a 87.

En el iter inscriptorio el órgano de representación de la nueva sociedad ejercerá la representación de la sociedad en todos los actos de administración y disposición. Texto según ley 19550.

Antecedente: Proyecto de reforma elaborado por la comisión designada por resolución MJ. 465/91.

Art. 88 bis: Inscripción de bienes inmuebles.
En los casos de transformación, fusión y escisión de sociedades comerciales previstas, en los artículos 74, 82 y 88, la toma de razón de los bienes inmuebles, se efectuará sobre la base del documento a que se refiere el tercer y el último párrafo del artículo 84. Podrá aplicarse el procedimiento mediante la transcripción en escritura pública de la resolución del Registro Público de Comercio que ordene la inscripción del bien inmueble, la descripción del mismo y las anotaciones registrales.

Art. 165: Constitución y forma.
La sociedad se constituye por escritura

pública y por acto único o por suscripción Pública.

Si bien predomina, en jurisdicción nacional y en la provincia de Buenos Aires, el criterio que para la constitución de sociedad anónima, el actual art. 165 de la ley al requerir el instrumento público, se refiere exclusivamente a la escritura pública, consideramos necesario modificar el art. 165 indicando expresamente a la escritura pública como instrumento de constitución de la sociedad por acciones, a fin de evitar distintas interpretaciones en diferentes organismos del interior del país, tal como se viene llevando a cabo hasta el presente. Para ello nos pareció de importancia transcribir opiniones de juristas que se refirieron al tema. Así el Doctor Ricardo A. Nissen en su libro *Ley de Sociedades Comerciales*, comentada anotada y concordada como 2, al referirse al art. 165 de la ley 19.550. en el párrafo 257, páginas 434/ 438, “La escritura pública como sinónimo de instrumento público”, señala:

“Es importante recalcar que la diferencia entre las concepciones de escritura pública y de instrumento público, en la ley 19.550 resultan notorias, pues si se sostiene la tesis de equiparar la intervención del organismo de contralor al instrumento público mencionado, nos encontraríamos que aun las sociedades que se constituyen por instrumento privado serían a la larga constituidas por instrumento público, con lo que la diferencia no existiría entre las

que son por acciones y las restantes.”

“Los supuestos contemplados por el art. 28 de la ley 19550, 42, 81 y 224 de la ley 19.551, en nada modifican lo expuesto. Son todos ellos casos en que la presencia de un magistrado se hace necesaria para cautelar intereses de diferente naturaleza que el de los propios socios, como son los de los herederos menores de edad o los acreedores del concurso. Son éstos, casos de excepción, que sólo sirven para corroborar la norma general de la necesidad de la escritura pública y no para desvirtuarla. Sostener lo contrario sería forzar la interpretación, pues del caso aislado no puede inferirse, en el régimen societario, una norma general. Obsérvese finalmente que, aun en estos supuestos, la intervención de la autoridad de contralor no queda excluida, pues es ésta y no aquel magistrado, quien ordenará la toma de razón, previo control de legalidad (art. 167 de la ley 19550).”

Por su parte el Doctor Jorge Mosset Iturraspe al referirse a la “Nulidad por inobservancia de las formas legales- La forma en el negocio jurídico”²⁶ expresa:

“Instrumento público y escritura pública. El rol del escribano público. Tratándose de la confección de un negocio jurídico, la expresión “instrumento público” del art. 165 (ley 19.550.) , adquiere una significación clara y precisa: alude a la especie escritura pública – al menos como

regla y salvo supuestos especialmente normados-.

Y no puede ser de otro modo: a) porque al hablar de “la sociedad se constituye”, el art. 165 está aludiendo al “contrato por el cual se constituya”, art. 4º; y el único instrumento público que tiene ese carácter desde el momento mismo que los constituyentes o celebrantes exteriorizan su voluntad (contratan) es la escritura pública.

b) la ley alude al instrumento público (escritura pública) como forma documental, que materializa la declaración negocial, y no como forma procedimental o ritual, serie de actos o solemnidades que juntos integran la forma del negocio;

c) de donde el carácter público del instrumento debe reunirse a la época de exteriorizarse el acuerdo societario y no a la época de inscribirse;

d) la inscripción de un instrumento privado opera su transformación en público *ex nunc* y no *ex tunc*; de ahí para adelante y no para el tiempo pasado;

e) la ley no quiere una formalización en instrumento privado que luego adquiriera una trascendencia pública: sea en virtud de la ratificación ante el juez, sea por la autenticación de las firmas o bien por la inscripción;

f) la ley exige instrumento público desde el vamos y ello se logra sólo con la escritura pública.

La exigencia no es caprichosa, irrazonable o carente de fundamentación.

El contenido propio de la escritura públi-

ca son las declaraciones de voluntad, los contratos de todas clases. Y esas escrituras son hechas por escribanos públicos, por profesionales –funcionarios idóneos en Derecho, encargados de informar, ilustrar y aconsejar a las partes-. Son ellos, como vimos, los “autores” del negocio. Nos dice Martínez Segovia** “que las partes no tienen responsabilidad ni intervención alguna en la factura del documento. Su interés, su acción y sus responsabilidades son de orden económico en cuanto al negocio... El (el escribano) es también autor, como perito, de la forma legal dada al negocio para convertirlo en un negocio jurídico en el que las partes se ven vinculadas por haberse amoldado su voluntad, que navegaba en el plano de los intereses pecuniarios, a las prescripciones de la ley vigente o de la ley emanante del contrato documentado. Asimismo alcanza al notario la responsabilidad por la validez y seguridad jurídica del negocio jurídico...” Es esa la función especializada que la ley tiene en cuenta...Y esa función, que es propia del escribano, no se encuentra en el juez ni en los funcionarios administrativos; el juez no crea Derecho y el acto administrativo no contiene una obra original del funcionamiento.

Y esa calidad de autor no se puede minimizar al extremo de confundirla con la autenticación de firmas...

Reiteramos que debe distinguirse la mera incorporación de la fe pública a la forma ya existente, de la elaboración de esa forma a la luz de la fe pública.

E insistimos, aun a riesgo de ser machacones, la “plena fe” que se desprende de la registración es fundamentalmente distinta de la “plena fe” de la formalización. Concluimos entonces afirmando que es el instrumento –escritura pública y no otro instrumento público– el requerido por el art. 165, habida cuenta de la función notarial que el escribano cumple en éste y de su calidad de público ab initio.”

*Mosset Iturraspe, Jorge: Boletín Informativo N° 123 del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, “Nulidad por inobservancia de las formas legales. La forma del negocio jurídico” Buenos Aires 7 de Octubre de 1980.

**Martínez Segovia, Francisco: “Función Notarial” Ediciones Jurídicas Europa-América- Buenos Aires, 1961, pags. 227/228.-

Respaldo jurisprudencial:

. El art. 165 LSC es preciso al expresar que la sociedad se constituye – entre una de sus alternativas posibles– “ por instrumento público y por acto único”, y al hilo de esa directiva se ha interpretado que la recordada norma requiere algo más que la autenticidad de las firmas de un mero instrumento privado –que por ese hecho no adquiere carácter de público– para la constitución de las sociedades por acciones. CNCom., C 24-9-80.- G Perchersky, S.A.) Rev. LA LEY, 1981-A, 478

“No cumple con la exigencia del art. 165 LSC para la constitución de una sociedad anónima, el instrumento privado cuyas firmas fueron certificadas por escribano y posteriormente a pedido de uno de los firmantes del acta constitutiva, se procedió a protocolizarlo”. .” CNCom., C, 24-9-80 G. PETCHERSKY, S.A. Rev. LA LEY, 1981-A, 478

“El art. 165 LSC requiere algo más que la autenticidad de las firmas de un mero instrumento privado, para la constitución de las sociedades por acciones ya que por la importancia y trascendencia que revisiten, es necesario que las manifestaciones de voluntad de las partes –volcadas por sí o por apoderado: art. 1881, inc. 13 del Código Civil– se efectúen ante el oficial público, por cuanto en el futuro se podrá dar fe de que aquellas fueron efectivamente reales.” CNCom., C, 24-9-80 G. PETCHERSKY, S.A. Rev. LA LEY, 1981-A, 478

Antecedente: Ley 19.550, la doctrina, las disposiciones de Inspección General de Justicia y Dirección Provincial de Personas Jurídicas.

Art. 167: Tramite inscriptorio

El contrato *constitutivo será presentado a la Autoridad Registral, para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, quien dispondrá la inscripción si la juzgara procedente, según lo dispuesto en el art. 6°.*

Reglamento.

Si el estatuto previese un reglamento, éste se inscribirá con idénticos requisitos.

Autorizados para la constitución.

Si no hubiere mandatarios especiales designados para realizar los trámites integrantes de la constitución de la sociedad, se entien-

de que los representantes estatutarios se encuentran autorizados para realizarlos.

ACLARACIÓN

Las reformas propuestas se transcriben en letra cursiva en negrita.-

3. DISPOSICIÓN DE BIENES DURANTE LA denominada "indivisión postcomunitaria". Consentimiento y asentimiento. El particular caso de la Donación



Por Gastón DI CASTELNUOVO

I. INTRODUCCIÓN

Considero oportuno volver sobre algunas reflexiones acerca del tema de la disposición de bienes durante el período denominado de "indivisión post comunitaria" que sobreviene a la disolución de la sociedad conyugal en caso de divorcio.

Lo haremos pues si bien en otras oportunidades hemos tratado brevemente la cuestión, seguimos recibiendo con frecuencia consultas en el marco de la asesoría de nuestro colegio, relacionadas directa o indirectamente con esta problemática, lo que indica que las cosas no están claras.

Aprovecharé el planteo de uno de esos casos -tal como lo hacemos al comentar un

fallo y entramos así en el análisis de una cuestión de Derecho que quizá termina por exceder largamente el caso resuelto- para comenzar con el análisis.

Nuestro propósito de hoy no es el de analizar todos los aspectos que presenta, tarea que hemos llevado a cabo hace ya años, en oportunidad de la realización de la XVIII Jornada Notarial Argentina y a la que a los curiosos remitimos ¹, sino más bien volver sobre algunos de sus aspectos.

El tema ha dado siempre para el debate doctrinario, pero pese a los años transcurridos creemos que quienes abrazan la pos-

¹ Se trata del trabajo presentado a ese encuentro jurídico con los colegas José O. Carral, Alberto F. Juliano y Margarita Pipino. Revista Notarial 866, págs. 43 a 89.

tura mayoritaria no se han hecho cargo de nuestras observaciones y de nuestra crítica. Así las cosas, no dejaremos pasar la oportunidad para invitarlos nuevamente a llevarlo a cabo pues ello sin duda enriquecerá el análisis, lo que así hacemos.

II. EL CASO

Una señora requirió la intervención de un colega para la aceptación de una donación que le efectuara su padre. El bien es de su titularidad y fue adquirido estando casado con la madre de ella. Ante la falta de otras aclaraciones, debemos presumir entonces la ganancialidad del bien, pero ocurre que al momento de la donación el matrimonio estaba disuelto por divorcio y la ex cónyuge (es decir, la madre de la donataria) no compareció al acto para prestar su consentimiento (“ni para asentir ni para codisponer”, nos dice el consultante). Con posterioridad, en una escritura que lleva por epígrafe: “Asentimiento conyugal y Poder Especial con Validez Post Mortem”, esta señora manifestó: “... *Que presta por este acto su asentimiento con las donaciones diferidas (...) en el*

sentido y alcance del art. 1277 de CC, y en razón de ello otorga a X (la donataria) PODER ESPECIAL CON VALIDEZ “POST MORTEM”, de acuerdo con los arts. 1982 CC, para que en el momento necesario hiciera mención específica del asentimiento instrumentado en la presente...”.

Ante la circunstancia, el colega se preguntó si podía utilizarse ese instrumento para concretar la aceptación de la donación, o hubiese sido más correcto que el notario que autorizó dicha escritura hubiese sugerido que los ex cónyuges² otorgaran previamente una adjudicación de bienes por disolución de la sociedad conyugal para luego donar ambos el inmueble a su hija. Se preguntó también si podía darse a ese instrumento validez post mortem.

III. QUÉ SE LE DIJO

Con estos antecedentes realizó una primera consulta a la asesoría pues entendía que el asentimiento era viable durante el matrimonio pero no tenía en claro cual era el papel que podía cumplir con posterioridad a su disolución. Uno de los colegas y amigos asesores le dijo que en los encuen-

¹ Como sabrán, la Real Academia Española ha cambiado últimamente algunas reglas gramaticales, entre ellas la que indicaba que el prefijo “ex” se escribía separado del vocablo (es decir del concepto) que modificaba. De allí que lo “correcto” es ahora decir “excónyuge”, “examigo”, etc. Permítaseme continuar escribiendo al modo antiguo. Atendibles razones -me parece- así lo imponen aunque no creo que la RAE me preste atención alguna. Verán. ¿Cómo hará un aprendiz de nuestro idioma o un niño en etapa escolar para entender sin dificultad que “ex” no es siempre un prefijo? Pensemos en palabras tales como exención, eximición, execración, etc. Seguramente pensará que se trata del prefijo “ex” y creerá que existen las palabras (otra vez: es decir, los conceptos) “ención”, “imisión” “eración”... En fin. A propósito, ¿me habrán impedido también escribir con tilde “aún” cuando se utilice este vocablo en lugar de “todavía”, diferenciándolo así de los casos en que reemplaza a “hasta” o “siquiera”, como alguno me ha comentado?

tros jurídicos y jornadas notariales donde se trató el tema de la disolución de la sociedad conyugal, siempre se expresó una corriente doctrinaria mayoritaria que, basada principalmente en el texto del art. 1306 del Código Civil, entiende que la sentencia de divorcio pone fin a la sociedad conyugal, dando nacimiento a una masa de bienes integrada por todos los bienes, derechos y obligaciones que, independientemente de quien fue su titular de origen, forman el patrimonio de dicha comunidad surgida del divorcio, la cual es necesario partir. La partición es la que pone fin a esa comunidad y con la adjudicación que de los bienes que la integran hagan los cónyuges, determinará el nacimiento de una nueva relación jurídica con las cosas, por la cual cada titular podrá disponer libremente de las mismas con entera libertad. Concordante con su opinión, expresó que se ha entendido que para disponer de bienes en dicho estado jurídico será necesaria la previa partición de la masa o bien la codisposición de ambos cónyuges del bien en cuestión, por una adjudicación tácita entre ellos.

Una postura minoritaria, agregó, sostenida por juristas también de nota y, dentro de la asesoría -minoritariamente también- por quien esto redacta, entiende que mientras no se lleve a cabo la partición, el poder dispositivo sobre los bienes lo sigue manteniendo el cónyuge titular, y el otro, “meramente”, consiente (he entrecorrido el adjetivo, pues, como se me ha aludido, explicaré luego que, a mi juicio, la participa-

ción del ex cónyuge no titular, tratándose de una donación que lleva a cabo el otro -tanto como la del cónyuge del titular durante la vigencia del matrimonio-, no debería ser así calificada). Para esta opinión, entonces, habiendo el donante adquirido el bien estando casado y pudiendo disponer del mismo, al ofrecerlo en donación, ya divorciado, se podría omitir la previa adjudicación o bien la codisposición del inmueble.

Concordante con su postura, por último, le expresó que a su juicio el padre de la donataria tendría que haber ofrecido el bien en donación y la madre también haber participado del acto co-donando el mismo a su hija, y no, simplemente, haber expresado su asentimiento.

Como el consultante quedó con dudas, se dirigió nuevamente a la asesoría, preguntando concretamente si tenía validez o no el instrumento otorgado por la ex cónyuge del donante, y si tal como le habían contestado era cierto que disuelta la sociedad conyugal los bienes pasan a formar “una masa indivisa”.

IV. NUESTRA OPINIÓN. UNA PRIMERA RESPUESTA PARA ATENDER EL PRIMERO DE LOS INTERROGANTES

A mi entender, el documento otorgado no sólo es válido sino que resultará eficaz para obtener la concreción de la voluntad del donante, de su ex cónyuge y de su hija donataria.

Antes de continuar, en la creencia de

que la lectura podría tornarse un poco más abarcadora y quizá también más amena, es-timo oportuno efectuar una consideración acerca de los conceptos jurídicos a los cua-les acabo de referirme. Así lo haré pues considero que toda ocasión es buena para expresarse, y cuando de cuestiones o con-ceptos jurídicos se trata, no debemos des-aprovecharla, aun con el sabroso riesgo de planear sobre territorios que quedan a pri-mera vista alejados del propósito inicial. Incursionemos entonces. Suelen tomarse como equivalentes validez y eficacia, pero no es así; no son sinónimos.

En primer lugar, si al lenguaje en ge-neral nos referimos, la cuestión de los sinó-nimos no es tan sencilla como parece. Con frecuencia nos encontramos con ellos, con los llamados sinónimos. Constituyen, en nuestro idioma, un recurso del lenguaje que permite dotarlo de variedad y de riqueza. Pero cometería un error quien no advirtiera la sutil diferencia que existe entre dos con-ceptos, entre dos palabras, que, como todas, se refieren a cosas. Ocurre que salvo para los especialistas en gramática -como más de una vez hemos dicho-, la palabra no cons-tituye sólo un vocablo, sino también una significación que va adjunta a él. Es decir que para todo el resto, siempre nos encon-traremos discutiendo sobre significaciones y no sobre palabras. Ello así, porque nos referimos a los conceptos de los que nos ha-bla la vieja lógica, esa que nos enseñaron los griegos inventores. Así, por ejemplo, acabar y concluir son sinónimos, pero existe entre

ellos esa sutil diferencia a la que me referí. Acabar, significa que, bien o mal, la tarea quedó finalizada; concluir, en cambio, tie-ne una extensión mayor en su significado; concluir y conclusión vienen a decir que la operación, el trabajo, la obra, quedó en un todo completada y perfeccionada. Es decir que acabar, puede acabar cualquiera, pero concluir es ya faena más compleja. Hasta donde sé, sólo existen dos palabras que sig-nifican lo mismo: planetoide y asteroide. En los demás sinónimos encontramos siempre esas pequeñas, sabrosas y sutiles diferencias.

Volvamos a los conceptos mencionados: validez y eficacia. El diccionario de La Real Academia Española define “validez” como cualidad de válido y a esta última como “Firme, subsistente y que vale o debe va-ler legalmente”. Del vocablo “eficacia” nos dice: “Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”. Como se aprecia, ya en el lenguaje usadero existe diferencia.

Analicémoslos ahora desde el punto de vista jurídico. Una primera definición de validez debería aludir a que el acto ha sido otorgado conforme con las disposiciones legales. Inmediatamente pensamos en la ausencia de esa cualidad y hablamos de “in-validez”, concepto empleado como equiva-lente al de nulidad. Si bien algunos autores entienden que ello no es lo más apropiado, la mayoría coincide en su utilización indis-tinta. Etimológicamente, nulidad se con-funde con inexistencia, pero jurídicamente hablando, equivale a invalidez.

En cambio, eficacia es un concepto más

abarcativo. A mi modo de ver, Carnelli y Cafaro -dos excelentes juristas orientales- han sido quienes la han definido mejor, afirmando que consiste en la *“culminación de un proceso de configuración lógico-jurídico, que se integra por sucesivas etapas de tal forma encadenadas que cada una de ellas presupone la existencia de una anterior, y que desarrolladas íntegramente permiten su obtención”*. También que *“consiste en la adquisición, modificación, transmisión o extinción de un derecho real o de crédito preexistente en los negocios dispositivos en sentido estricto, o en el surgimiento de una relación obligatoria en los negocios obligacionales”*.³ Así, entonces, ineficacia *“comprende la nulidad o invalidez, pero también abarca situaciones en las que ese proceso de configuración lógico-jurídico del que hablamos, no culmina y, por lo tanto, no surge la relación, modificación, transmisión o extinción de un derecho real. Así ocurre con la caducidad, la rescisión, la resolución, la revocación, la condición, etc.”*⁴

Retomando la afirmación primera (la validez y eficacia del documento en cuestión), no me cabe duda alguna acerca de ellas, lo que así entonces sostengo en el caso, teniendo en cuenta especialmente que la sociedad conyugal ha quedado extinguida por divorcio.

Y digo “teniendo en cuenta especialmente...” pues otra cuestión que habría que analizar detenidamente es si las cosas podrían ser tratadas del mismo modo si al tiempo en que la ex cónyuge prestó lo que denominó su “asentimiento” (o si acaso se

entendiera que dio poder para que otro llevara a cabo el acto en su nombre, al tiempo de la utilización de ese poder) el titular hubiera fallecido. Como puede apreciarse esta situación es independiente del divorcio, quiero decir que el análisis no variaría de haber seguido estando casados al tiempo de la donación. Ya al finalizar volveremos sobre este aspecto.

Cabe agregar ahora que ese poder que a continuación fue otorgado resulta en el caso sobre abundante, porque si la ex cónyuge otorgó su “asentimiento” ningún poder debe agregar para que en su nombre la donataria apoderada haga luego mención de él al aceptar la donación. Dicho “asentimiento” deberá quedar reflejado -si se adopta en modo de redactar las escrituras que considero apropiado- en las constancias notariales (nombro así a la manifestación de la mujer, por ser el concepto utilizado, aunque no concuerdo en absoluto con que -si de donación hablamos- se trate de un simple “asentir” en el negocio de otro).

V. Ahora, un análisis que pretende ahondar un poco en el tema de la administración y disposición de bienes durante la llamada “indivisión post comunitaria”

Expresada la primera consideración a modo de respuesta a la consulta, me parece

³ CARNELLI, Santiago y CAFARO, Eugenio B. “Eficacia contractual”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, págs. 17 y 18.

⁴ Di CASTELNUOVO, Gastón. “El Distracto”. Revista Notarial 919 “Centenario”, pág. 519 a 580.

oportuno aclarar ahora cuál es nuestra opinión acerca del otro tema planteado, que no es otro que la administración y disposición de los bienes “del matrimonio” (de propósito entrecomillado) durante el llamado período de “indivisión post comunitaria”, ya que quizá resulte útil a algunos colegas a quienes, como dijimos al comienzo, tampoco el tema no les haya quedado claro, volver sobre él. Ocurre también que uno suele expresarse con defecto, es decir en forma no precisa y, entonces, podríamos no habernos explicado lo suficientemente bien como para que se comprendan algunas cuestiones que hacen a los principios.⁵

Ello no quita que, como adelantáramos, pueda decir que me sorprende que los autores no se hayan hecho cargo y contestado nuestras reflexiones y observaciones, en forma debidamente fundada, acerca de ésa, su opinión mayoritaria.

Claro que quizá peque yo de una imperdonable soberbia, pues, al punto, algún amigo podría dejarme paralizado diciéndo-

me que no soy quién como para que juristas “de nota” se molesten en contestar mis interrogantes o en criticar mis pareceres, pero como me han comentado que alguno lo ha hecho, aunque más no sea verbalmente, valga el nuevo intento.⁶

La comunis opinio, reflexiona más o menos así, informalmente hablando : “Es evidente que disuelta la sociedad conyugal algo ha cambiado; por lo tanto no puede ser que pueda seguir disponiéndose del modo en que antes se lo hacía”. He entrecomillado la frase pues fue dicha por un jurista de nota, y amigo también, en un intercambio de correos de ese tenor.

Volvamos sobre las palabras ya citadas del colega asesor. En primer lugar nos dice que: “...una corriente doctrinaria mayoritaria que, basada principalmente en el texto del art. 1306 Código Civil, entiende que la sentencia de divorcio pone fin a la sociedad conyugal...”. Comencemos por decir que la doctrina mayoritaria no “se basa principalmente” en este artículo. Por otra parte, de

⁵ A propósito de esta referencia, me parece oportuno señalar que asistimos perplejos a que cada vez con más frecuencia los jueces fallan según su parecer, olvidándose de los principios. Como ha dicho el Maestro López de Zavalía, lo que está realmente en juego es la concepción que se tenga sobre el valor de las leyes. “Bienvenidas las construcciones en base al ensamble armónico de los textos, y la prudente interpretación dentro de su elasticidad, pero cuando se llega, como algunos llegan, a tener múltiple artículos como no escritos, o a corregirlos en su letra -sin otra razón que el adecuarlos a las consecuencias que se buscan- nos parece que se entra en una peligrosa pendiente que concluirá por dejarnos sin leyes, y que reemplaza la justicia en la que el legislador pensó, por la justicia que piensa cada autor. Sostenemos que lo primero que debe perseguirse es comprender lo que la ley quiere sin pretender que sólo puede querer lo que el intérprete quiere.” Teoría de los contratos, 3ª edición, Víctor P. de Zavalía S. A., Buenos Aires, 2000, Tomo 2, pág. 409, nota 2.

⁶ Con amigos así, recuerdo y cito nuevamente (se me disculpará algún error pues escribo al modo de los románticos, es decir sin el texto a la vista) las palabras del tan talentoso como ocurrente escritor, Don Camilo Cela, quien dedica una de sus novelas más famosas así: “A mis enemigos, a quienes tanto les debo...”. Interesante...

su lectura no podría entenderse otra cosa ya que no cabe duda acerca de que dictada la sentencia de divorcio la sociedad conyugal queda disuelta. ¿Que nos queda por agregar sino afirmar esa certeza? Las palabras utilizadas por el legislador son más que claras y no dan lugar a interpretaciones caprichosas. Pero agrega a continuación que a partir de la disolución debe codisponerse porque ahora se ha formado “una masa de bienes integrada por todos los bienes, derechos y obligaciones que independientemente de quien fue su titular de origen, forman el patrimonio de dicha comunidad de bienes surgida del divorcio”. Nada dice el artículo citado sobre esta afirmación.

Entiendo que la opinión mayoritaria funda en rigor su opinión, entre otras consideraciones, en la remisión que hace nuestro Codificador en el artículo 1313, quien para el caso de disolución de esta mal llamada “sociedad conyugal”, dice que “Disuelta la sociedad (...) se procederá al inventario y división de los bienes como se dispone en el libro 4° de este código, para la división de las herencias”. Pero adviértase que donde he colocado puntos suspensivos, continúa diciendo “por muerte de uno de los cónyuges”. Mal podría indicar otro procedimiento pues ante el fallecimiento de una persona existen normas que indican consecuencias y procedimientos especiales. Allí sí se forma una

“masa”, se “mezcla” el patrimonio, excepción hecha de lo normado en cuanto a los privilegios de algunos acreedores.

Permítase disentir, con el debido respeto. Nada más alejado de las normas que rigen la materia es que producido el divorcio “se forme una masa de bienes”. El concepto “masa” nos lleva inmediatamente a pensar en una mezcla, en un conjunto⁷. Jurídicamente hablando nos indica claramente que esos bienes, antes pertenecientes a dos entidades separadas y distintas, formarían una sola cosa. No es así, en modo alguno.

Mi amigo agrega más, y dice: “*A fin de no tener observaciones futuras de interpretación, me inclino no sólo por coincidir con la opinión mayoritaria, sino también para evitar las ulteriores que pueda tener el título, que se instrumente la donación codisponiendo ambos cónyuges divorciados.*”

“A fin de no tener observaciones...”, no es poca afirmación. Ya estamos hablando de eventuales observaciones en el devenir del título. Como siempre he dicho, los principales ataques a nuestros títulos provienen de la propia tropa.

Veamos. Comencemos por decir que desde ya, tratándose de una cuestión de Derecho, debemos en primer lugar ver cuál es o cuáles son la o las normas aplicables al caso. Así la mayoría tiene en cuenta la remisión que efectúa el Codificador en el artículo citado. Pero ocurre que esa norma

⁷ Así lo define la Real Academia, en su segunda acepción: “Mezcla que proviene de la incorporación de un líquido a una materia pulverizada, de la cual resulta un todo espeso, blando y consistente”, y si sociológicamente habláramos, nuestra memoria nos traería el concepto al que el Maestro Ortega se refiere en su tan famosa como incomprendida -por una inmensa mayoría- obra “La rebelión de las masas”.

se refiere sólo al supuesto de muerte de uno de los cónyuges; por lo demás, aunque así no estuviera limitada, una directiva no puede ser tomada aislada de otras y de todo el ordenamiento que en la materia rige. Nuestro código es un cuerpo único y así debe aprehendérselo.

Pensemos en un ejemplo a mi modo de ver más que esclarecedor. Si un intérprete leyera el artículo 3270 y con él juzgara un caso determinado (por ejemplo la venta realizada por un apoderado del titular a quien a la fecha ya le hubiera sido revocado el poder) iría por muy mal camino, pues esta norma estuvo desde siempre limitada, restringida y “puesta en caja” por otras que deben ser tomadas en cuenta para juzgar el caso del que se trate. Y no se me diga que pertenece a la redacción originaria del Codificador (al que antes de analizar, suponen apegado sin excepción a la máxima latina formulada por el más grande jurista que a mi juicio haya habido, Domizio Ulpiano, que dice: *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*, que, como sabemos, traducida a la lengua de Cervantes,

quiere decir que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o mayor que el que tiene) y que lo que ocurre es que allí quedó, un poco olvidada sin alteraciones, pese a las modificaciones que el ordenamiento fue sufriendo. No, en modo alguno, no es así. Las normas sobre el mandato aparente, el heredero aparente, sobre la demencia y tantas otras que protegen al adquirente de buena fe y a título oneroso (en fin, la denominada “Teoría de la apariencia”), estaban ya en esa redacción originaria de Vélez (es decir cuando al artículo 1051 no se le había agregado el último párrafo por la ley 17.711) y felizmente siguen hoy allí, pues no debe olvidarse, para repetir una vez más sabias palabras cuyo contenido y concepto parecen con frecuencia olvidarse, que *“Todo transmite en él (en nuestro código civil) la protección que para la ley merecen terceros así, que representan el interés general, la firmeza y seguridad de las relaciones jurídicas (...) De otra suerte la circulación de los valores, que es todo un postulado de la ley, se encarece y se restringe, lo que no puede ser de buen derecho”*.⁸ Como dice una colega que me es afín: *“Hay que ver el conejo”*.⁹

8 COLMO, Alfredo. De su voto en “Viero v. Bonahora”, Cámara Civil Iera. de la Capital, del 12/08/1927. J.A., XXV, 926 a 931.

9 En todo análisis jurídico deben tenerse en cuenta, y en ocasiones hasta vislumbrarse, los tres elementos necesarios que integran el orden jurídico: el hecho, el valor y la norma. A propósito de ello, se preguntarán qué es eso de “ver el conejo”. Pues bien, todos habrán visto alguna vez unas láminas en las que se repiten, al estilo minimalista, pequeños dibujos, todo iguales o prácticamente así, de distintos colores o tonos, en los que la tarea (por así llamarla) consiste en “ver” un dibujo que allí está “encerrado” o semioculto. Acostumbrados como estamos a ver sin mirar, el dibujo no nos aparece a primera vista. Esta amiga, hace años, compró un cuaderno de esas láminas y permaneció un breve tiempo en la primera pero no podía ver la figura oculta. Perpleja, se la enseñó a su pequeño hijo y le preguntó: ¿Qué ves, Cristóbal? y el niño, al instante, le contestó: “Un conejo,

Nótese, además, que no se trata de una disquisición inconducente. Por mi parte, no tengo duda alguna acerca de que hasta tanto no se parta el patrimonio de la mal llamada sociedad conyugal (tan mal así llamada, que -salvo las excepciones legales a las que en seguida me referiré- recién nace verdaderamente cuando estamos preparando sus funerales, ya por divorcio ya por el real funeral de uno de sus miembros) cada uno “sigue” con lo suyo (se me permitirá este vulgarismo) bien que con ciertas restricciones (art. 1277 del Código Civil).

A propósito de la “sociedad conyugal”, como dijimos en aquél trabajo ya citado: *“Cabe preguntarse: ¿qué sociedad es ésta, donde no existe una responsabilidad patrimonial común y solidaria de ambos cónyuges con respecto a las deudas de cualesquiera de ellos durante la vigencia del matrimonio? ¿Qué sociedad es ésta, donde desaparece la unidad de administración y disposición, sin que se la reemplace por un sistema de administración y disposición común a todos los bienes independientemente de*

su titularidad? ¿Qué sociedad es ésta, donde no existe haber social y sí, dos masas de bienes gananciales que se confunden e integran el respectivo patrimonio de cada uno de los cónyuges (el titular)? ¿Qué sociedad es ésta, donde el haber pseudo-común sólo puede ser administrado por el cónyuge titular?”

Para quienes sostienen -devenido el divorcio- la formación ipso iure de una sola masa, pondré un simple ejemplo: Supongamos que uno de los cónyuges tenga uno o varios acreedores no privilegiados. Pues bien, ¿tendrán ellos, acreedores del marido, por ejemplo, que presentarse en el expediente de divorcio, como lo harían en el sucesorio, y dirigirse también contra la ex cónyuge de su deudor para cobrarse sus créditos? No. Le ejecutarán alguno o varios de sus bienes si no les paga. Quisiera saber qué puede a ellos o al juez importarle la opinión de esa ex. Si, como sostienen, se tratara de una copropiedad, de un condominio o de cualquier otra figura jurídica que tuviera similares características, mal podría orde-

mamá”. Así, cada lámina ocultaba una silueta, un conejo aquí, un rostro allá, etc. Pues bien, de esto trata la tarea del intérprete, de “ver” el conjunto todo, de “entrevé”, cuando la norma no es clara, lo que el legislador ha querido decir y no quedarse sólo con ella, con una norma aislada, la que, falta de su complemento, de lo que otras dicen, queda así mutilada en su verdadero alcance. Pero ocurre que no todos pueden -o acaso no quieren- ver el conejo. A quienes les ha sido dada la fortuna de verlo rápidamente (para lo cual esa mirada de niño resulta muy útil) debemos recurrir, pero, claro está, no es sencillo aceptar la propia incapacidad. Ninguno de nosotros nos ofenderíamos si nos dijiesen que no jugamos al fútbol como Maradona o, para aggiornarnos, como lo hace la pulga Messi, pero ¡cuidado! que no se les vaya a ocurrir decirnos que lo que nos sucede es que no vemos el conejo. ¡No nos ofendan! ¡No nos discriminen! Pero resulta que discriminar, en su primera acepción, significa “seleccionar excluyendo”, lo que no es nada malo. ¿Podría acaso ofenderme porque fui discriminado y no me convocaron para integrar el seleccionado de fútbol? No, lo bien que me discriminaron pues nunca tuve llamativas cualidades para jugar al calcio y, convengamos, aun (aquí sí, sin tilde) habiéndolas tenido, ya no tendría edad para el convite. Eso sí, con o sin ofensa, no dejemos de hacer un esfuerzo para ver el conejo...

narse la ejecución contra ella y el juez despojarla para que el acreedor del marido cobre su crédito. Nótese la diferencia con la comunidad hereditaria.

Continuemos con ejemplos. Si minutos antes de autorizar el acto de “codisposición” (recordemos que hablamos de un bien ganancial de titularidad de uno de los ex cónyuges) el notario recibiera un oficio judicial por el que, como consecuencia del accionar de un acreedor del titular de dominio, Su Señoría le ordenara retener el total del precio de la venta, ¿de qué “codisposición” me pueden hablar con respecto al no titular? ¿Seguiríamos diciendo que el no titular codispone? ¿Que vende “algo” (no hablemos por el momento de “su mitad”) a cambio de nada? Pues entonces no codispone. Simplemente, la expectativa ganancial que tenía sobre ese bien habría quedado volatilizada, pues el hecho de que la sociedad haya quedado ya disuelta no implica que los patrimonios se hayan mezclado. No, por el contrario, siguen bien separados hasta tanto queden satisfechos los créditos de los acreedores de uno y otro (bien que de aquellos que hicieron valer sus derechos) y se lleve a cabo luego la partición. Antes de que a alguno se le ocurra, no haría falta decir -pero así lo hago por precaución y defensa- que existen supuestos en que uno de los cónyuges o de los ex responderá por las deudas del otro, supuestos a los que se refiere el art. 1275 del Código Civil, norma que, por lo demás, no está exenta de discusiones doctrinarias acerca de su sobrevivencia o, en todo caso, la de

alguno de sus incisos, luego de las modificaciones introducidas por la ley 17711, tema en el que obviamente no entraremos aquí.

Como puede apreciarse, muy distinta es la situación que se da en el divorcio de la que ocurre ante el fallecimiento de una persona. En este supuesto existen normas claras que imponen un proceder especial.

Ocurre que disuelta la sociedad por divorcio, continúan subsistiendo los dos patrimonios perfectamente diferenciados, como antes lo estaban y con sus características, sin perjuicio de que algunos sean propios y otros gananciales.

Es que la ganancialidad no constituye ninguna forma de copropiedad. Para que ésta pueda surgir debe existir una norma que lo establezca. Tengamos presente que un estado de propiedad deviene en copropiedad por sucesión (art. 3262 CC). Entonces, si la disolución se produjo por fallecimiento, resulta clara la remisión del art. 1313 a las normas sobre indivisión hereditaria. En cambio, cuando hay o hubo divorcio no existe norma alguna que permita suponer ese estado de indivisión sucesoria ipso jure.

Tengamos también presente el artículo 3265 del mismo código: “Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones). Pues bien, si hablamos de divorcio no estamos frente a una sucesión. Habla de excepción, pero sólo de una: el caso del fallecimiento.

Ocurre que ante el divorcio no se produce ninguna indeterminación de la titularidad sobre los bienes, ya que no irrumpen en la escena otros titulares que el existente al momento de la disolución, lo que no sucede ante la muerte de uno de los cónyuges.

Así las cosas, no puede afirmarse que el divorcio cambie la titularidad originaria de esos bienes. Creemos que no se entiende que el art. 1315 concede “un derecho a los gananciales” y no “sobre ellos”. Este derecho, que tiene el cónyuge no titular en expectativa, durante la vigencia del matrimonio, sólo se materializará con la partición, siempre y cuando quede algo para partir, porque puede que no sea así, una vez satisfechos los créditos de los acreedores de cada uno. Estas relaciones que crea el artículo son “en comunidad” y no “de comunidad”. Son internas y no externas, salvo ante el fallecimiento, pues en ese caso lo impone la ley como excepción.

El art. 1299 del mismo cuerpo legal dice claramente que la mujer y el marido recibirán los bienes que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad. Dice “recibirán” y dice “liquidada”. Habla entonces de un futuro, léase de lo que sucederá después de la operación de partición. Se habla sin meditar, sin detenerse en lo que se lee y en lo que se dice. Lo hemos visto cuando de juzgar títulos provenientes de donaciones a extraños se trata. Nos hablan allí del “futuro y eventual ejercicio de la acción de reducción”. Pues bien, también allí se habla de un “futuro” con el agravante

de que, obviamente (pues no les queda otra), deben referirse a la eventualidad, es decir a algo que por definición no se sabe si ocurrirá, todo lo que no puede ser visto como “motivos fundados de ser molestado por reivindicación”, en los términos del artículo 1425. Así suponen con sorprendente liviandad que la anciana señora soltera “pudo” haber tenido hijos, etc. Y sí, si mi abuela viviera, estaría viva, pero no lo está. No puede el Derecho basarse en presunciones cuando de adquirentes de buena fe y a título oneroso se trata. Pero esta es otra cuestión. Regresemos prontamente.

Resulta curioso esto otro: muchos autores -pertenecientes a esa opinión mayoritaria- hablan de administración separada durante este período de “indivisión” pero sustentan al mismo tiempo la gestión conjunta para la disposición. Resulta entonces que la distinción lo es sólo para la disposición, pues si de administración hablamos, continúa haciéndolo el titular; curiosa copropiedad, condominio o como quiera denominársela, en la que puede administrar uno solo de sus propietarios.

Nos parece, entonces, que es imprescindible distinguir las causales de disolución de la SC.

Además, suele ocurrir que en la práctica muchos “ex” continúan administrando y disponiendo de su patrimonio como lo venían haciendo vigente la sociedad. Claro que la mayoría “reparte” cada cosa a modo de particiones parciales hasta la definitiva o final, si la realizan. En estos casos, me pa-

rece prudente -y también así lo aconsejo- partir el bien del que se trate por mitades o como fuera (creándose entonces sí un condominio, con los necesarios “título” y “modo”) para que luego ambos dispongan de su parte o codispongan del todo.

Sin embargo, agrego que nada impide que pueda también disponer el titular, con el asentimiento del otro, y luego partir el producido de la operación, ajustadas que sean las cuentas pendientes, si las hubiera.

Otra cosa distinta es que aún cuando el no titular siga “asintiendo”, elementales reglas me harán solicitar el certificado de anotaciones personales por él o ella para proteger a sus acreedores y al adquirente, pues si no estaría facilitando un probable fraude y, de ser así, el acto les será inoponible a aquellos.

Trataré de explicarme mejor. Ese derecho en expectativa que tenía el cónyuge no titular de “tomar” ahora para sí la mitad (o lo que quede de un bien determinado, previo pago de las deudas del titular) ahora puede concretarse. Resulta entonces más que atendible el interés de cualquier acreedor del no titular de que esa expectativa no se diluya con la complicidad del otro ex cónyuge.

Permítaseme el mismo ejemplo que hemos dado en otra oportunidad y que así imagino con el único ánimo de sonreírnos un poco, ya que para estar serios basta con leer los diarios y salir a la calle cada mañana: “Mirá querido, mejor no partamos, disponé vos de la casa que compraste cuando nos casamos, con mi asentimiento (claro

que no te firmo nada si no me llevo mi mitad) pues como no le pagué a la cosmétologa, a mi modista y tampoco al jardinero, me están ejecutando los pagarés y ya me inhibieron...”

Para finalizar, me alegra que, cuando menos, se mencione que existe una minoría que, por lo tanto, no coincide con la mayoría. Hasta donde conozco, entre los tratadistas, sólo el Doctor Eduardo Zannoni entiende así las cosas. Nos abriga el cálido sentir de comprobar cada día que la mayoría no siempre tiene la razón. Es más, si de otros temas habláramos, esto sería una hipótesis casi demostrada, pues a diario apreciamos que la mayoría suele no tenerla. Me imagino a “la mayoría” opinando sobre la teoría de la relatividad o sobre la fusión nuclear, ya que como bien sabemos, si de opinar se trata, “la mayoría” a nada le teme (mientras están todos juntitos, claro) y a todo se atreve, pero, claro, entraríamos así en un tema arduo y polémico, del que mejor huir con ágil tranco.

Reiteramos que nos parece imprescindible distinguir las causales de disolución de la SC.

VI. La naturaleza de la conformidad de la mujer (léase hoy del cónyuge no titular) en la donación. Asentimiento y consentimiento

La necesidad de la “conformidad” de la mujer para que el marido pudiera donar bienes raíces del matrimonio, estaba ya en nuestro código desde su nacimiento. Vélez la denominó “consentimiento”. Así, el art.

1807, inc. 2, decía (y sigue allí) que “No pueden hacer donaciones: (...) 2º. El marido sin el consentimiento de la mujer...”. Creo que utilizó un vocablo acertado pues en el lenguaje usadero “consentimiento” significa “permitir algo o condescender en que se haga”, a diferencia de “asentir” que la Real Academia define así: “admitir como cierto o conveniente lo que otra persona ha afirmado o propuesto antes”.

Ahora bien, luego del agregado al art. 1277, la doctrina, sin excepción hasta donde conocemos¹⁰, manifiestan que el consentimiento del 1807 pasó a ser un supuesto más del asentimiento que en general exige ahora el artículo reformado. No me parece que puedan compararse ambos actos. Asentir en un acto de disposición a título oneroso que realiza el marido (obviamente, debe ahora entenderse que nos referimos a cualquiera de los cónyuges), no tiene la misma naturaleza que el consentimiento para que lleve a cabo una donación. Ocurre que cuando el no titular “asiente” para que el otro lleve a cabo una compraventa, por ejemplo, está prestando su conformidad, a sabiendas que de la masa de bienes del titular “sale” un bien a cambio del ingreso de otro (dinero, en el caso) sobre el que continuará la expectativa ganancial. No se me diga que ese dinero en el bolsillo del esposo,

por ejemplo, no es pasible de control, pues esa es otra cuestión. Lo mismo ocurre en una permuta, en una cesión, etc., y, de otro modo pero de igual significado económico, en una dación en pago.

Recuerdo haber conversado de este tema, por primera vez, con Luis Llorens (amigo solidario en el cruce a la otra orilla) hace ya muchos años al finalizar una reunión del Comité de redacción de Revista Notarial, cuando era su Director nuestro común amigo Claudio Solari del Valle. Fue Luis quien reflexionó así, planteándome esta distinción entre ambos conceptos, y me convenció rápidamente. Pasó el tiempo pero los autores no se han detenido en esta cuestión, pese a que la distinción ha sido publicada.

Para dar un ejemplo que lleve agua a nuestro molino, pensemos en que ante la falta de asentimiento para la venta de un inmueble, el titular recurre al juez, le demuestra la ventaja económica para la familia y este le da la venia supletoria. Supongamos ahora que la venia la solicite el titular para donar el mismo inmueble. ¿Creen ustedes que la resolución de Su Señoría podría ser la misma? Pues bien, creo que no, que no lo será. Sólo podríamos imaginar muy especialísimas causas que podrían motivar el acto y llevar al juez a darla. De hecho, los únicos casos de los que hemos tenido no-

¹⁰ Lamentablemente olvidé sacar a relucir el tema con mi tardío Maestro, Don Fernando López de Zavalía, en las amenas charlas que compartimos cuando me obsequió su amistad, pues mucho me hubiera gustado escuchar las reflexiones del -a mi juicio- más grande jurista vivo que conocí. O bien efectivamente estaba convencido de que aquél antiguo consentimiento pasó a ser un supuesto más del artículo 1277 o, con el debido respeto por su autoridad jurídica, me animo a pensar (o quiero creerlo) que quizá no se detuvo a analizar la cuestión.

ticia, esa venia supletoria fue dada pues se trataba de bienes adquiridos por el titular después de probada su separación de hecho y ante la ausencia del otro cónyuge.

Lo que ocurre, entonces, es que cuando el no titular consiente en una donación, está renunciando a la expectativa ganancial que sobre ese bien tenía. De allí que cuando redactamos donaciones de un bien de titularidad de uno sólo de los cónyuges y a continuación la constitución de usufructo a favor de ambos (para poder otorgar el derecho de acrecer), es decir la donación del inmueble por parte del padre, por ejemplo, y la donación del usufructo por parte de su hijo donatario a favor de ambos padres, lo hacemos de forma condicionada, tanto la donación primera como el consentimiento del no titular (“El señor XX DONA a su hijo, condicionado a la donación del usufructo a su favor y al de su cónyuge”, y ella “consiente también en forma condicionada a la donación del usufructo, renunciando así a la expectativa ganancial que sobre el bien tenía...”).

Creemos que con este razonar demostramos que asentir en un acto oneroso no es lo mismo que consentir en uno gratuito.

VII. La particularidad del caso en consulta

Al comienzo dije que volvería sobre la cuestión de si las cosas podrían ser tratadas del mismo modo si al tiempo en que la ex cónyuge prestó lo que denominé su “asen-

timiento”, el titular hubiera fallecido.

En otra oportunidad dije que el no titular podía prestar ese “asentimiento” aun luego del fallecimiento del titular donante. Así lo pensé pues acerqué, como lo hizo el Codificador, la donación al testamento, teniendo presente aquello de que “quien en vida quiso donar a fortiori quiso legar”. Se trataba, además, de una consulta, es decir de un documento ya otorgado, al que quería “salvar” de algún modo, contando con algún argumento para hacerlo y no advirtiendo perjuicios.

Ahora me permitiré agregar que la cuestión no es simple. Obvio resulta decir que esa frase a la que acabo de referirme (... a fortiori quiso legar) nos enseña parte del difícil concepto de donación y desde ya explica el porqué la donación puede ser aceptada aún después de sobrevenir la incapacidad o la muerte del donante, lo que no ocurre en ningún otro contrato.

Pero, acerca de la consulta, podríamos también razonar de otro modo. Por ejemplo, pensar en que de no haberse producido el divorcio y la sociedad haberse disuelto por fallecimiento al tiempo en que la mujer prestó lo que calificó como asentimiento, la situación habría mudado, y decir que una vez fallecido el donante, estando pendiente la aceptación, la mujer parece ya no ser titular del mismo derecho que antes tenía. Podríamos agregar, continuando este camino, afirmando que en vida del cónyuge titular de un bien, el otro tiene una expectativa ganancial a la que tiene el derecho de

renunciar (es decir renunciar a la inclusión de ese bien en la liquidación de la sociedad conyugal) consintiendo su donación, pero que producido el fallecimiento del titular, el otro ya no tiene más esa expectativa y ese derecho a renunciar a la inclusión del bien en la liquidación de la sociedad conyugal, simplemente porque esa expectativa se ha concretado y el derecho a ese bien o a lo que de él quede, liquidada las deudas del causante, ya está incluido en ese patrimonio. Así sólo quedaría al no titular la posibilidad de ceder ese derecho, onerosa o gratuitamente (es decir, en este último caso, donarlo, tomando el concepto en su sentido amplio) cuestión que no es la misma que renunciar a su inclusión en la liquidación.

Quedará, como tantos otros temas, para el análisis doctrinario que da para tantos pareceres como autores.

Sin embargo, no debe temer el consultante -que busca un dictamen o un consejo “práctico” y, especialmente, la seguridad en lo que se le dice- encontrarse con que en alguna ocasión reciba por respuesta distintas opiniones (que ocasionalmente vemos en las “interconsultas”) que hasta pueden resultar contradictorias o quizá también el interrogante que se formula el propio asesor, pues este puede ser el resultado de un análisis de quien hinca el bisturí un poco más profundamente que lo habitual en la cuestión planteada y la duda se presenta.

Claro debe quedar -como diría mi maestro Ortega- que de las elucubraciones que podrán parecernos inútiles, de esa propensión a gastar esfuerzo en lo superfluo, ha nacido cuanto en el mundo podemos hallar de respetable, incluidos los inventos que benefician luego a todos, inclusive al mediocre mercader que suele criticarlas.

COMENTARIO

Estimado Gastón:

Comparto tus conclusiones sobre el estado de indivisión comunitaria, que en el supuesto de muerte, se diferencia sustancialmente de la indivisión post comunitaria por divorcio, dado que en este último supuesto continúa la separación de responsabilidades (perdura la aplicación de los arts. 5 y 6 de la ley 11357) y por otra parte, la transmisión de los bienes son por causa totalmente diversa, dado

que la primera es “mortis causa” y la otra inexistente. No hay acto traslativo entre los cónyuges por divorcio, dado que la adjudicación por partición, es producto de un reconocimiento de propiedad, dividido en masas durante el matrimonio y actualizado internamente, desde el divorcio.

Recuerdo que en la primera etapa de la Asesoría, vino a verme un abogado muy enojado, porque yo decía que no era ne-

cesario declarar los bienes en el juicio de divorcio y que los cónyuges podían hacer la partición parcial o total o transmitir para dividir el dinero.

Y entonces, como réplica me dijo, ¿y donde queda la remisión al título de la herencia?

Y yo le dije que en el procedimiento partitivo, pero sin transmisión, porque los cónyuges, ya eran dueños de lo que disponían, a pesar de la división en masas.

En cambio, en la comunidad por muerte, la propiedad era del causante, y los herederos debían recibirlo por partición, mediante la transmisión “mortis causa”

Es entonces evidente la diferencia entre uno y otro procedimiento, y comparto totalmente el criterio de ZANNONI, que esta tomado del derecho Italiano en la interpretación de BARBERO.

Eso no quita de la validez de adjudicaciones que se hagan en acto de codisposición, porque las partes, presentes y capaces utilizan un procedimiento en el que trasciende el nuevo estado de los bienes, por su propia declaración.

El único recaudo, con relación a los terceros, es asegurarse para partir, de que ambos están libre de inhibiciones.

El tema lo tengo desarrollado en el Capítulo III de la nueva obra Derecho Civil Aplicado y en su momento me lo publicaron en los libros de la Academia de Derecho de Córdoba, en el Homenaje a los Congresos de Derecho Civil que allí se realizaran.

Por tanto, estoy totalmente de acuerdo con tus conclusiones.

Rubén Augusto LAMBER

4. COMPRAVENTA ■■■

por Ruben Augusto LAMBER

SUMARIO

1. CONCEPTO. 1-1. Diferencia entre convención y contrato. 1-2. Título, modo y publicidad registral. 2. IMPORTANCIA. 2-1. La autonomía de la voluntad. 2-2. La intervención estatal. 2-3. El marco del negocio. 3. CARACTERES. 3-1. Bilateral. 3-2. Consensual. 3-3. Conmutativo. 3-4. Oneroso. 3-5. No formal. 3-6. Excepcionalmente aleatorio. 4. DIFERENCIAS Y ANALOGÍAS CON OTRAS FIGURAS. 4-1. Con la permuta. 4-2. Con la locación de obra. 4-3. Con la dación en pago. 4-4. Con la cesión de créditos. 5. EL PROBLEMA DE LA CALIFICACION DEL BOLETO DE COMPRAVENTA. 5-1. Sobre su naturaleza. 5-1-1. Contrato definitivo. 5-1-2. La escritura de transmisión. 5-1-3. Su evolución terminológica. 6. CAPACIDAD. 6-1. Las excepciones. 6-2. El art. 1358. 6-3. El art. 1359. 6-4. El art. 1361. 6-5. El art. 1360. 7. VENTAS FORZOSAS. 7-1. Cuestión terminológica. 7-1-1. La expropiación. 7-1-2. Obligación de vender por convención o testamento. 7-1-3. Cosa indivisible. 7-1-4. Ejecución judicial. 7-1-5. Administrador de bienes ajenos. 7-2. Conclusión sobre la terminología: transmisión forzosa. 8. LA COSA VENDIDA. 8-1. Concepto de cosa. 8-2. Cosa futura y su vinculación con el álea. 8-3. Cosa cuya enajenación es prohibida. 8-4. Cosa ajena. 8-4-1. Carácter de la nulidad. 8-4-2. Ratificación. 8-4-3. Convalidación. 9. EL PRECIO. 9-1. Cierta. 9-2. Serio. 9-3. En dinero. 9-3-1. Limitaciones al pago en efectivo (Leyes 25345 y 25413) 9-3-2. El ajuste del precio. 10. LA RELACION DE LA COSA CON EL PRECIO. 10-1. Para los muebles. 10-2. Para los inmuebles. 11. CLAUSULAS ESPECIALES. 11-1. Con motivo de la prehorizontalidad. 11-2. Frente a las nuevas formas de dominio. 11-3. Arbitraje, mediación y cláusulas de revisión. 12. MODALIDADES. 12-1. La condición. 12-1-1. Suspensiva. 12-1-2. Resolutoria. 12-1-3. Conclusión. 12-2. Pacto comisorio. 12-3. Bajo reserva de dominio. 12-4. Pacto de retroventa. 12-5. Pacto de reventa. 12-6. Cláusula de poder arrepentirse. 12-7. Pacto de preferencia. 12-8. Pacto de mejor comprador. 12-9. Bajo sujeción a ensayo o prueba. 13. Obligaciones de las partes. 13-1. Obligaciones del vendedor. 13-2. Obligaciones del comprador. 14. Técnicas y métodos de venta. DE ASISTENCIA DE ASAMBLEAS DE ACCIONISTAS .C) LA RÚBRICA DE LIBROS EN LA DIRECCION PROVINCIAL DE PERSONAS JURIDICA.

I. CONCEPTO

Un concepto vulgar nos permitiría decir que la compraventa es el cambio de una cosa por una suma de dinero, pero en la medida que ahondemos en la interpretación del mismo, deberemos precisar qué

es la cosa, qué es el dinero y cuáles son las obligaciones que genera.

1-1. Diferencia entre convención y contrato. Como el concepto tiene una proyec-

ción histórica, nos remontamos primero al derecho romano, para recordar –como sostiene ARGÜELLO– que la compraventa es “La convención, por la cual una de las partes (vendedor), se obligaba a transmitir la posesión de una cosa y asegurar su pacífico goce, en tanto la otra, el comprador (emptor), asumía la obligación de entregar en propiedad un precio en dinero” (Luis Rodolfo ARGÜELLO, Manual de Derecho Romano, Ed. Astrea, Bs.As. 1979)

De este modo agregamos a la cuestión, dos nuevos elementos como son la “convención” y la “tradición”

Al referirse a la “convención” nos está dando un concepto muy amplio, dado que como dice la nota al art. 1137 del CC, “todo contrato es una convención, pero no toda convención, aunque tenga efectos civiles es contrato” porque según decía DURANTON, citados en la misma nota, la convención abarca todos los pactos particulares, aunque por otra parte AUBRY y RAU parece invertir los términos cuando define la convención como el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, mientras que el contrato es la convención en que las partes se obligan a una prestación cualquiera.

Siguiendo a SPOTA en nuestro derecho, desentrañamos la diferencia entre “convención” y “contrato”, en que en el último supuesto nos enfrentamos con un acto jurídico bilateral o plurilateral y patrimonial, en que “formulan una declaración de voluntad común, con directa atención a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones” (SPOTA, Alberto Gaspar, “Instituciones de Derecho Civil”,

Contrato, Vol. I, Ed. Depalma, Bs.As. 1981, pág. 16/17), mientras que la convención, si es simple, es un mero acuerdo que no da origen a una coacción jurídica, y si es una convención jurídica, puede ser intercambiable con el contrato cuando se desenvuelve en el campo patrimonial, pero se distingue del mismo, si es extrapatrimonial, como el matrimonio, los esponsales, la adopción cuando se celebrara entre mayores de edad, etc.(Ob. tº y pág. citada)

Partiendo del principio en el campo patrimonial, SPOTA considera –a diferencia de la doctrina tradicional argentina, que son “convenciones o contratos” la transacción, la compensación voluntaria, el pago por subrogación convencional, la renuncia o remisión de derechos, el pago por entrega de bienes, y en el propio reconocimiento del código, la cesión de créditos, a pesar de que no surge una obligación nueva, sino que pasa de un titular a otro. (SPOTA, Ob. y tº cit., pág. 19)

Nuestro codificador estableció en el art. 1137 que “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”, con lo que estableció una primera diferencia con el derecho romano al considerar a la compraventa contrato, dado que ya no eran dos voluntades unilaterales, o como dice ARGÜELLO, dos estipulaciones, una para fijar las obligaciones del comprador, otra para las del vendedor (Ob. y pág. cit.) que con el tiempo configurará el contrato de compraventa pero de carácter consensual, que se perfecciona con el solo acuerdo, sin

que se produzca el nacimiento de un derecho real, que era producto de la mancipatio, *in iure cessio o traditio*.

Así heredado por nuestro derecho, la definición de compraventa en el art. 1323 es consensual, y el derecho real nace con la tradición, como resulta del art. 577. De este modo, aquella definición vulgar de compraventa con que comenzamos este capítulo, tiene recepción en términos más precisos en el art. 1323 cuando establece que *“Habrá compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero.”*

La división entre “compra” y “venta” parece contradecir la definición de contrato (voluntad común) del art. 1137, y traer las dos estipulaciones del derecho romano, según la cual uno se compromete a entregar la cosa y la otra el dinero, al modo de dos tradiciones simultáneas, pero que como sostiene BORDA, no es así, por cuanto en ese trueque no se agotan las obligaciones de las partes: el vendedor tiene que responder por evicción y el comprador por la moneda entregada, con lo cual estamos ante una declaración común, que genera obligaciones apuntaladas unas sobre las otras, teniendo carácter conmutativo, además de oneroso, porque es de su naturaleza “que los valores intercambiados (cosa y precio) sean aproximadamente equivalentes” (BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil, Contratos, Ed. Perrot, Bs.As., 1961, Tomo I, pág. 14)

1-2. Título, modo y publicidad registral.
Pero además de las obligaciones que resul-

tan del contrato, que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, conformando el “título”, se necesita para adquirir el derecho de propiedad —como ya se anticipa— del “modo”.

En el primer supuesto, título como equivalente a causa de la obligación. Siguiendo a FREITAS, nuestro codificador —señala ZANNONI— advierte que la causa equivale al título de la obligación conforme al art. 870 del Esbozo, de lo que se deduce que *“No hay obligación sin título. . . sin un acto o un hecho que le sirva de antecedente o que le dé nacimiento”* (En Código Civil y leyes complementarias, bajo la dirección de Augusto C. BELLUSCIO, tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As. 1979, pág. 539)

Recuerda ZANNONI, la utilización de la expresión en ese sentido en artículos como el 1267, 2602, 2355 o 4010, de los que merece rescatarse fundamentalmente el art. 2602 al disponer que la *“La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio”*

Y así aparece el modo que en nuestro derecho está representado por un acto jurídico bilateral, (art. 946 CC) reflejado por el art. 2377: *“. . . Habrá tradición cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese”*

Y esa entrega es material, sin que por ello requiera *“formalidades especiales ni fórmulas sacramentales, como se exigió en algunos estadios de la evolución del derecho romano”* (SIPERMAN, Arnoldo, “La tradición traslativa del dominio” en Cuadernos del Centro de Derechos y Ciencias Sociales, Ed. Perrot, Bs.As. 1962, pág. 17) Y agrega más adelante: *“La*

falta de ese modo suficiente significa falta de tradición, significa que ésta no se ha producido, sin consideración alguna a que la frustrada tradición hubiese o no sido constitutiva de derechos reales” (pág. 18)

Claro que esta entrega material que lo diferencia de otros sistemas, tiene excepciones, como lo son la “traditio brevi manu” y el “constituto posesorio”, afines con el consensualismo, pero insuficientes para modificar una regla.

El título y el modo van de la mano en la adquisición del dominio, pero según el sistema regulado, en unos casos se estrechan y en otros se alejan.

Se estrechan en el nuestro, de raigambre romana, porque como dice Eduardo BUSSO, *“la transferencia se produce por la entrega o tradición... La tradición es un acto distinto al contrato, pero no independiente de él... La suerte de la transferencia esta vinculada a la suerte del contrato (caso de nulidades, rescisión, resolución, etc.) Mientras que en el derecho alemán se distancian: “La transferencia se produce por inscripción en los Registros en materia de inmuebles... La transferencia no solo es algo distinto del contrato, sino que tiene un valor independiente del valor del contrato. No sigue la suerte de éste en caso de nulidad, rescisión, etc.”* (Código Civil Anotado, Tomo IV, Ed. Ediar, Bs.As. 1958, pág. 20)

La tradición necesita en nuestro derecho de éste sustento causal para legitimar tanto la transmisión como la retransmisión, y su ausencia, falsedad, o simulación, la nulifica o pone de manifiesto su inexistencia como posesión a título de dueño, para transformarla en mera tenencia.

Es por ello que el complemento publicitario que recibiera nuestro derecho a través de

la reforma de la ley 17711 al art. 2505, no produce efectos constitutivos del derecho que ya nació entre partes por la conjunción de título y modo, haciendo de la falta de inscripción, solo una inoponibilidad frente a terceros.

La inmediata regulación de la publicidad registral con la ley 17801 mantuvo el derecho en estos parámetros, aunque bajo la sospecha de diversificación del derecho real en grados (mayor o menor) según fueran las circunstancias. Título no registrado, derecho de grado menor; título registrado, derecho real de grado mayor, por cuanto requiere de la inscripción, pero configurado como tal por el art. 20 de la ley 17801, que al decir de MOLINARIO *“hiere de muerte a la primera parte del art. 2505, pues establece: “Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado...”* Por esta vía es que se ha introducido la distinción entre derecho real de grado mayor y derecho real de grado menor siempre en materia inmobiliaria” (MOLINARIO, Alberto D. “Del derecho registral y del derecho registral inmobiliario” en “Curso de Derecho Registral Inmobiliario”, publicación del Ministerio de Justicia, Bs.As. 1971, pág. 37)

Pero a su vez, sin ser formal la compraventa como contrato, requiere de la escritura pública conforme al artículo 1184 inc. 1º para transmitir el dominio cuando de inmuebles se trata, lo que dará lugar a las distinciones

que haremos luego con el boleto de compraventa, en cuanto a su naturaleza.

2. IMPORTANCIA

La importancia de la compraventa, resulta en esencia, de la evolución que ha tenido desde su propia concepción dentro del principio de la autonomía de la voluntad enfrentado con el excesivo poder de una de las partes en la organización de los negocios que la limita y somete, requiriendo la regulación del Estado para restablecer en cierto modo el equilibrio perdido, con normas especiales en defensa del consumidor; así como en cuanto a la complejidad de la cosa, que desde su individualidad se proyecta a la conjunción de derechos y obligaciones concurrentes como son las cosas comunes en la propiedad horizontal, servidumbres y restricciones al dominio en barrios privados, parques industriales y complejos diversos, y en cuanto al precio, mediante variadas operaciones financieras, controles y limitaciones sobre el pago en efectivo, y la entrega de moneda extranjera, hoy equiparada a la nacional, como obligación de dar sumas de dinero (ley 23928 que reforma los arts.617 y 619 CC)

2-1. La autonomía de la voluntad. El gran peso de la voluntad en una época de liberalismo económico que inspirara la redacción de nuestro código dio pábulo a un contrato que conforma un acto o negocio jurídico que los contratantes celebran como al contenido reglamentario del mis-

mo, creando la norma que es ley entre las partes. Así resulta del artículo 1197: “*Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla, a la cual deben someterse como a la ley misma*”, siendo en consecuencia fuente de las obligaciones.

La evolución sufrida desde el derecho romano hacia la concepción moderna del contrato se desencadena entonces –según Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLON–, cuando a la voluntad humana se la considera eje de la obligación, en mérito a la doctrina de los canonistas que por motivos religiosos afirman el deber de fidelidad a la palabra dada, pero también en virtud de las necesidades prácticas del tráfico mercantil, contrario a la tipificación romana y a sus inútiles formalismos, pero fundamentalmente por la influencia del “*Derecho natural racionalista y las ideas de la Ilustración y del Iluminismo, que conciben al hombre como ser libre no sujeto por naturaleza a más voluntad que la suya*” (Sistema de Derecho Civil, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, Vol. II, pág. 30)

2-2. La intervención estatal. Pero la contratación masiva del mundo moderno y la tecnología, modificaron ese imperio en post del desenvolvimiento del comercio, la industria y los intercambios, sustituyendo esa voluntad por determinadas reglas de contratación que la redujeron a un mínimo de libertad individual y a una mayor participación estatal, a veces abusiva por un exceso de intervencionismo, que hizo decir a los autores antes citados que “*si es verdad que la autonomía de la voluntad se encuentra hoy*

totalmente debilitada, también es verdad que habrá que imponer un límite a la intervención estatal en la órbita de aquella para que no la abogue o suprima, siempre y cuando queramos seguir manteniendo un sistema social de libertades” (DIEZ PICAZO-GULLON, Ob. y tº cit., pág. 32)

Las leyes de “Protección del consumidor” (19982), “Defensa de la Competencia” (22262) y de “Lealtad comercial” (22802) nos dan un importante marco de debate para poder elaborar una teoría sobre la declaración de la voluntad cuando la misma tiene aspectos reglados normativamente, sin que por ello, deje de estar contenido en la autonomía de la voluntad.

2-3. El marco del negocio. La primera regla para calificar el contrato en la formación de la voluntad común, es conocer el marco del negocio: si todo está sujeto a la voluntad de las partes, o si hay aspectos que deben acordarse entre parámetros normativizados. No obstante ello, hay acuerdo en acoger la cláusula normativizada y no hay merma de la libertad, porque la misma se trata de preservar frente al desequilibrio económico de las partes, que rompe la igualdad contractual ideal.

Quien se detiene ante una máquina expendedora de boletos para viajar en tren, no espera negociar el precio, ni las condiciones del viaje. Sabe que eso forma parte de cláusulas regladas de antemano, y su única intención, para consumir la declaración de voluntad común, ya anticipada por la Empresa en la estructura tecnológica montada para el expendio e instrucciones de uso, es

pagar el importe del viaje, marcando por el sistema, características y destino. La declaración de voluntad común queda configurada una vez depositado el precio y obtenido el boleto.

El cambio de modalidad actuarial, no modifica el aspecto contractual en la formación de la voluntad, aunque otros sean los medios para precisar el consentimiento, que se da a través de estos signos inequívocos, como lo señala el art. 917 del C.C., que muestran su expresión positiva, en este caso, con referencia a estos determinados objetos.

El sacrificio a ciertos principios es la prueba de la importancia del contrato que enfrenta sus vicisitudes, pero que ejerce su poder como instrumento económico para la circulación de las riquezas.

De haberse quedado las comunidades primitivas en el trueque o permuta, no existiría la evolución del mundo globalizado, en crisis con los valores espirituales, pero de fundamental importancia en el desarrollo de los anticuerpos jurídicos, en muchos casos de carácter general y en otros producto de la emergencia económica, lo que ha hecho decir a Jorge MOSSET ITURRASPE que *“Esta muy claro, en la Jurisprudencia de la Corte, el distingo entre las restricciones o regulaciones que limitan la autonomía de la voluntad en tiempos de emergencia, a las cuales se les reconoce constitucionalidad, y las mismas restricciones cuando ya la emergencia está superada, que merecen, para el mas alto Tribunal, la tacha de inconstitucionalidad”*. (“Compraventa Inmobiliaria”, Segunda Edición Actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, pág. 496)

3. CARACTERES

De lo dicho hasta aquí, han quedado perfilados los caracteres de la compraventa, que ahora vamos a desarrollar.

3-1. Bilateral. Como primera medida el carácter bilateral de la compraventa, marca uno de los rasgos más importantes de este contrato, a pesar de las exacciones a la autonomía de la voluntad que hiciera la contratación moderna.

Hay dos partes en la compraventa, con dos intereses distintos pero concurrentes, como unen sus partes al conjunto que pierde en el todo sus términos: “compra” “venta”. Y la unión resulta de los opuestos, que en razón de serlo, obliga recíprocamente del uno al otro, como señala el párrafo final del art. II38.

La **bilateralidad** resulta del proceso formativo de la voluntad, en la que se va perfilando por ofertas o propuestas de una de las partes y aceptación de la otra (art. II44) y el derecho moderno, parece en ciertos casos quemar etapas de la misma, como si se presentara mas que una oferta un negocio terminado. Es lo que se ha dado en llamar “contrato por adhesión” y que el Proyecto de reformas al Código Civil de 1998 ha definido en el art. 899 inc. e) como el “*contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación*”. Y lo distingue del “*contrato predispuesto*” en que este último es “*aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por algunas de las partes*” (art. 899, inc. c) del citado Proyecto)

Critica Rubén S. STIGLITZ, la fluctua-

ción en la norma proyectada sobre una u otra parte, cuando en verdad el predisponente, es “*La única parte contractual creadora del contenido*” Y agrega: “*De allí que no constituya un acierto que el Proyecto afirme la legitimación para “determinar las estipulaciones” a “alguna de las partes” como si se tratara de una función indistinta atribuible a una u otra cuando, en rigor, es cualidad distintiva de los contratos por adhesión que las reglas de autonomía son dispuestas anticipadamente sólo por una de las partes —el predisponente—, y el otro —el no predisponente— adhiere o no contrata*” (“*El contrato por adhesión a condiciones generales predispuestas en el proyecto de 1998*”, en el diario El Derecho del 10-9-99, N° 9833, pág. I col.3)

La nueva estructura negocial nos hace preguntar: ¿dónde está la autonomía de la voluntad, el derecho de cada parte para discutir las cláusulas que reglarán los futuros efectos de esta relación, la libertad para crear una norma que se equipara en lo particular, a la ley, por la fuerza obligatoria que tiene su celebración, como dice el art. II97 del C.C?

Nos atrevemos a anticipar, que aún frente a la diferencia en la elaboración de la voluntad, no hay duda que el adherente acepta las cláusulas predispuestas para consumir el contrato, y en principio, esa aceptación se hace en el marco de la libertad contractual, con las protecciones que da la buena fe en el marco del derecho vigente.

3-2. Consensual. Otro de los caracteres, del que ya nos ocupamos, es el ser consensual, diferenciado del contrato real porque se perfecciona por el simple consentimiento, mientras su opuesto requiere una entre-

ga, que en la compraventa resulta del acto distinto, como es la tradición. Como resulta del art. 1140, *“queda concluido para producir efectos propios, desde que las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento”*

Por tanto, del carácter consensual, resulta la posibilidad de vender una cosa futura, porque no hace a la esencia del contrato su entrega actual, sino que se cumple con la obligación de entregarla cuando esté concluida, en tanto asuma el comprador el riesgo de que no llegara a existir (art. 1332). Y también el precio puede ser pagado en forma diferida, en tanto sea cierto y determinado o determinable (art. 1349), porque el contrato lo obliga al comprador a abonarlo, pero no ahora, sino cuando se hubiere comprometido a hacerlo, y no podrá incluso pedir la resolución de la venta si no estuviera expresamente establecido el pacto comisorio, teniendo derecho sólo a cobrar los intereses (art. 1432)

3-3. Conmutativo. El carácter conmutativo de la compraventa, es uno de los que más embates ha sufrido con motivo de los desequilibrios económicos, porque marca un sentido de equidad entre lo que uno da y lo que recibe del otro. En ese marco, la desvalorización monetaria puso en discusión la permanencia del equilibrio de las prestaciones, al punto que con la reforma de la ley 17711 se modificó el art. 1198 para admitir la posible resolución del contrato, en tanto *“si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada*

...” podrá demandarla.

Es la aplicación de la “teoría de la imprevisión” en los casos de ejecución diferida o continuada, y cuya aplicación requiere que se trate de contratos conmutativos y no a los aleatorios, salvo que la excesiva onerosidad derivara de causas ajenas al riesgo propio del contrato (BORDA, Guillermo A. La Reforma de 1968 del Código Civil, Ed. Perrot, Bs.As.1971, pág. 276 y ss).

3-4. Oneroso. Podemos así deducir el otro carácter de la compraventa, como es la onerosidad, porque como decía el mismo BORDA es de su naturaleza que los valores intercambiados (cosa y precio) sean aproximadamente equivalentes. (Contratos, Ob. y t° cit., pág. 14)

3-5. No formal. Finalmente, y con relación a la forma, debemos recordar que no la exige el contrato de compraventa, no obstante lo cual, estamos acostumbrados a la “escritura pública” en razón de la forma exigida para la transmisión del dominio de los inmuebles. Pero el contrato sin esa transmisión, puede celebrarse en instrumento privado, como sucede habitualmente con los boletos de compraventa, o, incluso, en forma verbal, en tanto se pueda probar, dado que al decir de LAVALLE COBO, es no formal, porque la ley no lo reviste de formalidades específicas. (En Código Civil y leyes complementarias, bajo la Dirección de Augusto C.BELLUSCIO, Ed. Astrea, Bs.As. 1986, t° 6°, pág. 369; en igual sentido BORDA, Contratos, Ob. y t° cit., pág. 14;)

Compartiendo este criterio Jorge MOSSET ITURRASPE argumenta que no existe una referencia expresa sobre la forma, como resulta en el Código de Portugal para la compraventa de inmuebles, que la considera válida si consta en escritura pública y concluye en considerar dos posibles compraventas: 1) la celebrada en instrumento privado, denominada “boleto de compraventa” y 2) la celebrada en escritura pública y agrega “Ambas son compraventas perfectas o definitivas y no meros negocios en formación o *in fieri*, ni tampoco contratos preliminares” (Compraventa Inmobiliaria, Ob. cit. pág. 95)

Pero al no existir forma alguna prescripta, también puede ser verbal o por reconocimiento en documento público. En definitiva, la forma es probatoria, y en tanto el negocio reúna todos los elementos que según el ordenamiento vigente resultan bastante para que sea perfecto, confiere el derecho a exigir el cumplimiento. (SPOTA, Alberto G., Instituciones, Vol. I cit., pág. 189)

Así resulta en la práctica en los supuestos de poderes irrevocables otorgados por escritura pública, en las que se reconoce la existencia del negocio causal que justifica la irrevocabilidad, manifestando el otorgante haber vendido a su adquirente el inmueble que describe, por el precio fijado, que dice haber percibido y hasta la de haber hecho entrega de la posesión del bien.

Este criterio no es unánime, por cuanto se ha dicho que por el art. 1184 inciso 1°, deben ser hechos en escritura pública “*Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles...*”

Como la compraventa tiene ese objeto, la falta de esa forma determinaría su nulidad, atento a que el título es el que lo requiere, según LOPEZ DE ZAVALIA, y no la tradición misma, es decir “el modo”, que conforme al art. 260I no se exige mas que sea hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar y el que la recibe sea capaz de adquirir. “*No hace falta por lo tanto que los actos materiales de transmisión de la posesión se verifiquen en presencia del escribano. Y si la escritura pública no es forma de la traditio, sólo le queda ser forma del título, por lo que siendo la compraventa título, es forma de la compraventa*” (Fernando J. LOPEZ de ZAVALÍA, Teoría de los Contratos, ob. cit., tomo 2, pág. 306)

A pesar de ello, admite nuestro autor que el daño que resultaría de la nulidad por falta de forma, no es irreparable, en tanto es aplicable al acto, la conversión del art. 1185.

En todos casos, el instrumento privado, o la forma dada al acto de primer grado, quedará concluido como contrato en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

3-6. Excepcionalmente aleatorio. Dejamos por el momento de lado el carácter aleatorio, por ser excepcional para ciertas compraventas que trataremos al considerar la cosa y su existencia.

4. DIFERENCIAS Y ANALOGÍAS CON OTRAS FIGURAS.

Las diferencias resultan evidentes en el estudio de cada contrato tipificado, porque de

la propia regulación aparecen como notorias. Sin embargo, la realidad económico- jurídica, los cambios legislativos, los elementos genéticos del negocio en particular y la propia legislación vigente hace que en ciertos momentos, o en determinados actos o situaciones jurídicas se visualicen las analogías.

4-1. Con la permuta. En el primero aspecto, y hasta la sanción de la ley 23928, el precio en moneda extranjera configuraba un contrato de permuta, porque conforme a la vieja redacción del art.617, si se hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidad de cosas. Por tanto el acto celebrado era de obligación de entregar una cosa (mueble o inmueble) por otra cosa (moneda extranjera) y el acto se adecuaba a la definición de permuta del art. 1485.

Cuando se modifica por la citada ley el art. 617, y se considera a la moneda extranjera como de dar sumas de dinero, el acto se tipifica como compraventa.

El problema se planteó con la crisis económica del 2001, cuando el Estado Nacional y Provincial resolvió emitir bonos o letras de tesorería, que no tenían el carácter de moneda, incluso violatorias del art. 75 del Constitución Nacional que reserva a la Nación la facultad de "*Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras y adoptar un sistema uniforme pesas y medidas para toda la Nación*"

Aun admitiendo su validez, su naturaleza era la obligación de dar cantidades de cosas, y el acto, era también de permuta ("La Escritura

Pública", LAMBER, Rubén A., Ed. FEN, La Plata, año 2003, tomo II, pág. 210)

Igual criterio aplicamos para los supuestos de ventas de inmuebles por cereales, incluso a término y garantizado con hipoteca, pero desde la concepción de una permuta (Ob. y tº cit., pág. 195).

4-2. Con la locación de obra. Con la locación de obra se presentan importantes analogías, en tanto si se admite la venta de cosa futura, la compra de una propiedad en construcción, o generalmente un departamento en un edificio a someter al régimen de propiedad horizontal, configura la entrega de una cosa por un precio, mientras que en la locación de obra se está buscando como resultado, la cosa construida, terminada contra un precio.

SPOTA ha desarrollado en profundidad el tema y es tan sutil la diferencia en casos puntuales, que parece definir la cuestión un solo elemento fundamental cuál es el interés del adquirente en el proceso interno de fabricación, para configurar locación de obra, mientras que sería compraventa de cosa futura cuando el adquirente confía en el proceso interno de fabricación, admite la proyección dada por el vendedor y la acepta. (Instituciones, Vol IV, Ob y tº cit., pág. 24 y ss)

4-3. Con la dación en pago. Otra diferencia se da con la dación en pago, dado que si bien se obliga una parte a la entrega de una cosa y la otra a abonar un precio por ella, el mentado importe no es propiamente un precio en dinero que se obliga a abonar

ahora o en forma diferida, sino que se trata de una deuda que tenía el vendedor con el actual comprador, con lo que el acto configura un pago, extintivo de la obligación, pero al mismo tiempo la transmisión de la cosa dada en pago (art. 779), pero que el mismo codificador descarta como “compraventa” en el art. 1325, aunque le aplica las mismas consecuencias.

4-4. Con la cesión de créditos. En cuanto a la diferencia con la cesión de crédito se da por la naturaleza del crédito, que no constituye una cosa mueble o inmueble para ser objeto de la compraventa. Sin embargo, el propio codificador cayó en el error de la analogía de este derecho por un precio, cuando en la nota al art. 1327 expresa: *“La palabra cosa se toma en el sentido mas extenso, abrazando todo lo que pueda ser parte de un patrimonio, cosas corporales o derechos, con tal que sean susceptibles de enajenación y de ser cedidos. . .”* Sin embargo, el artículo que anota se refiere expresamente a cosa, diferenciada de los bienes en su sentido más amplio, conforme a los artículos 2311 y 2312, y la nota no puede modificar la expresa definición de la norma. Por otra parte, al referirse a la “cesión de créditos” marca la diferencia en el art. 1435, sin perjuicio de aplicar las disposiciones del contrato de compraventa cuando se cede por un precio en dinero.

5. EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN DEL BOLETO DE COMPRAVENTA

Al referirnos a la forma del contrato de

compraventa, hemos anticipado la distinción que resulta de quienes partiendo de la que se refiere a inmuebles, exige la escritura pública, mientras que para otros, aún en estos supuestos, no hay exigencia formal.

5-1. Sobre su naturaleza. Se dividen así las interpretaciones sobre la naturaleza del boleto de compraventa, que en las primeras discusiones fueron considerados como promesas de contrato o contratos preparatorios, en razón del necesario acto de cumplimiento que requería la transmisión dominial y los que con mayor precisión, lo consideraron como verdaderos contratos ya perfeccionados como obligación de entregar la cosa y pagar el precio, con independencia de la forma necesaria para la transmisión del dominio de inmuebles.

Las diversas denominaciones que se dieron entonces, sea a través del contrato preliminar, anteacto o contrato de primer grado, apunta al perfeccionamiento de las declaración de voluntad conciliada en ese acuerdo, porque ya está definido en cuanto a sus efectos: exigir el pago del precio y la entrega de la cosa, así como —cuando se trata de inmuebles— demandar la obligación de escriturar. Pero esta última exigencia, para autores como SPOTA, no integraría el contrato de compraventa en sí, dado que la tradición de inmuebles configuraría un acto distinto al contrato de compraventa mismo, y en tal caso, no se trata de discutir la forma de éste, sino del documento que contenga el reconocimiento de la tradición. Por eso dice nuestro autor, que “cabe distinguir tanto el

acuerdo sobre la tradición de la cosa, que es un negocio jurídico bilateral y abstracto, como el acuerdo para efectuar el pago, que es otro negocio jurídico bilatera pero causado” (Instituciones, Vol. II, Ed. Depalma, Bs.As. 1979, pág. 9)

En los contratos preparatorios en cambio, no hay posibilidad de exigir el cumplimiento, y si el mismo no se celebra, solo podrá resolverse a través de la responsabilidad pre-contractual. Pero los definitivos, como decía el mismo SPOTA, por mas que se los considere de primer grado y que obligue a celebrar otro de cumplimiento, o de segundo grado, no requiere por ello de la renovación del consentimiento que ya está dado y firme en el preliminar. (Ob. y vol. Cit., pág. 4)

Augusto Mario MORELLO, aun frente a las diferencias terminológicas utilizadas, concluye en definitiva en que se trata –el boleto- de un contrato de compraventa en firme, serio y definitivo y no preliminar. Contrato que es perfecto “y que la exigencia de la escritura pública (art. 1184, inc. 1), es un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio, con independencia de la compraventa en sí...el otorgamiento de la escritura no hace sino ejecutar el contrato de compraventa ya concluido, el que, para nuestro sistema positivo, aún tratándose de inmuebles, no deja de ser consensual (art. 1323 cód. civ.) (“El Boleto de Compraventa Inmobiliaria” Tomo I, Librería Editora Platense, La Plata, 1981, pág. 43.

5-1.1. *Contrato definitivo.* Ambos coinciden entonces que el “boleto de compraven-

ta” es un contrato definitivo, porque hace a su esencia genética, la exigibilidad de las obligaciones generadas, sin necesidad de nuevo consentimiento y que la tradición puede configurar un acto separado, abstracto pero ligado a la obligación de entrega o que la misma, siendo un hecho y sin necesidad de integrar el acto, tiene un requisito formal que hace al modo de adquisición.

Supongamos –como sucede muchas veces en la práctica- que las partes concurren al escribano para celebrar el contrato de compraventa, pero cumpliendo ambos sus obligaciones antes que obligarse a ello. El vendedor entrega la cosa, hipotéticamente para el supuesto un inmueble, y esa entrega, según el art. 2355 con el agregado de la ley 17711 le da carácter legítimo a la posesión de buena fe por boleto de compraventa; y el comprador abona el precio. Este contrato no solo es perfecto, sino que además fue celebrado por escritura pública.

5-1-2. *La escritura de transmisión.* Sin embargo, no cumple las exigencias para la transmisión del dominio, porque la celebrada no tuvo ese carácter. Para transmitir el dominio, el escribano debió acreditar la titularidad del dominio del vendedor, y además haber acreditado que el mismo se encuentra libre de gravámenes, restricciones o interdicciones, o si las hubiere, que se cancelan en la fecha o que se han cancelado o que el comprador las toma a su cargo. Pero además que el transmitente no está inhibido para disponer de sus bienes. Deberá cumplirse con exigencias fiscales,

como el pago de impuesto fiscal por la transmisión, la liberación de certificados administrativos, en particular de impuesto inmobiliario; la acreditación del estado catastral del inmueble, con estado parcelario vigente en la Provincia de Buenos Aires y la precisión de los datos catastrales, valuación y partida inmobiliaria. Y como colofón, la reserva de prioridad que debe tener el acto, para que la inscripción registral, una vez ingresado el título en el Registro dentro de los 45 días de su celebración, se retrotraiga a la fecha de la escritura, lo que se denomina retroprioridad o prioridad indirecta, porque excede la preferencia en el tiempo y lo somete a una preferencia que resulta de las constancias registrales, en tanto el acto se celebre en el plazo de vigencia de los mismos.

Esta escritura, distinta a la que citamos al comienzo, es la que opera la transmisión del dominio, y es la que se requiere para transmitirlo cuando de inmuebles se trata.

La otra, aun con precio pagado y posesión entregada, no configura más que un boleto por escritura pública, y con seguridad se acompañará con un poder irrevocable, porque al estar todo cumplido, da causalidad a la exigencia del artículo 1977.

Pero si ni el precio estuviera pagado ni la posesión entregada, el boleto de compraventa es definitivo como contrato en que las partes se obligan a su cumplimiento. La escritura pública hace a la transmisión que la perfecciona entre partes y la hace oponible a terceros con la inscripción registral conforme al art. 2505, según la reforma de la ley 17711.

5-1-3. Su evolución terminológica. En cuanto a su evolución terminológica el “boleto de compraventa”, ignorado por el Código Civil en sus orígenes, fue ganando predicamento desde la praxis y la jurisprudencia generada en consecuencia, hasta alcanzar un grado de institucionalización con la reforma introducida por la ley 17711 que incorpora el artículo 1185 bis y el agregado del párrafo final al art. 2355 ya citado. Por el primero se establece la oponibilidad de los boletos otorgados a los adquirentes de buena fe, con destino a vivienda, al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio; por el otro, se reconoce como legítima la posesión de inmuebles de buena fe por boleto de compraventa.

A partir de ese reconocimiento normativo, se hizo necesario determinar su naturaleza jurídica, de la que la doctrina se había pronunciado en forma muy variada.

Desde su consideración como “contrato preliminar”, “precontrato”, “ante contrato” o “contrato preparatorio” o “contrato de primer grado” hasta la calificación más concreta de “contrato”, todas las argumentaciones se dieron, sin advertir muchas veces que las diferencias resultan de las propias variantes que presentaba el boleto de compraventa, unas veces “provisorio” por quedar sujeto al otorgamiento de otro “definitivo” o por comprender etapas de cumplimiento subordinados a la cosa que era su objeto (en etapa de formación o proceso constructivo), como se regulara luego a través de la ley de prehorizontalidad, o a

ciertas condiciones como era la obtención de un crédito para financiar la compra o cumplir con ciertos requisitos normativos, como era en la etapa del “corralito financiero” en que el pago estaba sujeto a la transferencia de fondos al vendedor, depositados en certificados a la orden del comprador.

Sin embargo, todo lo que implique sujetar el cumplimiento a condiciones suspensivas o resolutorias, o al clásico pacto comisorio de los boletos, también integran la naturaleza del contrato de compraventa, y aunque no sean habituales, nada impide resolver una venta con transmisión de dominio por incumplimiento de la condición, con la única diferencia que si la condición es resolutoria, deberá el juez decretar la misma conforme al art. 2666, mientras que si es suspensiva, el contrato no se perfecciona hasta que la misma no se cumpla.

De tal modo, que la discusión sobre la naturaleza del boleto, parece estar más relacionada con sus modalidades, que con su verdadero ser, que como sostuviera ETCHEGARAY no es otra cosa que el “contrato de compraventa” regulado por el art. 1323 del C.C., sin importar demasiado al efecto, si se cerró el ciclo “boleto-escritura-inscripción”, porque aquella definición se refiere a las obligaciones recíprocas de las partes, tales como la de pagar el precio y transferir el dominio.

Por ello sostiene ETCHEGARAY, que *“la causa de la transferencia puede aparecer en la escritura originariamente (in continente) o reconocida como anterior (ex intervalo); por lo tanto, en el caso del dominio y de los otros derechos reales que así lo*

establecen, la escritura pública es exigida para constituir, para adquirir y no para probar o dar forma al contrato causal, sin que de ninguna manera ello esté prohibido, ya que en la práctica frecuentemente la escritura contiene el negocio-base, sin ninguna referencia a un contrato previo” (ETCHEGARAY, Natalio Pedro, Boleto de Compraventa, Ed. ASTREA, Bs.As. 1989, pág. 6)

6. CAPACIDAD

Cuando el art. 1357 del CC nos dice que *“Toda persona capaz de disponer de sus bienes, puede vender cada una de las cosas de que es propietaria; y toda persona capaz de obligarse puede comprar toda clase de cosas de cualquier persona capaz de vender...”* no hace más que decir lo que ya fuera anticipado en materia de capacidad en general, sin agregar nada nuevo, razón por la cual, nos remitimos a la parte general de la obra debiendo aplicar la interpretación sobre la capacidad de disponer.

6-1. Las excepciones. Como decía BORDA, *“lo que interesa no es el principio, sino las excepciones”* (Contratos, Ob. y tº cit., pág. 27) y a ellas se refiere el art. 1357, para tratarlas en los artículos siguientes.

6-2. El art. 1358: establece la prohibición de contratar entre marido y mujer, *“aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos”*

De la interpretación judicial y de la doctrina moderna, ha quedado claro, luego de las reformas introducidas por las leyes 17711 al régimen de bienes del matrimonio y 23515 en relación con el divorcio vincular, que la

regla no puede tener una interpretación tan terminante, al punto que ya la prohibición de contratar entre cónyuges, en líneas generales ha sido atenuada ostensiblemente.

Cuando se prohíbe la compraventa, (art. 1358 del CC), más que a ella se apunta a la donación encubierta, que como tal modificaría el régimen de bienes, porque bajo la forma simulada de compraventa se traspasaría un bien de un cónyuge al otro, sin la debida compensación dineraria, con el consiguiente perjuicio para los acreedores y terceros en general, para los que el patrimonio de cada cónyuge, y en especial la masa que cada uno administra, es la prenda común; y para los propios cónyuges que ven modificado lo que es inalterable.

En los casos particulares en que la transferencia no presenta ese riesgo por las características de la operación, la prohibición desaparece: “...la doctrina y la jurisprudencia están contestes por lo demás” —dice ZANNONI — “en que la incapacidad se refiere al CONTRATO de compraventa entre los cónyuges, no a otras adquisiciones de un cónyuge de los bienes del otro, realizadas por otra vía. Por ejemplo, adjudicación en venta judicial de un bien que pertenece a uno de los cónyuges. También procede a ordenar la escrituración de un bien de un cónyuge a favor del otro, cuando la compraventa se celebró mediante boleto de compraventa con anterioridad a la celebración del matrimonio”. (ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, pag. 625, Ed. Astrea, Bs. As. 1978).

La limitación de la prohibición, aún frente al caso de norma expresa como la del 1358, se da en estos casos, como cuando los cón-

yuges, siendo solteros, habían celebrado boleto y lo ejecutan después, incluso cumpliendo obligaciones pendientes.

Supongamos la venta de un inmueble a la mujer, por la que ésta pagó un porcentaje a cuenta. Luego se casan y se disponen a ejecutar la obligación pendiente : pago del saldo y escrituración. Es indudable, que el bien tiene carácter propio de la mujer, por cuanto al hacer la compra era soltera. El pago del saldo, aún con dinero ganancial, no modifica la naturaleza de la adquisición, y solamente da derecho de recompensa al marido, al momento de disolver la sociedad conyugal, por la parte que le corresponde en la inversión ganancial de su cónyuge.

El hecho que el vendedor sea el actual marido, no modifica la estructura del negocio. Al igual que Zannoni, expresan FASSI – BOSSERT: “*Quienes van a contraer matrimonio no están afectados por las incapacidades que alcanzan los esposos. Por tanto, pueden hacer contrato de compraventa. Consideramos que dicho contrato es igualmente válido aunque se halle sujeto a plazo o condición que se cumple durante el matrimonio, ya que es en el momento de contratar cuando deben contar con capacidad suficiente, sin perjuicio de las modalidades que impongan a sus contratos, o aún de la condición que completa el contrato con efecto retroactivo pero no lo constituye... Si antes de la celebración del matrimonio se suscribió entre los prometidos un boleto de compraventa, entendemos que nada se opone a su cumplimiento, siempre que se justifique aquella anterioridad, por la existencia de fecha cierta*” (Ob. y T. cit. pag. 120/121).

En cuanto a la recompensa por el supuesto pago del saldo con dinero ganancial,

está debidamente fundado en la teoría de las recompensas desarrollada por el derecho francés, y en el nuestro, conforme al desarrollo que señala Zannoni, del que se desprenden dos grupos de situaciones: “a) *La comunidad haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen propios de cualquiera de los cónyuges....*b) *La segunda categoría comprende los casos en que el patrimonio propio de uno de los cónyuges haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen gananciales... adquisición de bienes propios con fondos parcialmente gananciales....*” (Ob. y T. cit. pag. 725 / 726).

Es el caso que plantemos como ejemplo y que sirve para comprobar como funciona la excepción a la prohibición de celebrar compraventa entre cónyuges, la que, si no resulta tan clara por la existencia del boleto previo, si aparece con mayor notoriedad en los demás casos que citan FASSI – BOSSERT, tales como la venta forzada : “*Si se ejecuta el bien de uno de los cónyuges, en que está instalado el hogar conyugal, sería demasiado duro impedirle al otro cónyuge que lo adquiriera en el remate, si tiene fondos para ello*” (Ob. y T^o cit. pag. 122/23). *O cuando la subasta se ordena en la liquidación de la sociedad conyugal, pues “Es admisible que un cónyuge compre un bien ganancial del otro, cuando la subasta ha sido ordenada en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal”*(Ob. y t^o cit.).

El art. 1358 establece entonces una prohibición expresa, pero al mismo tiempo, la interpretación permite hacer excepción de la misma, toda vez que el acto no afecte el régimen general garantizado por los arts. 1218 y 1219 .

En cuanto al último párrafo del art. 1358,

se ha descartado de plano los supuestos de divorcio vincular, por cuanto ya no subsiste matrimonio y prohibir la contratación no tiene razón alguna que la sustente. Pero este criterio fue extendido también a la separación personal, en que el matrimonio no está disuelto vincularmente, pero que en lo económico, la sociedad conyugal ya no existe, razón por la cual, tampoco es aplicable la prohibición.

El único supuesto que recoge la prohibición, es el supuesto de separación de bienes por las causales de mala administración, concurso o abandono de la convivencia del art. 1294, porque la misma se produce durante la vigencia de la sociedad conyugal, el matrimonio subsiste, y lo único que se hace es separar los bienes, como si fuera un régimen de separación y no de comunidad restringida.

Así lo sostiene ZANNONI, luego de plantear las dos posturas interpretativas del art. 1358 (“*el contrato de compraventa no puede tener lugar entre marido y mujer aunque hubiese separación judicial de ellos*”), entiendo que la separación judicial no está referida en el actual contexto a la separación personal, sino a la mera separación de bienes del art. 1294 donde el matrimonio subsiste, aunque no el régimen de comunidad. (ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, pag. 623/25, Ed. Astrea, Bs. As. 1978).-

Por su parte, FASSI-BOSSERT coinciden con la interpretación restrictiva, acorde con la naturaleza de las incapacidades, que no se deben extender más que a lo indicado, señalando la razonabilidad de la prohibi-

ción para el caso del I294, por cuanto en este régimen, “los cónyuges tienen separados sus bienes, pero continúan unidos por algo sumamente más importante como es la unión personal”, y agregan que el artículo no incluye supuestos distintos a la separación judicial de los bienes, en especial “no incluye una aclaración respecto a un supuesto distinto, como es el del divorcio”. (SOCIEDAD CONYUGAL, tomo I, pag. I21/22, Ed. Astrea Bs. As. 1977).

La ley 23515 no puede hacer variar esta interpretación, dada a la luz de supuestos que no contemplaban el divorcio vincular, y por otra parte, no se ha dictado ninguna disposición en contrario. Por tanto, una vez dictada la sentencia de separación personal o divorcio vincular, desaparecen las prohibiciones de celebrar compraventa entre cónyuges, al igual que las demás limitaciones a la contratación.

6-3. El art. 1359: establece la prohibición de contratar de los representantes legales (padres, tutores y curadores) con los que se encuentran bajo su representación a fin de evitar todo abuso que pudieran ejercer sobre los bienes de sus representados.

Con relación a los padres, ya lo establece en forma expresa el art. 279, no solo con la compraventa, sino con cualquier contrato, agravando aun mas la prohibición el art. 297 cuando dispone: “Los padres no pueden, ni aun con la autorización judicial, comprar por sí, ni por persona interpuesta, bienes de sus hijos, aunque sea en remate público;...”

En cuanto a los tutores el Código le da igual extensión en el art. 450 cuando establece que: “*Son prohibidos, absolutamente al tutor, aunque el juez indebidamente lo autorice, los actos siguientes: 1° Comprar . . . por sí o por persona interpuesta bienes muebles o inmuebles del pupilo, o venderle los suyos, aunque sea en remate público; y si lo hiciere, a más de la nulidad de la compra, el acto será tenido como suficiente para su remoción, con todas las consecuencias de las remociones de los tutores por conducta dolosa. . .*”

Es decir, que a la extrema prohibición le agrega la sanción, para no dejar dudas de la gravedad de semejante actuación, criterio aplicable también a los curadores por la remisión que resulta del art. 475.

6-4. El art. 1361: La prohibición resulta también con relación a la compra, del art. 1361, incisos 1° con relación a los padres y del inciso 2° de los tutores y curadores, reiterándola aun fuera en remate público y por sí o por persona interpuesta.

SPOTA extiende la prohibición a la curatela por inhabilitación judicial (art. 152bis), pero al mismo tiempo, y después de afirmar la prohibición y hasta la nulidad absoluta por la falta de objeto-fin social del acto, reconoce la excepción para el supuesto de la donación, previsto por el art. 1805 del CC. (INSTITUCIONES, Ed. Depalma, Vol. II, Bs.As.1979, pág. I31/I32)

Compartimos con BORDA y LLAMBIAS citados por SPOTA, el criterio de la nulidad relativa, por cuanto la misma no debe perjudicar a los menores, que son los que pueden alegarla, teniendo en cuenta que el

art. 1362 establece expresamente que *“La nulidad de las compras y ventas prohibidas en el artículo anterior, no pueden ser deducidas ni alegadas por las personas a las cuales comprenda la prohibición”*

Carlos A.R. LAGOMARSINO, con la colaboración de Santos CIFUENTES en el Código Civil y leyes complementarias bajo la Dirección de Augusto C.BELLUSCIO, receptan la opinión de MACHADO en cuanto a la *“incoherencia que significa sostener que algunos de los supuestos del art. 1361 son de nulidad absoluta, pues en tanto se sostiene que el juez puede declarar la nulidad de oficio por un lado, niega la ley a una de las partes el derecho de alegar la invalidez, dejando que el otro elija el momento de hacerlo”* (Ed. Astrea, T° 6, Bs.As. 1986, pág. 462)

Siguiendo el codificador el principio prohibitivo para las representaciones legales que reitera en los incisos 1° y 2° del art. 1361, la extiende a la representación voluntaria cuando prohíbe comprar a los mandatarios de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes, (art. 1361 inc. 4°) salvo —claro está— que lo hubiera autorizado el mandante expresamente como sucede con la autocontratación del art. 1918.

La misma persigue la protección de los intereses de quien confía en su representado, y por tanto puede ratificarse expresa o tácitamente, la nulidad es relativa y prescriptible. (LAGOMARSINO-CIFUENTES en ob. cit., pág. 458)

Con igual finalidad normativa, pero para la protección de los herederos y sucesores del causante, el inc. 3° del art. 1361 establece igual limitación a los albaceas, con la ex-

cepción para el supuesto de compra por el albacea de bienes de la sucesión en pública subasta. Esta cuestión tuvo algún pronunciamiento judicial contrario y la discusión sobre la naturaleza de la nulidad es discutible. De mi parte, creo que debe predominar la nulidad relativa, porque los actos del albacea deben considerarse como reflejo del mandato, pero dado a quien ejecuta disposiciones del mandante, después de la muerte, y los herederos pueden atacarlos o ratificarlos.

En los incisos siguientes del art. 1361 (5°, 6° y 7°) las prohibiciones están referidas al ejercicio de la función pública o judicial, en cuyo supuesto debe privar la protección del orden y del erario público, mediante restricciones que impida la obtención de ventajas de todo tipo por la posición dominante que le da el cargo o función.

Pero también, debe contemplarse el alto contenido ético al que propugna la norma, dado que su violación implicaría, independientemente de las ventajas económicas, una verdadera lesión al principio de imparcialidad que los jueces deben tener.

En la práctica, uno de los problemas que se plantean con cierta frecuencia, es el de compras hechas por abogados patrocinantes de herederos en sucesorios, de bienes de los mismos.

Si se analiza el art. 6°, la prohibición esta referida *“A los jueces, abogados, fiscales, defensores de menores, procuradores, escribanos y tasadores, de los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejerciesen o hubiesen ejercido su respectivo ministerio”*

Con relación a los magistrados, la prohibición es amplia, y subsiste según la doctrina, aunque los jueces hubiesen dejado de intervenir en el litigio, sea por renuncia, recusación, excusación o cualquier otra causa. Predomina el imperativo ético, antes que las meras ventajas económicas que pudiera obtener.

En cuanto a los abogados, si bien con relación a los litigios tiene igual extensión, el problema se plantea con relación a las sucesiones, donde —desde lo procesal— no se dan los elementos propios de la contienda, dado que corresponde a una jurisdicción voluntaria, y las opiniones se dividen.

Pero más complejo aun es cuando hay acuerdo de partes para que el pago de los honorarios del abogado de la sucesión, se haga con bienes de la misma, porque de no estar los herederos en condiciones de abonarlos en dinero, pretenden resolver su situación dando lo que les pertenece, como herederos de la masa relicta. En tal circunstancia, entre el acuerdo que sustenta la facilidad para el pago de los honorarios y el derecho del abogado a ejecutar esos bienes si no es satisfecha, entendemos que la prohibición no puede extenderse a estos casos, y los títulos no deben ser observados, con independencia de la calificación de “litis” o no, de la sucesión.

Para SPOTA, haya o no litis, todo proceso judicial esta comprendido en la prohibición en virtud de los principios éticos que la sustentan, aunque admite “*que no puede llevarse al extremo de que la prohibición comprenda a los expedientes terminados*” (Instituciones, Vol.II cit.,

pág. 142/143) con lo que nos da un argumento mas en el caso particular del pago de honorarios con bienes del sucesorio, porque el mismo sucede cuando en lo técnico legal está concluido, no obstante la pendencia de los honorarios que es la solución a una de las consecuencias del proceso.

6-5. *El art. 1360*: Finalmente, el art. 1360 establecía que los menores emancipados no podían vender sin licencia judicial los bienes raíces suyos, ni los de sus mujeres o hijos.

La trascendente reforma que en materia de “emancipación” introdujo la ley 17711 ha modificado sustancialmente este artículo, se trate de emancipados por habilitación de edad, por contrato de trabajo, por matrimonio o por título habilitante.

La reforma resulta a partir del art. 128 cuando expresa que “*Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores*”

La capacidad de los emancipados es amplia para la compra y venta, dado que la única limitación que resulta del nuevo art. 135 esta relacionada con el matrimonio, en cuyo caso adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, salvo aquellos que hubieren recibido a título gratuito, antes o después de la emancipación, de los que solo tendrán la administración; “*para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de estos fuera mayor de edad.*”

La regla general para los emancipados, con-

tenida en el art. 134, se refiere a tres prohibiciones expresas, respecto de actos que no pueden celebrar ni con autorización judicial: “1° aprobar cuentas de sus tutores y darle finiquito. 2° hacer donación de bienes que hubieran recibido a título gratuito; 3° Afianzar obligaciones.

Jorge MOSSET ITURRASPE sostiene que los emancipados pueden vender “los muebles o inmuebles adquiridos a título gratuito, puesto que la prohibición sólo alcanza a la disposición a título gratuito.” y agrega en nota n° 87 al pie: “Sin perjuicio, claro está, de la necesaria autorización judicial o del acuerdo conyugal.” (Compraventa inmobiliaria, Ob. cit., pág. 289)

7. VENTAS FORZOSAS

Cuando el codificador regula las “ventas forzosas” en el art. 1324, parece haber incluido en materia de contratos una situación jurídica extraña al mismo, que recoge para reafirmar la diferencia, atento a que comienza su redacción aclarando lo que es indudable: “Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo. . .” y desarrolla luego los casos contemplados.

7-1. Cuestión terminológica. La pregunta consiguiente es si es venta la que se hace en los casos desarrollados, porque la concepción de venta esta ligada a la de compra y ambas configuran la definición de compraventa, como resulta del acuerdo de voluntades común cuando hay contrato.

Pero ello no ocurre, si se está obligado a

vender, porque no hay acuerdo. Por tanto, lo que debió decir el legislador, es cuándo tiene obligación de transmitir una persona su dominio, pero por causa individualmente distinta a la contractual, por más que se la pretenda vincular con la compraventa.

La doctrina se pronuncia pacíficamente en esta crítica, aunque con variantes, según el supuesto analizado.

7-1-1. La expropiación: El primero de ellos dice: “1° Cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación, por causa de utilidad pública.”

La expropiación es un instituto de derecho administrativo, cuya regulación y protección resulta de la misma Constitución Nacional (art. 17) para salvar el derecho del propietario, a quien se le debe abonar previamente la indemnización (no el precio) previa calificación de la utilidad pública por ley.

Por ello dice SPOTA que “la expropiación es un instituto que corresponde definir, diciendo que es una mutación del dominio privado en dominio de la persona de derecho público, o un ataque legítimo a la “propiedad” privada, . . . Es un instituto de derecho público, y nada tiene que ver con el C.C.” (Instituciones, Ob. cit. Vol. IV, pág. 87)

Cierta aproximación al contrato se da conforme al art. 13 de la ley 21499, cuando, una vez declarada la utilidad pública, se ponen de acuerdo el expropiante y el propietario para producir la transmisión dentro de los valores máximos determinados por el Tribunal de Tasaciones. Este acuerdo configuraría una compraventa que da fin al

proceso expropiatorio, mientras que en la expropiación propiamente dicha, no hay contrato alguno. (LAGOMARSINO-CI-FUENTES, en el Cód. Civil Dirc. Augusto C.BELLUSCIO, Ob. cit. tomo 6, pág.381) Por su parte Jorge MOSSET ITURRASPE sostiene que la doctrina nacional ha abandonado de un tiempo a esta parte la calificación de expropiación como “venta forzada” y que ha quedado superada también la doctrina de “institución mixta” de Bielsa y Lafaille, citando al efecto fallos de la Corte Suprema de Justicia en la que se sostiene que la expropiación no puede ser asimilada a una compraventa. Se trata de una institución de derecho público regida por principios propios. Y agrega que para la Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Bs.As. “*el instituto de la expropiación por causa de utilidad pública de esencia publicista*” (Compraventa Inmobiliaria, Ob. cit., pág. 14/15)

7-1-2.. Obligación de vender por convención o testamento. El segundo supuesto del art. 1324 dice: “*Cuando por una convención, o por un testamento se imponga al propietario la obligación de vender una cosa a persona determinada.*” Con respecto a la convención, no podemos pensar que estamos ante el supuesto del causante que hubiera vendido en vida y cobrado el precio, en cuyo caso los herederos no recibirían patrimonialmente nada, pero tendrían la obligación de hacer en cuanto al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, porque como herederos que son suceden al causante en sus derechos y obligaciones. Nunca puede tratar-

se de una venta forzada, y el supuesto está expresamente contemplado en la ley 17801 al regular el tracto abreviado en el art. 16 inciso a).

Se aproxima mas a la venta forzada, aquella en que el adquirente obtuvo la cosa, pero sujeto a un pacto de retroventa, en cuyo caso, está obligado a transmitirla a su originario vendedor restituyendo este el precio recibido en las condiciones del contrato, pero en verdad, el acto es consecuencia de un pacto celebrado libremente, y en nada se puede asemejar a los supuestos de expropiación que ya vimos o ejecución que veremos luego.

Mas próximo al tema esta el supuesto de donación con cargo de transmitir a un tercero, porque este que se beneficia con el objeto establecido recibe por una transmisión que hace quien no era propietario y que –siéndolo- debe transmitir para cumplir el cargo establecido, bajo apercibimiento de perder lo donado. Pero el acuerdo sigue rondando, dado que no hay una enajenación extraña al acto de voluntad, sino que lo integra en su conjunto.

De igual modo resulta en el supuesto del testamento, que al beneficiar al heredero le impone el cargo de transmitir el dominio de un bien a otro, o bien al albacea de la sucesión, pero todo ello es producto de la sucesión testamentaria y su validez está sujeta a que no afecte la legítima de los herederos forzosos.

7-1-3. Cosa Indivisible. El tercer supuesto del 1324 esta relacionado con la extinción

de las indivisiones de bienes, sean de la comunidad hereditaria, de la indivisión post comunitaria o del derecho real de condominio, los que por imperio normativo deben liquidarse si alguno de los comuneros o condóminos pide su extinción.

En materia hereditaria se sostiene que la comunidad es accidental y pasajera y debe respetarse el pedido de cualquier comunero para su extinción (art. 3452 y nota al art. 3451). La misma regla se aplica a la indivisión postcomunitaria del matrimonio a partir de su disolución, por remisión del art. 1313 y en cuanto al condominio, conforme al art. 2692, con la excepción de las indivisiones forzosas, aplicables también a los otros supuestos, en particular cuando fueron pactadas conforme a los arts. 51 a 56 de la ley 14394.

El carácter de venta forzada es entonces, como en el supuesto anterior, relativo, dado que la naturaleza misma de la indivisión es la que determina el remate, si alguno de ellos lo exigiese. No se trata de estar obligado a vender, sino a liquidar la indivisión para poder adjudicarse cada uno su parte, y si la naturaleza de la cosa impide dividirla en tantas partes como propietarios tuviere, la forma de división es el dinero, que resultará del remate que al efecto se celebre.

7-1-4.. Ejecución judicial. El cuarto caso de venta forzada es el de ejecución judicial, cuando los bienes del propietario de la cosa hubieren de ser rematados, no ya para extinguir una indivisión, sino para abonar deudas del ejecutado, cuyo patrimonio es la

prenda común de los acreedores.

La ejecución de los bienes embargados en subasta pública, es el producto de un proceso, y por tanto, nada tiene que ver con lo contractual o voluntario entre un vendedor inexistente en la transmisión y un adquirente, que no se relaciona con él.

Por más que la doctrina haya querido justificar la voluntad implícita del ejecutado, como una consecuencia de su obligación de responder con sus bienes al pago de sus deudas, no hace a la naturaleza de la subasta la voluntariedad, cuando es el juez quien dispone mediante la aplicación de normas procesales la transmisión al adquirente en la subasta, para lo que se requiere la aprobación del remate, la entrega judicial de la posesión y tener por obligado el precio, al que se trasladan los derechos que los acreedores tenían sobre la cosa.

Jorge MOSSET ITURRASPE sostiene que *“es el juez quien opera la transferencia del bien subastado; y ello en virtud de poderes propios, consecuencia de fenómenos que suceden en el campo del derecho público, mas concretamente en el proceso ejecutivo”* (Compraventa Inmobiliaria, Ob. cit., pág. 15)

7-1-5.. Administrador de bienes ajenos.

El último inciso se refiere al administrador de bienes ajenos, cuando deba realizar todo o parte de las cosas que están bajo su administración.

Descartada la representación voluntaria, donde desaparece toda posibilidad de venta forzada, la que efectúan representantes legales como los padres de los bienes de sus hijos, los tutores y curadores de sus pupilos

con la debida autorización judicial sería la comprendida en el mismo, según MOSSET ITURRASPE, en la obra citada (pág. 19), aunque rechazando el criterio de “forzada”. LAGOMARSINO y CIFUENTES, incluyen los de los concursos y quiebras para proceder al pago de los acreedores (Código Civil, dir. Augusto C. BELLUSCIO, t° 6 cit., pág. 385)

7-2. Conclusión sobre la terminología: transmisión forzosa. De nuestra parte, entendemos que de todos éstos últimos supuestos, el único caso de “venta forzada” sería la que otorgan los síndicos de la quiebra en alguna de las modalidades admitidas, sea por venta directa, licitación de ofertas o subasta pública, con todos los reparos que merece la expresión venta, que carece de voluntad de la parte ejecutada, que a su vez fue despojada de sus bienes y nada tiene de contrato privado sino de acto procesal encuadrado en los términos de la ley de quiebras.

En conclusión, de los cinco supuestos contemplados en el art. 1324 resulta que ninguno corresponde “venta forzosa” por cuanto la terminología utilizada, es en sí contradictoria. Si es venta, no es forzosa, al menos como contrato, y otro tipo de venta no está regulada en el Código. Por ello, preferimos nominar como “transmisión forzosa” en algunos supuesto, donde la causa de la misma, si se trata de una “expropiación”, es el resultado de un acto administrativo de contenido legal y amparado por principios constitucionales que asegura si no el pago

del precio, si la indemnización correspondiente.

Respecto de la transmisiones por causa de subasta pública, sea por juicio ejecutivo o hipotecario o por ejecución decretada en quiebra, son el resultado de un proceso judicial.

En los demás supuestos, la transmisión tiene una causa que no es de “compraventa”, pero que resulta de la propia naturaleza del derecho de propiedad que ostentan sus titulares, dado que la obligación de vender a persona determinada, es producto de una convención, que no es la compraventa tipificada, pero que resulta de un acuerdo atípico y legítimo; y si es por testamento, resulta causado en la declaración de última voluntad.

En el caso de las indivisiones, la transmisión tampoco es producto de una causa tipificada como compraventa, pero la transmisión tiene por finalidad cumplir con el principio establecido para las indivisiones, comunidades o condominio, en que priva la extinción del mismo, antes que la voluntad misma de vender.

Y respecto de las cosas que están bajo la administración de quien por ley tiene esa facultad respecto de bienes ajenos, la transmisión tiene una causa muy cercana a la tipificación de la compraventa, con la única diferencia que no es producto de la libre voluntad del administrador en forma exclusiva, sino de la valoración que hace el juez cuando autoriza el acto, con lo que podemos decir que mas que venta forzada es venta autorizada judicialmente.

Por otra parte, los actos de los representantes legales (padres, tutores o curadores) son producto de una voluntad formada por el imperativo legal y la valoración judicial.

8. LA COSA VENDIDA

El artículo 1327 establece que *“Pueden venderse todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, aunque sean cosas futuras, siempre que su enajenación no sea prohibida”*

8-1. Concepto de cosa. Las cosas están definidas en el art. 2311 como “los objetos materiales susceptibles de tener un valor.” En el segundo párrafo del citado artículo, se extiende el concepto de “cosas” a la “energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”

Pero lo que mas nos interesa, es la diferencia sustancial con los bienes, a que se refiere el art. 2312, dado que comprende tanto a las cosas referidas como a los *“objetos inmateriales susceptibles de valor”* y que en su conjunto conforman el *“patrimonio”*

Son cosas entonces los bienes muebles, inmuebles y semovientes, pero no lo son los derechos, acciones y demás objetos inmateriales susceptibles de valor.

Los bienes que no son cosas, son materia de la cesión de derechos, aunque sea onerosa, no obstante que para el art. 1435 este contrato será juzgado por las reglas de la compraventa en todo lo que no fuera modificado por este título.

Si el derecho esta contenido en un título, como las deudas documentadas en letras de

cambio, pagarés, etc. o se tratara de acciones y derechos que en su constitución tengan designado un modo especial de transferencia, no se aplican las reglas de la cesión (art. 1438). Únicamente entonces, la compraventa debe tener por objeto cosas y no bienes que no lo sean, a pesar de la errónea nota al art. 1327 que lo contradice, pero que como nota no tiene alcance para modificar la clara expresión del artículo anotado.

8-2. Cosa futura y su vinculación con el álea. En su definición, deja aclarado expresamente la viabilidad normativa de la compraventa de cosas futuras, en diferenciación notoria con el criterio sustentado para prohibir las donaciones de cosas futuras (art. 1800), así como la de contratar sobre herencia futura (art.1175). Pero al mismo tiempo, su admisibilidad genera una particularidad del contrato de compraventa, naturalmente conmutativo, pero también condicional cuando depende de la existencia de la cosa, o aleatorio si el contrato se cumple según la naturaleza del álea asumido por alguna de las partes, o ambas cosas, según como se incorpore la incertidumbre al contrato.

A la natural certeza de las prestaciones en la compraventa por su carácter conmutativo (cosa a cambio de dinero) es posible su transformación en aleatoria por razón de u objeto *“en el cual la prestación de una o ambas partes-según la definición del art. 2051- quede sometida a un acontecimiento incierto”* (SPOTA, Alberto Gaspar, Instituciones, Ob. cit., tº I, pág. 166)

El art. 1332 establece que *“Cuando se venden cosas futuras tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegasen a existir en su totalidad, o en cualquier cantidad, o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro, la venta será aleatoria”*.

De la asunción del álea, depende entonces la ejecución del contrato. Podríamos decir entonces, que si el comprador no lo asume, si la cosa no llega a existir el contrato es nulo por falta de objeto, y el precio pagado deberá ser restituido al comprador. Si en cambio se asume, la pérdida hace que el comprador pierda lo dado.

Fuera de estos extremos, queda la regulación que pudiera hacerse en el contrato de la manera de indemnizar y quien lo haga, de la responsabilidad por daños y perjuicios y de la interpretación que pudiera resultar a falta de regulación.

Se discute también en la venta de cosa futura, la inexistencia de la cosa, por cuanto la esperanza no es tal, pero como la norma contempla la posibilidad de contratar sobre ella con la condición de si llegase a existir, salvo si los contratos fuesen aleatorios (art. 1173), está admitiendo la posibilidad de hacerlo fuera de todo álea, y si la cosa no existe, no habrá contrato por falta de objeto, pero si existe, el mismo quedará perfeccionado.

Se trata de una venta condicional, en que el pago del precio queda sujeto a la existencia de la cosa, y lo que en doctrina se discute es si estamos frente a un contrato atípico o de una compraventa en que el objeto es una esperanza, o emptio spei.

El caso es que las partes, en la multiplicidad de intereses sujetos a riesgo, pueden llegar a estipular un precio por la cosa que se obtenga o resulte en determinadas circunstancias, tomando el comprador a su cargo el riesgo de lo poco mas o menos que pueda resultar o de su fracaso total, con lo que está asumiendo el álea, tratándose entonces de un contrato aleatorio. Ese negocio atípico conocido como emptio rei sperate, esta regulado en el art. 1332 del código: *“Cuando se venden cosas futuras, tomando el comprador sobre sí el riesgo de que no llegaren a existir en su totalidad, o en cualquier cantidad, . . .”*

En ambos supuesto hay una incertidumbre, pero mientras que en la emptio spei lo es sobre la cosa misma, en la emptio rei sperate, lo incierto es la cuantía y la cualidad de la cosa.(MOSSET ITURRASPE, *“Compraventa Inmobiliaria, ob. cit. pág. 89)*

Pero también puede ocurrir que se trate de cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, como lo señala el último párrafo del art. 1332: *“...o cuando se venden cosas existentes, pero sujetas a algún riesgo, tomando el comprador sobre sí ese peligro. . .”*, como podría ser el traslado de la hacienda vendida en épocas de inundaciones, asumiendo el mismo el comprador en cuyo caso, se aplica el art. 1406: *“Si fuese aleatoria por venderse cosas existentes, sujetas a algún riesgo, el vendedor tendrá igualmente derecho a todo el precio, aunque la cosa hubiese dejado de existir en todo, o en parte en el día del contrato.”*

La excepción a esta conclusión resulta del art. 1407 cuando el vendedor hubiere obrado con dolo, conociendo el resultado del

riesgo a que la cosa se sometía, por ejemplo por las mediciones que se hubieran hecho sobre la correntada de un río a ser atravesado por la hacienda, sin posibilidad de cruzarlo, ignorado por el comprador.

También las cosas vendidas pueden existir en un estado genético, sometidas a un desarrollo o evolución futura para quedar sujeto a la entrega de la cosa, diferenciándose entonces de los supuesto en que no existe pero puede llegar a existir, en que en el primer supuesto hay —como dice LOPEZ DE ZAVALIA— un tránsito de un modo de existir a otro modo de existir, mientras que en el segundo el tránsito es del no existir al existir. (Teoría de los Contratos, tomo 2, Ob. cit., pág. 64)

También debe tenerse en cuenta la incidencia que puede tener en la existencia total o parcial, la conducta de las partes, por cuanto, si esta sujeta a condición y la parte que debe facilitar su cumplimiento lo obstaculiza impidiéndolo, la condición se tendrá por cumplida en beneficio de la otra parte (art. 538).

LOPEZ de ZAVALIA ejemplifica el supuesto, diciendo que ante la inexistencia de la cosa por culpa de quien debió facilitar el cumplimiento de la condición (vendedor), al tener que considerarse por cumplida en forma “ficta”, el vendedor no puede entregarla y por tanto la obligación deberá resolverse por daños y perjuicios a cargo del mismo, por aplicación del art. 889. (Ob. y tº cit., pág. 64/65)

En cuanto al álea, señala el art. 1404 que *“Si la venta fuese aleatoria, por haberse vendido cosas*

futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, el vendedor tendrá derecho a todo el precio aunque la cosa no llegue a existir, si de su parte no hubiese habido culpa”

En cuanto a la buena fe de las partes al momento de la celebración del contrato, para que la venta de cosa futura sea válida, es menester que *“las partes que celebran el contrato sepan que la cosa aun no existe (aunque, desde luego, esperan que existirá); si por el contrario, contratan en la inteligencia de que existe actualmente, el contrato será nulo”* (BORDA, Guillermo A. Tratado... Contratos, Tomo I, pág.79)

La otra interpretación normativa cuando no esta en discusión la existencia de la cosa, sino la cantidad resulta del art. 1405, manteniéndose el precio a pesar de su mayor o menor entidad, pero si no existiere en modo alguno, entonces se calificará como nula por falta de objeto y el vendedor deberá restituir el precio.

Al respecto BORDA considera dos hipótesis: a) que la cosa se pierda totalmente; el comprador no debe el precio y si lo hubiese pagado, puede pedir su restitución, con la excepción de la culpa o dolo del vendedor. b) Que habiendo asumido el comprador el riesgo solo de la cantidad la cosa llegue a existir en una proporción mínima. De ser la cantidad despreciable o económicamente inaprovechable, se aplicará el mismo criterio anterior, a pesar del principio general que dice que si la cosa existe en alguna medida, el precio debe ser pagado íntegramente. (Tratado... Contratos, Tº I, Ob. cit., pág. 83)

8-3. *Cosa cuya enajenación es prohibida.* El último párrafo del art. 1327 se refiere a la prohibición de vender las cosas cuya enajenación estuviere prohibida, y la regla general resulta del art. 2337 para las cosas que están fuera del comercio.

Tal circunstancia se da o bien por su inenajenabilidad absoluta (cuando la enajenación o venta fuere expresamente prohibida por la ley) según el inciso 1° del art. 2337, o cuando se hubiese prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, agregando el inciso 2° del artículo citado, *“en cuanto este Código permita tales prohibiciones”*

En el primer supuesto se encuentran los bienes del dominio público del Estado, que están fuera del comercio y por tanto son absolutamente inenajenables, mientras que en el segundo, es la voluntad de los particulares quienes la disponen, sea por actos entre vivos, como cuando se dona con el cargo de no disponer del bien por un plazo que no exceda de diez años o se disponga de la misma forma por vía testamentaria. La limitación del plazo está dada por el art. 2613 y se funda en la importancia que tiene la libre circulación de los bienes, no pudiendo establecerse cláusulas que la impidan en forma indefinida.

En consonancia con ello, el art. 2612 dice que *“El propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo, y si lo hiciera, la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él”*

Por otra parte, el art. 1364 establece la prohibición de la cláusula de no enajenar

a persona alguna, pero sí puede serlo a persona determinada, y en cuanto a las normas del derecho sucesorio, el fundamento está en la protección de la legítima, dado que una inenajenabilidad por tiempo indeterminado contradeciría las reglas de la herencia, en cuanto la partición es accidental y pasajera, y debe propiciarse la partición que extingue la comunidad. Así resulta del art. 3598, mientras que el art. 3732 dispone en su párrafo final que son de ningún valor las disposiciones del testador por las que se declare inenajenable el todo o parte de la herencia.

A su vez, en materia de legados se dispone que la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita.

En el art. 2338 se dispone que son *“relativamente inenajenables las que necesiten una autorización previa para su enajenación”* norma que esta referida a los bienes de dominio privado del Estado, de los que no se puede disponer sin la autorización de la autoridad competente, como lo señalan LAGOMARSINO-CI-FUENTES en el Código comentado bajo la Dirección de Augusto C. Belluscio, tomo 6 cit. pág. 390)

Otras limitaciones a las cláusulas de no enajenar resulta de la ley 14394, por la afectación al régimen de bien de familia, que para transmitir requiere la desafectación, o la sujeción a una indivisión forzosa, establecida en la misma ley en los artículos 51 a 56, o la disposición de bienes en zonas de fronteras cuando se dieran las condiciones normativamente establecidas para la restricción, o la venta de sepulcros, con las

excepciones que en ciertos casos admite la doctrina judicial.

8-4. Cosa ajena. Queda por tratar una última cuestión vinculada con la cosa objeto del contrato de compraventa, y es el de la venta de cosa ajena.

El tema es conflictivo, porque mientras como regla general de la contratación se establece la posibilidad de que las cosas ajenas sean objeto de los contratos (art. 1177), en materia de compraventa, el art. 1329 establece que “*Las cosas ajenas no pueden venderse...*”, mientras que en materia comercial, el art. 453 del Código de Comercio establece que la compraventa de cosa ajena es válida. Estas discrepancias normativas tienen su razón de ser. La prohibición esta dada en materia civil y la permisión en materia comercial, justamente porque las últimas se desarrollan en el tráfico comercial, donde no es inusual que un comerciante, compre determinadas cosas o bienes para venderlos, con lo que la previa contratación sobre ellas no es mas que un acto regular del comercio. En cambio, es menos frecuente en lo civil, más aún cuando de inmuebles se trata, con lo que la prohibición de venta de cosa ajena, parece acertada.

El principal punto de confluencia entre ambos, es la buena o mala fe de los contratantes, dado que si el comprador conoce que la cosa es ajena, y su vendedor se compromete a adquirirla para transmitírsela, el acto es inobjetable. Todo depende en este supuesto de saber a qué se obliga el vendedor y con qué alcance, como resulta del art. 1177, que

deja sentado el principio general de permisividad.

Si no hubiere garantizado el éxito de la promesa, deberá emplear los medios necesario para cumplirla, salvo que obrare con culpa para que la cosa ajena no se entregue a su comprador, en cuyo caso deberá las pérdidas e intereses. También las deberá si la hubiera garantizado y no tuviere éxito.

Hasta aquí no hay nada repudiable en la conducta del promitente.

El problema se plantea con el ocultamiento de la propiedad de la cosa, que se vende como propia. Pero en este supuesto, si la cosa se entregare y resultare luego ser atacado el comprador por tratarse de cosa ajena, el problema se resuelve por la garantía de evicción.

La conducta verdaderamente repudiable que configura delito de estelionato, es cuando se hubiere contratado sobre cosas ajenas como propias, ocultando ese carácter, si no hiciere tradición de ellas, en cuyo caso es responsable de todas las pérdidas e intereses (art. 1178)

8-4-1. Carácter de la nulidad. En definitiva, cuando el art. 1329 establece la prohibición de venta de cosa ajena, la misma es relativa, atento a los diversos efectos que la misma produce.

Estas vicisitudes del acto, hacen que prive en la interpretación del art. 1329 el criterio de “anulabilidad”, pues, -como sostiene LOPEZ de ZAVALIA- “*la declaración de nulidad exige una previa investigación de hecho*”, y en cuanto a si se trata de una nulidad absoluta

o relativa, el autor citado se inclina por la última, ante la validez que tiene en materia comercial por el art. 453, desarrollando un criterio distinto a la confirmación, para plantear la solución desde la “convalidación”. (Teoría de los Contratos, tomo 2, Pte. Especial, Ob. cit., pág. 122)

8-4-2. Ratificación. Sucede que el que vende la cosa ajena, puede hacerlo como un mandatario sin representación, en cuyo caso puede invocar estar autorizado para venderla y en tanto lo demuestre, el acto es válido. Incluso, funciona la ratificación que de los actos del mandatario sin poder, puede hacer el mandante o la que haga el extraño que no se hubiere comprometido, pero que luego lo acepta, porque conforme al art. 1162, esa ratificación posterior tiene el mismo efecto de la autorización previa.

Pero la que resulta realmente novedosa, es la solución del art. 1330, porque en el primer párrafo se refiere a la “ratificación”, pero en el segundo, nada tiene que ver la misma, y sin embargo, subsana la nulidad.

“La nulidad de la venta de cosa ajena queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario”, solución que responde al criterio del art. 1162.

8-4-3. Convalidación. Pero seguidamente establece: *“Queda también cubierta cuando el vendedor, ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida”* Quien sin ser dueño, vendió la cosa ajena, luego es declarado heredero de aquel que era el verdadero titular, o adquiere la pro-

piedad como sucesor singular, y esto, que sucede en el futuro, viene a subsanar el acto que queda así convalidado, no por ratificación o confirmación, sino por el hecho de la sucesión en el derecho de aquél contra quien el acto era inoponible.

Tan distinta es la solución que LOPEZ DE ZAVALIA sostiene que *“Si el vendedor y el comprador no están de acuerdo con que la venta se subsane, no podrán impedir la convalidación; podrán sí, de común acuerdo, rescindir el contrato, pero no negar que la subsanación se ha producido”.* (Ob. y tº cit., pág. 131)

De todos modos, el autor citado reconoce que para que se produzca la convalidación, la sucesión universal o singular, debe ser sobre el todo y no sobre una parte. En caso de sucesión universal, puede resultar convalidado si en la partición se adjudica la cosa en su totalidad.

Finalmente, el planteo no contemplado en la norma, es la sucesión, no del que vendió la cosa ajena, sino del verdadero titular con relación a aquel. En tal caso, que el dueño herede al vendedor, mientras unos entienden que la convalidación se opera como en los supuestos antes tratados, para otros es necesaria la confirmación

9. EL PRECIO

Carácter distintivo de la compraventa, con relación a otros contratos onerosos, es que el precio sea cierto, en dinero y serio.

9-1. Cierto. La certeza no solo resulta de una cantidad predeterminada, sino que

puede ser determinable, como resulta del art. 1349, precisada con dos ejemplos: “cuando se deje su designación al arbitrio de una persona determinada o cuando lo sea con relación a otra cosa cierta”.

El primer ejemplo parecería sujetarlo a la autoridad de un árbitro, en cuyo caso, sería el mismo inapelable, aunque parte de la doctrina lo considera un mandatario de las partes.. Más, cuando un art. como el 1351 señala que “La estimación que hiciere la persona o personas designadas para señalar el precio, es irrevocable, y no hay recurso alguno para variarlo”

Sin embargo, puede suceder que la fijación por el tercero sea notoriamente desproporcionada con el valor de la cosa, en más o en menos, y resultaría injusto respetar tamaña decisión.

Por eso, -como lo señala BORDA-, la doctrina se ha dividido entre los que entienden que se debe aplicar rigurosamente el art. 1351, a menos que puedan probar que el tercero obró bajo manifiesto error o fue víctima de error o violencia o se apartó de las bases de estimación fijadas por las partes, mientras otra parte de la doctrina considera que basta probar que el precio fijado es exagerado y abusivo para habilitar la acción de impugnación. (Contratos, tomo I, Ob. cit., pág. 89/90)

Como sostiene SPOTA, someter el precio al arbitrio de un tercero, no es dejarlo sujeto a su arbitrariedad. (Instituciones, Vol IV. Citado, pág. 117)

Puede suceder que el tercero designado no fije el precio, en cuyo supuesto se deberá te-

ner en cuenta si aceptó hacerlo o nada dijo. En el último supuesto el contrato quedará nulo por falta de precio y el tercero no responderá de su inacción, más en el primero sí, por incumplimiento de una obligación de hacer, debiendo daños y perjuicios, aunque la venta será igualmente nula. Así resulta del art. 1350.

El segundo ejemplo del art. 1349 de precio determinable, es cuando su valor resulta de la relación con otra cosa cierta, como podría ser el de venta de un inmueble lindero ya formalizada. Pero también puede sujetarse a valores de mercado, en particular cuando se trata de cosas fungibles, con la precisión que los mismos requieren en cuanto al día, lugar, calidad, etc.

Se trata del precio corriente de plaza, considerado por el art. 1353. La certeza resulta de la determinación que al efecto hagan los corredores de Bolsa, o testigos, según valoración judicial, pero aplicable únicamente a muebles.

Como particularidad en la compra inmobiliaria, debe rescatarse la de inmuebles en construcción, “a coste y costas”, que como sostiene SPOTA es precio cierto, “aún cuando el precio definitivo se lo deje subordinado a lo que se invierta en la construcción” ello en tanto no configure locación de obra, según la sutil diferencia que da nuestro autor. (Instituciones, T° IV, Ob. cit., pág. 116)

En cambio, no es precio cierto, conforme la nulidad decretada por el art. 1355, el “justo precio”, el que queda sujeto a lo que otro ofreciere por la cosa o el que se deja al

arbitrio de uno de los contratantes.

En el primer supuesto, porque el justo precio somete su determinación a discusiones “y en definitiva a una indeterminación que la ley no tolera” (LOPEZ de ZAVALIA, Ob. y tº cit., pág. 78); en el segundo por carencia total de sentido, porque no depende de una estimación y en el tercero porque rompería el equilibrio de las prestaciones entre las partes, que hasta podría incidir en la naturaleza misma del contrato celebrado.

9-2. Serio. Y aquí nos vinculamos con el tercer carácter del precio: que sea serio. Dejarlo sujeto a la voluntad de una de las partes “constituye un acto jurídico nulo por implicar una declaración de voluntad *per jocosum*, sin perjuicio de que se esté ante la broma dolosa” (Instituciones, Ob. y tº cit., pág. II9)

Es por ello que el precio irrisorio no es precio y si bien está emparentado con el precio vil, la diferencia la da en este supuesto el monto bajo, pero que configura precio, aunque pudiera ser atacado el acto por lesión. Mientras que en el primero, por su insignificancia, no es precio y el acto es nulo.

Los otros supuestos son los de precio simulado o ficticio, que para LOPEZ de ZAVALIA no configuran casos relativos al precio sino al acto mismo, por cuanto el simulado está vinculado al acto en su conjunto y se aplican las reglas de la simulación, y el ficticio está fijado, pero con posterioridad al acto se resuelve no percibirlo, lo que implica una verdadera remisión de deuda.

En tales supuestos lo que se debe considerar es la intención de las partes antes de la celebración misma, porque si es anterior, configuraría una donación disfrazada de venta. Al respecto nos pronunciamos en “DONACIONES”, Ed. Astrea, Bs.As. 2008, pág. 655 y ss.

9-3. En dinero. En cuanto a la otra exigencia, que el precio sea en dinero, se ha superado hoy la controversia doctrinaria, sobre la venta en moneda extranjera, dado que a pesar de no ser obligación de dar suma de dinero sino de cantidades de cosas en la vieja redacción del art. 617, algunos autores lo consideraban igualmente moneda, aunque no era de circulación legal, y por tanto la calificación de venta otros consideraban que hay cambio de una cosa por otra, y por tanto era permuta.

La reforma introducida a los arts. 617 y 619 por la ley 23928, resuelve el problema, y el precio en moneda extranjera, por mas que no sea de curso legal en la República, debe considerarse como obligación de darse sumas de dinero (art. 617) y si el deudor se compromete a entregar determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento.

9-3-1. Limitaciones al pago en efectivo (leyes 25345 y 25413) Pero lo que sí produce una verdadera incertidumbre jurídica, es la limitación al pago en efectivo, introducido por las leyes 25345 y 25413.

A la genuina extinción de la obligación por efecto del pago en dinero, se le introdujeron importantes modificaciones a partir del 6 de enero de 2001, con motivo de la crisis financiera y económica que dejó a la población sin circulante, y la imposibilidad de retirar de los bancos las sumas depositadas. El art. 1° de la ley 25345 establece que “No surtirán efecto entre partes ni respecto de terceros los pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a diez mil pesos, o su equivalente en moneda extranjera...” importe que la ley 25413 redujo de inmediato a la suma de mil pesos, con lo que la insignificancia de su valor, dejaba prácticamente sin efecto la mentada extinción de la obligación por el pago, mentada por el art. 740 del CC. “El deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor”

Esta variable, incomprensible desde la técnica jurídica, hace que se obligue a entregar otra cosa, alguna de las cuáles, tendrá efecto cancelatorio por imperio de la ley, como fue el frustrado cheque cancelatorio, de poca vida aun en aquel período de crisis, lo que demuestra que legislar contra la realidad jurídica es un verdadero atropello a las relaciones particulares.

Los nuevos medios de pago establecidos en sustitución del dinero, fueron –a tenor de los dispuesto en los párrafos siguientes del art. I de la ley 25345: “1. Depósito en cuenta de entidades financieras. 2. Giros o transferencias bancarias. . 3. Cheques o cheques cancelatorios. 4. Tarjetas de créditos. 5. Otros procedimientos que au-

torice el Poder Ejecutivo.”

No todos los medios autorizados, son factibles en una escritura pública por la compra-venta de inmuebles, quedando excluida la tarjeta de crédito, y ninguno de ellos, con excepción del cheque cancelatorio, tienen el alcance extintivo de la obligación.

Consecuencia de ello, es el nuevo desarrollo de la problemática nacida a partir del “corralito financiero”, con escrituras en las que se hacía la transferencia de fondos en un marco estrictamente regulado por comunicaciones del Banco Central, tales como la “A” 348I del 19/2/02, complementaria de la comunicación “A” 3467 y el comunicado 42699 del 27/2/02, que desarrollamos en el Tomo I, de “La Escritura Pública” (Rubén Augusto LAMBER, Ed. FEN, La Plata, 2003, pág. 115 y ss)

Como las exigencias eran, –para poder desafectar fondos del “corralito financiero”, acreditar ante la entidad bancaria la presentación del título de propiedad en el Registro de la Propiedad, la escritura debía contener la obligación de hacer la misma, pero no su cumplimiento, razón por la cual se pactaba el precio bajo condición suspensiva, se presentaba la primera copia en el Registro y luego ante la entidad bancaria, que en mérito a ello hacía la transferencia. Como puede apreciarse no había la mínima constancia de pago ni existía certeza de que el mismo se hubiera operado, siendo entonces necesario, acreditar en una escritura de recibo posterior, la extinción de la obligación.

De todos modos, en medio de la turbulencia originada en estas leyes, se logro luego de largas negociaciones una excepción a las limitaciones para el pago en efectivo, tal como resultó del decreto 22 del 2001, que permitió, abonar el precio en efectivo, si lo era con motivo de la suscripción de la escritura pública *“por las que se constituyan, modifiquen, declaren o extingan derechos reales sobre inmuebles”* agregando en el párrafo siguiente, para que no quede duda alguna, que ese pago *“tendrá para las partes y frente a terceros los mismos efectos cancelatorios que los procedimientos previstos en los incisos 1 a 4 del artículo 1° de la ley 25345”*, aunque el único que tenía ese efecto era el cheque cancelatorio, denotando la desprolijidad con que se legislara.

La mima se pone mas de manifiesto aún, cuando, -siendo motivo esencial del decreto el pago en efectivo en las transferencias de inmuebles- no se lo dice expresamente, y obligó a un esfuerzo interpretativo y declaraciones de los Colegios Profesionales y en particular del Consejo Federal del Notariado Argentino, en su Asamblea del 19 de abril de 2001, para tener a la misma como incluida en el decreto. Los fundamento, a nuestro criterio irrefutables, los desarrollamos en la obra *“Los Medios de pago a la luz de las leyes 25345 y 25413”* (Alberto ARAMOUNI y Rubén Augusto LAMBER, Ed. FEN, La Plata, 2001, pág. 77 y ss Aramouni, y pág. 98 y ss Lamber)

Pero el problema no termina con la escritura, dado que como lo señalara D’ALESSIO en su exposición del 18 de mayo de 2001

en la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, por tener por objeto derechos reales sobre inmuebles, quedan excluidos los boletos de compraventa, aún cuando se celebren por escritura pública, cesiones de derechos personales, de derechos hereditarios, de cuotas sociales, compraventa de acciones, etc.

Del boleto de compraventa inmobiliaria, en conexión directa con la escritura de cumplimiento que es la de transmisión del dominio, es de la mayor preocupación por los pagos anteriores a la escritura. *“El escribano no pude solucionar el problema al redactar la escritura ya que deberá reflejar esa realidad. Dado que existe una porción del precio abonada en efectivo, respecto de ella el pago ha sido ineficaz. Ello hará observable el título. La observación se sanea incluyendo la renuncia a la acción del art. 3923 y al ejercicio del pacto comisorio”* (Carlos M. D’ALESSIO, *“Limitaciones a los pagas en dinero efectivo”* XLI SEMINARIO LAUREANO ARTURO MOREIRA”, Tomo I, Mayo de 2001, pag. 86)

A criterio del que suscribe esta obra, la falta de renuncia expresa, no afecta la validez del título, por cuanto se trata de una inoponibilidad que ha quedado purgada con el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio, para la cuál se solicitaron certificados y se determinó la inexistencia de reclamación alguna de parte interesada.

Por otra parte, la ley es francamente violatoria de principios básicos del Código Civil, y en su afán impositivo, ha herido el derecho de propiedad de los particulares y

la libertad contractual, al invertir el onus probandi de quienes pagaron y cobraron de buena fe.

9-3-2. El ajuste del precio. Con relación al ajuste del precio con motivo de la desvalorización monetaria, se han producidos en los últimos tiempos variantes que van desde el nominalismo puro, a un sistema de ajuste conforme con índices de costo de vida que pretendían restablecer la equidad perdida. La cláusula de ajuste era una de las modalidades de revisión contractual, pero acordado convencionalmente sobre ciertos parámetros que debían dejarse perfectamente diferenciados y que una ley específica, aplicable para deudas garantizadas con prenda o hipoteca, autorizaba a tener por cumplido el tan estricto requisito de la especialidad, a pesar de la falta de precisión del monto. Así lo disponía el art. I de la ley 21309: *“Si se tratare de hipotecas o prendas con registro a constituirse para garantizar obligaciones en dinero sometidas a cláusulas de estabilización o reajuste, el requisito de la especialidad se considerará cumplido al consignarse la cantidad cierta de la deuda originaria, y la cláusula de estabilización o reajuste, con expresa mención de los números índices de actualización adoptados, los períodos por los cuales se efectuará el ajuste y el tipo de interés pactado”* A su vez, en el art. 5 se regulaba el procedimiento de ejecución: *“En caso de procederse ejecutivamente al cobro del crédito la ejecución deberá promoverse por la suma que, en definitiva, arroje su importe como consecuencia de la aplicación de la cláusula de estabilización o reajuste, a la fecha de iniciación, sin perjuicio de*

la ampliación o reajuste que pudiera corresponder al día de pago”

Estas normas, eran complementadas con la exigencia de la publicidad registral para conocimiento de tercero y funcionó regularmente desde el 10 de mayo de 1976 en que se publicara en el Boletín Oficial la ley 21309, hasta la sanción de la ley 23928, publicada en el Boletín Oficial el 28 de marzo de 1991, cuando al establecerse la conversión del austral, moneda vigente a esa fecha, se establece en el art. 7: *“El deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, baya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de abril de 1991, en que entra en vigencia la convertibilidad del austral. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias, y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo dispuesto”*.

Se reimplanta entonces el nominalismo; la ley 21309 queda derogada y toda otra norma o contrato que pretendiera establecer pautas de reajuste o actualización o repotenciación de deudas, carece de todo valor legal conforme al artículo transcripto, y concordante con él, el art. 10 de la misma. Por el art. 9 de la citada ley, se establece el procedimiento inverso al de la derogada indexación, y allí se establecen pautas de desindexación.

10. LA RELACIÓN DE LA COSA CON EL PRECIO

Es una cuestión que el código ha tratado detenidamente, diferenciándola según se trate de cosas muebles o inmuebles.

10-1. En los muebles. Para las primeras ha tenido en cuenta si la venta es de cantidades de cosas y se ha hecho formando un conjunto, por un solo precio, que denomina “por junto” (art. 1339); o dando un valor a cada cosa que integra el conjunto, sea por unidad de peso o medida, en cuyo caso, el resultado dependerá de la cuenta, peso o medida. En estos supuestos están comprendidas las cosas que no se venden en masa o por un solo precio, o cuando siendo uno el precio no hubiere unidad en el objeto o cuando no hay unidad en el precio, aunque la cosa sea indicada en masa. (art. 1340)

Señala SALVAT que el contrato no es perfecto hasta que las cosas no estén contadas, pesadas o medidas (conforme art. 1342) porque los elementos esenciales del contrato no existen definitivamente. (Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuente de las Obligaciones, 2ª. Edición, Ed. TEA, Bs.As. 1954, tomo I, pág. 291) Pero la venta por junto, es perfecta desde el acuerdo con la cosa y el precio (art. 1341)

BORDA critica la solución del Código en el art. 1342 porque refleja el carácter del contrato en el derecho francés, que es traslativo, mientras que siendo declarativo en el nuestro, no tiene razón de ser, y marca su verda-

dera naturaleza en el artículo siguiente (Ob. y tº cit. pág. 293/294): Cuando depende la operación de la cuenta, peso o medida, el comprador puede obligar al vendedor a ello y a su vez el vendedor, puede obligar al comprador a que reciba la cosa y abone el precio resultante del cálculo efectuado (art. 1343)

10-2. Para los inmuebles. En cuanto a los inmuebles, la venta puede efectuarse ad corpus, por un solo precio, sin dar mayor importancia a la medida total de la cosa. En los boletos de compraventa inmobiliaria, para no dejar duda de ello, se indica que el inmueble tiene, según título, una superficie de tantos metros, hectáreas, etc. y se complementa con la expresión “o lo poco más o menos que pudiera resultar de la mensura definitiva”

En la Provincia de Buenos, la confección del estado parcelario, permite establecer diferencias bastante frecuentes entre la superficie de título y lo que resulta de la mensura efectuada. Por ello, es importante analizar el tratamiento que diera al tema el codificador, que parte de la diferenciación entre la mentada venta “ad corpus” o por un precio el metro o la hectárea.

El art. 1344 considera seis supuestos distintos, tales como son: 1) sin indicación de área y por un solo precio, o 2) sin indicación del área pero a razón de un precio la medida, o 3) con indicación del área, pero bajo un cierto número de medidas, que se tomarán de un terreno más grande, o 4) con

indicación del área, por un precio la medida, haya o no indicación del precio total, o 5) con indicación del área, pero por un precio único y no a tanto la medida, o 6) de muchos inmuebles, con indicación del área, pero bajo la convención de que no se garantiza el contenido, y que la diferencia, sea más sea menos, no produce en el contrato efecto alguno.

El primer supuesto es el de la venta “ad corpus” y como dice SALVAT *“cualquiera sean las medidas que el inmueble tenga, la suerte del contrato queda definitivamente fijada desde el momento de su celebración y las partes no podrán formularse recíprocamente reclamo alguno por diferencias de superficie, alegando que ellas habían creído que ésta era mayor o menor.* (Ob. y tº, cit.pág. 293)

Las modalidades contractuales marcaran en cada caso si la venta es “ad corpus” y el precio resulta por tanto inamovible, como podría suceder en los supuestos del los incisos 5) y 6) citados..

En cambio, cuando hay precisión en el precio por medida, aunque sin indicación del área, (inciso 2º), el precio resultará del cálculo sobre el total. Pero si se ha indicado la superficie que contiene, el vendedor debe dar la cantidad indicada (art. 1345 inc. 1º) Si resultare una superficie mayor, el comprador tiene derecho a tomar el exceso abonando su valor al precio estipulado (art. 1345 inc. 2) y si el área resultare menor, puede el comprador pedir que se devuelva la parte proporcional del precio en exceso (art. 1345 inc. 3º)

Estas soluciones en cuanto a la superficie

total tienen un límite: que no superen el vigésimo del total, porque en tal caso, ya se está desnaturalizando el contrato, tanto para el comprador como para el vendedor, y el art. 1345 inciso 4º, contempla el derecho del comprador, porque es el que menos posibilidades tiene de conocer la diferencia, y puede en consecuencia dejarlo sin efecto. No obstante, si decide mantener el contrato, puede exigir el cumplimiento con el aumento o disminución del precio. Pueden sin embargo, darse casos excepcionales conforme al destino del inmueble, aun cuando no supere ese vigésimo, en que se puede dejar sin efecto el contrato, en razón del destino que pretendía dar el comprador a la cosa, la que resulta insuficiente y el conocimiento que tuviera de ello el vendedor. (SALVAT, Ob. y tº cit., pág. 295/96).

Como regla, fuera de lo indicado, la expresión de la medida no da lugar a suplemento del precio o disminución, sino *“cuando la diferencia entre el área real y la expresada en el contrato, fuese de un vigésimo, con relación al área total de la cosa vendida”* (art. 1346) Para SALVAT la norma es aplicable al supuesto del inciso 5º del art. 1344 (con indicación del área y por un precio único). Si hubiera diferencia menor al vigésimo, nada pueden reclamarse las partes y la diferencia es despreciable en el negocio. Pero si alcanza el vigésimo o lo supera, puede reclamarse el aumento o disminución, pero si hay aumento del precio el comprador puede pedir la *“disolución del contrato”* (art. 1347). Este criterio se aplica también en los supuestos del art. 1344 inci-

so 2 y 3.(Ob y tº cit., pág.297/298)

Finalmente, cuando se venden dos o más inmuebles por un mismo precio en conjunto, con indicación del área de cada uno, frente a la diferencia el art. 1348 opta por la compensación si hay menos en uno y más en el otro, hasta la concurrencia de ellas. Lo que en definitiva resta, es a lo que se aplican las reglas sobre exceso o disminución tratadas.

11. CLÁUSULAS ESPECIALES

Si bien el tema esta directamente relacionado con el art. 1363 y siguientes sobre la posibilidad de subordinar la compraventa a condiciones o modificación de las obligaciones que nacen del contrato, preferimos tratar el tema en el acápite siguiente y dar espacio a las nuevas cláusulas que surgieron en su mayor parte, con posterioridad a la sanción del Código Civil, y en particular como producto de la nueva realidad económica en que se inserta la contratación y la actualización legislativa y jurisprudencial. Debe tenerse en cuenta que la regulación del código en la materia lo es en forma meramente enunciativa, dado que —como dice BORDA— *“en el ámbito contractual impera el principio de la libertad (art. 1197), las partes pueden pactar las cláusulas y modalidades que estimen conveniente”* art. 1363)” (Contratos, Ob. y tº cit., pág. 205) y mucho de lo previsto no es frecuente en la contratación moderna.

11-1. Con motivo de la prehorizontali-

dad. Con la sanción de la ley 13512 de propiedad horizontal y la 19724 de prehorizontalidad por un lado y las nuevas formas de dominio que involucra en un sistema de propiedades con fines determinados como “Barrios Cerrados”, “Clubes de Campo”, “Parques Industriales”, etc. se le agregaron a las cláusulas especiales de una compraventa, otras originadas en las normas que la regulan, como lo que resulta de la necesidades de los nuevos complejos.

Algunas —entre las tradicionales— formaban parte de los boletos de compraventa, tales como el pacto comisorio, convenciones sobre gastos de escritura y otros que se originan en la transmisión, tribunales competentes o regulación sobre la mora, aunque con la reforma que introdujo la ley 17711 al art. 509, el panorama ha quedado despejado en el último supuesto.

En las escrituras de transmisión de dominio, el pacto comisorio no es habitual, pero también puede tener recepción, y con motivo de la financiación del saldo de precio, se incorporan cláusulas sobre el pago del mismo, aplicación de intereses compensatorios, punitivos o multas, cláusulas de caducidad del plazo para el caso de actos de disposición material o jurídica del deudor o la regulación de los pasos procesales a seguir en caso de ejecución, fijación de la base de la deuda para el remate, renunciaciones que en muchos casos resultan inconstitucionales como la de no oponer excepciones, o lugar de cancelación de la hipoteca y pago de los gastos respectivos.

La propiedad horizontal fue incorporando otras cuestiones, en particular sobre el uso y goce de las cosas comunes, previsiones para el caso de sobre-elevación del edificio con poderes especiales irrevocables para su ejecución, mayorías para la modificación del reglamento, etc.

Lo más notable en esta materia es la modalidad de inserción de cláusulas especiales en el régimen de prehorizontalidad, por el contenido normativo de las mismas, claro que en los boletos, que por sus características, deben ser inscriptos en un legajo especial.

Así la ley 19724 establece en el artículo 14 las reglas para la redacción de los contratos, y después de señalar que debe ser “clara y fácilmente legible” agrega: *“Las cláusulas que establezcan limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias o de prórroga de la jurisdicción judicial, así como los supuestos previstos en los incisos f) y b) del artículo 13, sólo tendrán efecto si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial, firmada por éste.*

El artículo 13 establece los requisitos que debe contener el boleto, y entre otros destacamos a modo de ejemplo las siguientes: *“Art. 13 inc. g): El plazo y condiciones en que se otorgará la posesión;” Si bien la regla puede estar dirigida a la posesión en el sentido del viejo Código Vélezano, que opera por la tradición en escritura pública tal como resulta de los arts. 577, 2609,*

1184 inc. 1º y concordantes, lo más frecuente es la posesión durante la vigencia del boleto de compraventa, cuando todavía no se está en condiciones de otorgar el acto escriturario, como contrato de cumplimiento o ejecución o de segundo grado; sin embargo, la reforma de la ley 17711, no solo ha institucionalizado al “boleto de compraventa” como contrato preliminar a la tradición del dominio, sino que ha declarado como de “buena fe” la adquisición de inmuebles por aquel medio. Además, ha establecido la oponibilidad de esos instrumentos por adquirentes de buena fe “al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio” (art. 1185 bis C.C. s/ reforma ley 17711).

Con motivo de lo dispuesto por el art. 2 inc. c) de la ley 19724, que condiciona el perfeccionamiento de la venta de una unidad, a la de un determinado número de las mismas, el art. 13 en su inciso h) establece la necesaria regulación específica de esta condición, lo que nos ha permitido sostener que *“Se trata de una cláusula de singular trascendencia, por cuanto, conforme a su contenido, convertiría al acto, en un verdadero contrato aleatorio o condicional. Tal es el caso de dejar sujeta la concreción del negocio, a un hecho futuro e incierto, como es el de condicionar la transferencia de unidades, a la enajenación, en un plazo que no exceda de un año, de un determinado número de unidades, que en todos casos, no sea superior al cincuenta por ciento. Resulta algo complejo definir con exactitud la naturaleza del contrato, porque —como dice Jorge E. LAVALLE COBO en el Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Concordado y Anotado, bajo la dirección de Augusto C. Belluscio y la coordinación de Eduardo A. Zannoni, “Los contratos aleatorios no deben ser*

confundidos con los contratos bajo condición ni asimilados a éstos. En el contrato condicional hay un acontecimiento futuro e incierto del cuál depende el nacimiento o la resolución de las obligaciones pactadas; en el contrato aleatorio, la prestación, el contenido mismo de la obligación de una o ambas partes, pasa a depender de un acontecimiento incierto, o sea de un hecho que determinará el resultado del contrato. En otras palabras, la condición es una modalidad del acto, mientras que en el contrato aleatorio el álea es un elemento intrínseco del negocio.” (Ed. Astrea, Bs.As. 1984, Tomo 5, pág. 745). La precisa distinción de LAVALLE COBO, nos permite posicionarnos en la modalidad del acto, por cuanto, el supuesto álea representado por la posibilidad de no concretarse la venta de cierto número de unidades en tiempo precisado no mayor de un año, no es un elemento intrínseco del negocio, y por tanto se trata de VENTA CONDICIONAL, pero debemos confesar que la similitud que pudiera tener con la venta de cosa futura del art. 1404, tomando el comprador el riesgo de que no llegase a existir, o la venta de la cosa sometida a riesgo, conforme al art. 1406 C.C. y concordantes, se aproximan al supuesto analizado. Sin embargo, estos últimos son verdaderos elementos intrínsecos del acto, por cuanto se integran en la clasificación de venta de cosa futura, mientras que en el caso de la ley 19724, no se está cuestionando si la cosa llegare a existir, sino si se cumple determinada condición. No es determinante la existencia de la cosa, sino la consecuencia del cumplimiento o no de la condición. La elucubración en que nos introducimos, además de la curiosidad temática para la clasificación de los contratos, tiene sentido en cuanto a los efectos, distintos según sea condición o álea, especialmente en materia de lesión (art. 954) o imprevisión contractual (art. 1198), cuando se debe

resolver la devolución de valores devaluados por un hecho que ha tornado la misma excesivamente onerosa para una de las partes por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. No obstante ello, y para evitar algunas discusiones, de plantearse el supuesto a que apunta la regla, es necesario dar la debida regulación a la manera de resolver el contrato, de producirse o no la condición.. (LAMBER, Rubén Augusto, “La Escritura Pública, Ed. FEN, tomo III, La Plata 2006, pág. 15/26) Nos remitimos a esta obra para el desarrollo integral del tema.

11-2. Frente a las nuevas formas de dominio. Otras cláusulas especiales resultan en los regímenes de “Clubes de Campo” o “Barrios Cerrados” o “Parques Industriales”. Las características comunes: predio con cerramiento que no solo marca la delimitación física del inmueble, sino también el control de acceso al mismo; estructura que permita la propiedad exclusiva sobre el lote o unidad y participación de los propietarios en los sectores, espacios, bienes y servicios comunes, formando ambos sectores un todo inescindible desde el punto de vista jurídico-funcional; entidad con personería jurídica que nuclea a los propietarios de lotes; obligación de pagar gastos comunes; reglamento con las pautas de funcionamiento y sanciones disciplinarias, regulación de los derechos de admisión y exclusión y la reglamentación del ejercicio de los derechos de los copropietarios en cuanto a las limitaciones y restricciones en miras del bien comunitario. (Conforme síntesis de Marcelo DE HOZ en “Conjuntos Inmobiliarios:

Barrios Cerrados, Clubes de Campo, Parques Industriales y otras Urbanizaciones Especiales” en Revista de Derecho Privado y Comunitarios, 2002-2, Propiedad Horizontal, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 7)

De la sola lectura de la ley provincial I3744, aparece como reconocido el sistema de parcelas independientes con una sociedad propietaria de los lugares y cosas de uso común, con un reglamento que regula su funcionamiento, o mediante aplicación de la ley I3512, integrado por unidades funcionales y lugares y cosas comunes de los mismos propietarios, cuyo funcionamiento resulta del Reglamento de copropiedad.

Proliferaron también las restricciones al dominio y servidumbres para el buen uso del complejo en cuyo caso debemos diferenciar servidumbres voluntarias de las administrativas, que son aceptadas por los compradores o constituidas según el caso, y su distinción con las “restricciones”.

Es evidente la diferencia señalada por la doctrina entre las “restricciones al dominio” que en general originan deberes de soportar o de no hacer, y hasta impone en algunos casos obligaciones de hacer (arts. 2616, 2622, 2624, etc.) con las “servidumbres” que *“reconocen los dos primeros contenidos “in patiendo” o “in faciendo”, pero no son admisibles servidumbres cuyo contenido consista en un hacer para el titular del fundo gravado (arts. 3010, 3022, 3023, 3042) (Código Civil Anotado, Jorge Joaquín LLAMBIAS, Jorge H. ALTERINI, Tomo IV-A, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1981, pág. 408)*

11-3. Arbitraje, mediación y cláusulas de revisión. Si bien no son modernas cláusulas especiales, se aproximan por su necesaria admisión de las partes.

Queda por citar en esta apretada reseña de modernas cláusulas especiales, las referidas al arbitraje y mediación para los supuestos de conflictos, y como producto de la realidad económica, que originara la pesificación de la ley 25561 y dto. 214/02, alguna tan particular como la que contempla la “revisión del contrato”, tal como lo sostiene Alejandro BORDA: “Es necesario arbitrar sistemas y normas abiertas que permitan renegociar los contratos y, en caso de no arribar a un acuerdo, solicitar judicialmente la revisión” (Renegociación y Revisión de los Contratos” en diario de LL del 17 de junio de 2003, pág. I, col. 4).

Como modelo de cláusula de revisión nos remitimos al tomo III de “La Escritura Pública” citada, pág. 45 y ss.

12. MODALIDADES

Siguiendo un poco la crítica metodológica que hacen tanto REZZONICO como BORDA, citados por LAGOMARSINO y CIFUENTES al capítulo IV del Título III, Sección III, del Libro II del Código Civil (arts. 1363 a 1407) *“por entender que los principios consagrados para las ventas condicionales son aplicables en general, a las ventas sujetas a pactos especiales. . . razón por la cual, . . . hay que comenzar por estudiar las ventas condicionales y seguir después con las otras modalidades a que puede estar sujeta la*

compraventa” (Código Civil y leyes complementarias, bajo la dirección de Augusto C. BELLUSCIO, Tomo 6 ya relacionado, pág. 1370) nos referimos a ellas.

Es el criterio seguido por el Proyecto de Reformas de 1936, y por BORDA que considera innecesarias estas disposiciones y que hubiera bastado con referirse a las obligaciones condicionales. (Contratos, Ob. y tº cit., pág. 205).

En el proyecto de reformas aprobado por Decreto 685/95, el tema fue notablemente simplificado en siete artículos (1099 a 1105), con referencia expresa solo a cuatro pactos: de “retroventa”, de “reventa”, de “preferencia” y los agregados a la compraventa de cosas registrables, así como el plazo de los mismos y lo relativo a la aplicación de las condiciones suspensiva y resolutoria, ya desarrollado en materia de obligaciones.

12-1. La condición. Partimos entonces de la “condición” para el tratamiento del tema, siguiendo lo establecido en el art. 528 cuando señala que la obligación es condicional cuando en ella se subordina a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho o la resolución de un derecho ya adquirido. Como sostiene Jorge A. MAYO, se trata de un elemento accidental de los negocios jurídicos, con lo que el mismo existe con independencia de su inserción, pero que una vez establecida *asume carácter principal o esencial, similar al de cualquier otro elemento del acto; prue-*

ba de su importancia es que los efectos dependen de que acaezca” (En Código Civil y Leyes complementarias, bajo la Dir. de Augusto C. BELLUSCIO, Ob. cit., Ed. Astrea, Bs.As. 1979, tomo 2, pág. 746)

De la condición puede resultar el equilibrio o desequilibrio jurídico que define BUSSO en el primer supuesto como “*la situación jurídica en la cual el resultado del acontecimiento determina el mantenimiento del estado de cosas existentes, sin que nada deba una parte hacia la otra ni respecto de terceros*” mientras que el desequilibrio jurídico es “*aquella situación en la cual el resultado del acontecimiento determina el nacimiento de una obligación que es preciso cumplir para restablecer el equilibrio jurídico.*” (Código Civil Anotado, tomo III, cit., pág. 517)

Ejemplifica BUSSO que el primer supuesto se da en la condición suspensiva cuando sin haberse entregado la cosa la condición no se cumple, o cuando entregada, se cumple, mientras que en la resolutoria hay equilibrio si la posesión de la cosa fue conservada por el deudor y la condición se cumple o cuando habiendo sido entregada al acreedor, la condición no se cumple.

12-1-1. Suspensiva. Ello es así en materia de compraventa, porque —como lo establece el art. 1370, en la condición suspensiva, pendiente la condición “*ni el vendedor tiene obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador de pagar el precio*”. Si la condición no se cumple, nada sucede. No obstante lo señalado, puede ser que las partes acuerden en la entrega antes de cumplida la condición,

pero el estado de pendencia de la misma no produce efectos traslativos, y como señala el inciso 2° del art. 1370 el comprador no adquiere el dominio de la cosa “y será considerado como administrador de cosa ajena”. Cumplida la condición, la cosa ajena pasa a ser propia y se conserva el equilibrio jurídico.

Pero si además de la entrega de la cosa, se hubiera pagado el precio, y la condición no se produjese, allí se da el supuesto de “desequilibrio jurídico”, porque la cosa y el precio deben restituirse como lo señala el inciso 3° del art. 1370, “compensándose los intereses de éste con los frutos de aquella”, norma que marca una franca corrección a lo previsto en materia de obligaciones en el art. 548, donde, luego de señalar que si la condición no se cumple la obligación se considera como si nunca se hubiere formado, y estableciendo que la cosa entregada debe restituirse con los aumentos que hubiere tenido por si, pero no los frutos que haya percibido. Dice BORDA que no se advierte a que título puede el acreedor retener los frutos, mas cuando siendo considerado administrador de la cosa, no solo tiene derecho a esa restitución sino también a exigir retribución por la administración. (Contratos, Ob. y t° cit., pág. 206)

12-1-2. Resolutoria. En el supuesto de la condición resolutoria, la obligación se tiene como formada desde el inicio y por tanto “El vendedor y el comprador quedarán obligados como si la venta no fuese condicional” Si la condición no se cumple, no hay resolución y por tan-

to, persiste el equilibrio jurídico. Si en cambio se cumple la condición, la obligación se resuelve y la cosa debe ser restituida, pero como ya se transmitió al comprador, es necesario que el comprador le haga tradición de ella (art. 1371), con todos los efectos que ello significa. Pero si la cosa no se hubiera transmitido, entonces no se habrá roto el equilibrio jurídico.

12-1-3. Conclusión. Digamos a modo de conclusión, que en la condición suspensiva la obligación no se forma hasta su cumplimiento. En tanto pende la condición, el acreedor solo puede exigir medidas conservatorias para preservar la cosa (art. 1370 inc. 1° in fine).

En la condición resolutoria, la obligación se ha formado como si estuviere libre de ella. Pero si la condición se cumple, se resuelve. La variable con la tradición de la cosa en uno o en otro supuesto esta relacionada con la producción de los efectos, pero donde tiene principal incidencia es en el “pacto bajo reserva de dominio” en que la naturaleza de la condición depende de la formulación efectuada en la declaración de voluntad. En cambio en el “pacto comisorio”, estamos ante una clara situación de condición resolutoria.

12-2. Pacto Comisorio. Conforme a lo que resulta de la reforma de nuestra legislación tras la ley 17711, hoy podemos hablar del pacto comisorio expreso o tácito. En materia de contratos en general esta pre-

visto el “pacto comisorio” en el art. 1203 por el cual cada parte se reserva el derecho de no cumplir si la otra no lo hace, quedando excluido este pacto del contrato de prenda, por el abuso que podría generar conforme a su naturaleza.

La resolución prevista es un beneficio que solo corresponde al no culpable. Como sostiene MORELLO, “*el pacto comisorio no puede funcionar si media el incumplimiento de ambas partes*” (El boleto..., Ob. cit., Tomo II, Bs.-As. 1981, pág. 160)

Se ha dicho que es una verdadera sanción al que violó su promesa, y por tanto que afectó la buena fe contractual, dejando al inocente la posibilidad de resolver o exigir el cumplimiento.

Por esa razón, se acuerda hasta la última instancia al inocente, optar entre una decisión o la otra, incluso aunque se hubiese demandado el cumplimiento. En cambio si se demandó la resolución, ya no tendrá retorno.

Así lo señala el párrafo final del nuevo art. 1204: “*La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución*”

El incumplimiento atribuido al culpable debe tener significación suficiente para justificar la resolución, quedando ello librado al prudente arbitrio judicial (Morello, El Boleto, Ob. cit. pág. 165)

En cuanto al “pacto comisorio tácito,” la

reforma introducida por la ley 17711, resolvió los conflictos que se habían generado en la jurisprudencia, ante la negativa de resolución si no había pacto expreso.

SPOTA señala la existencia previa de una jurisprudencia deformante o pretoriana, apoyada en el Código Civil, pero que iba más allá, conforme a las opiniones de SALEILLES y de GÉNY, que en nuestro derecho recogiera COLMO como justicia creadora, aplicada en el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil de la Capital, del 26 de mayo de 1953 (LL tº 70, pág. 503, fallo 32953) que admite la resolución a pesar de no haberse convenido el pacto comisorio. (INSTITUCIONES... CONTRATOS, Vol. IV, Ob y tº cit., pág. 207)

Siguiendo el curso de esa jurisprudencia creadora, el nuevo art. 1204 faculta la resolución tácita: “*En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.*”

LAVALLE COBO señala que esta modalidad no se diferencia del pacto expreso ni por los fundamentos ni por la naturaleza, dado que “*La facultad de resolver se funda en la reciprocidad de las prestaciones, en su interdependencia o conexión, que no solo existe en la celebración del contrato (senalagma genético), sino que también gravita en la etapa del cumplimiento (senalagma funcional)*” (En Código Civil y leyes... BELLUSCIO-ZANNONI, Vol. 5 cit., pág. 998)

Aclarada la cuestión del “pacto comisorio” veamos que tratamiento le daba Vélez entre las “cláusulas especiales”: a) por un lado,

lo considera una “condición resolutoria” (art. 1374) y lo prohíbe para los muebles. b) los efectos de la venta con pacto comisorio están regulados en el art. 1375 y c) La venta con pacto comisorio equivale a la que se hiciera con la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio (art. 1376)

12-3. Bajo reserva de dominio. Advertimos en el artículo cierta incongruencia, porque al diferenciar la condición suspensiva de la resolutoria, en principio nos volcamos a la primera cuando la obligación no está formada, y para que la misma alcance su plena existencia, se debe cumplir la condición. Si hablamos de “reserva de dominio” no estaríamos ante el supuesto de la condición resolutoria, en que la obligación está íntegramente formada, la cosa entregada, y solo depende la resolución del cumplimiento de la condición. Pero sabemos también que en la condición suspensiva, las partes pueden pactar la entrega no obstante la situación de pendencia, y sujetarla a ella. Su aplicación complica aun mas la cuestión, por cuanto en los casos en que fuera utilizada, se pretendió hacer tradición de la cosa con la reserva del dominio, como sucede en materia de aeronaves, lo que hizo definir la cuestión por la condición resolutoria del art. 1376.

Característica especial del sistema, es la expresa admisión normativa de la compra con reserva de dominio, contenida en los arts. 42 y 43 del Código Aeronautico (ley

17285), el primero de los cuales dispone: *“Podrá inscribirse de manera provisoria a nombre del comprador y sujetas a las restricciones del respectivo contrato, toda aeronave de mas de 6 toneladas de peso máximo autorizado por certificado de aeronavegabilidad, adquirida mediante un contrato de compraventa, sometido a condición o a crédito u otros contratos celebrados en el extranjero, por los cuales el vendedor se reserva el título de propiedad de la aeronave hasta el pago total del precio de venta o hasta el cumplimiento de la respectiva condición. . .”*

Pero la “reserva de dominio” no se limita a la compra de aeronaves en el extranjero, y siguiendo la lógica aplicación del Código Civil en la materia, dispone su aplicación a las aeronaves argentinas adquiridas en el país, “...cuyo régimen legal será el de la condición resolutoria” (art. 43 CA), aunque a nuestro criterio debió serlo el de la “condición suspensiva” que es la que responde estrictamente al respectivo pacto, dado que todos los efectos nacen, cuando la condición (pago o lo que fuere) se cumple. Lo que ocurre es que en el sistema de la propiedad inmueble la venta bajo reserva de dominio se puede inscribir como transmisión de dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, (art. 33 párrafo 2 de la ley 17801) mientras que en materia de aeronaves, no se inscribe como dominio y por tanto, al darle inscripción provisoria, es razonable, que la condición sea resolutoria, porque una vez producida se resuelve la misma, sin llegar a producir la inscripción a nombre del adquirente en la matrícula.

En verdad, el legislador quiso resolver el

conflicto creado por el art. 1376 del CC, cuando establece la equivalencia entre el pacto comisorio y la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio. Así lo sostiene Juan A. LENA PAZ con remisión a la nota del codificador al art. 43 del CA. (“Compendio de Derecho Aeronáutico”, Ed. Eudeba, Bs.As. 1970)

Una cosa es inscribir provisoriamente y resolver y otra muy distinta, inscribir el dominio sujeto a la condición suspensiva del pago. Si la condición no se cumple, la anotación cae con la sola constancia de la misma. En cambio, la condición resolutoria, inscribe un dominio a nombre del adquirente (cosa que no ocurre en el Código Aeronáutico por darle inscripción provisoria) y para resolverlo es necesario la intervención judicial que acredite el incumplimiento en el régimen del Código Civil (arts. 2666) y además el último párrafo del art. 1371 cuando señala que “el vendedor no volverá a adquirir el dominio de la cosa sino cuando el comprador le haga tradición de ella”.

No obstante, admitimos los serios cuestionamientos doctrinarios en materia civil al pacto bajo reserva de dominio como “condición suspensiva”: Lo rechazan Guillermo BORDA, en su “Manual de Contratos” Ed. Perrot, Bs.As. 1987, página 264 y ss; Fernando LOPEZ de ZAVALIA, en la Parte Especial, tomo 2, pág. 262 y ss, Ed. ZAVALLI, Bs.As. 1985, pero a su vez, lo aceptan Raymundo L. FERNANDEZ, en “Código de Comercio. Tratado de Derecho Comercial en forma exegética”, tomo 2, pág.

231 y ss, Bs.As. 1950, Luis María REZ-ZONICO, en “Estudios de los Contratos en nuestro derecho civil” pág. 248, Bs.As. 1950, SARAVIA, José Manuel, “El Pacto bajo Reserva de Dominio en la Compra y Venta” en LL, t° 41, pág. 943 y ss y WINI-ZKY, Ignacio, “Compraventa con reserva de dominio” en Enciclopedia Jurídica Ameba, tomo III, pág. 523 y ss.

Por nuestra parte, adherimos a los que lo aceptan y le dimos aplicación frente a las restricciones cambiarias que resultaron en la época del “corralito financiero”, cuando no se podía retirar efectivo de los bancos, salvo que se tratara del pago del precio de una compraventa de inmuebles, que celebrada en escritura pública, debía pagarse con depósitos bancarios a cobrar después de la suscripción de la escritura y presentación en el Registro de la Propiedad, con el riesgo que el mismo no se hiciera. Si se aplicaba la condición resolutoria, el incumplimiento requería de un juicio para lograr la restitución. Tratándose de una condición suspensiva, no había transmisión, hasta que la condición no se cumplía, y la misma se perfeccionaba únicamente cuando se acreditaba el pago de los certificados al vendedor. (LAMBER, Rubén Augusto, “La Escritura Pública”, Tomo I, pág. 115 y ss, Ed. FEN, La Plata, 2003)

En ESPAÑA, en *“las ventas cuyo precio se aplaza mientras que el vendedor cumple su obligación de entrega, y como garantía en su favor, se suele pactar que, pese a la transmisión efectuada, el comprador no adquiere el dominio hasta que no pague la totalidad del precio. . . .El*

vendedor, en esta hipótesis, podrá ejercer una *tercería de dominio para que se reconozca su derecho de propiedad y se alce el embargo por no pertenecer la cosa al ejecutado*” (DIEZ PICAZO-GULLON, Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Ob. cit. Ed. Tecnos Madrid 1992, pág. 286/87)

12-4. Pacto de retroventa. Al desarrollar los pactos, el codificador aplica reglas de las condiciones, como en el supuesto del pacto de retroventa, referido como dice BORDA únicamente a los inmuebles, y en tanto se hubiera hecho la transferencia del dominio (arts. 1366 y 1373) con escritura pública y tradición. Conforme al mismo, el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida devolviendo el precio o una cantidad mayor o menor a la estipulada en el mismo contrato. (Contratos, Ob. y t° cit., pág. 239/40)

Sin embargo, también fue contemplado por la ley de navegación (art. 161 dto. ley 20094/73) que a pesar de ser bien mueble, tiene la característica de registrable, que lo ubica en un tercer género en la vieja clasificación romana, agregando ésta, que por otra parte, en materia de publicidad registral, se equipara en gran parte al modelo de publicidad inmobiliaria (Ley 19170 de Registro Nacional de Buques)

El ejercicio de este derecho a recuperar la cosa en las condiciones pactadas, es limitado en el tiempo a tres años, contados desde la celebración del contrato (art. 1381), tratándose de un plazo de caducidad, razón por la cual, opera de pleno derecho, por el

solo transcurso del tiempo, sin necesidad de declaración alguna. El art. 1382 establece que el plazo corre contra toda clase de personas, aunque sean incapaces, fundamento para SPOTA de la mentada caducidad (Instituciones, Vol. IV cit., pág. 134) y “pasado ese término, se extingue el derecho del vendedor para resolver la venta, y el comprador queda propietario irrevocable”

Por tanto, antes del cumplimiento del plazo, el vendedor tendrá que hacer valer su derecho, y ante la falta de regulación, el rescate sería informal (Borda, Contratos, Ob. y t° cit., pág. 246), pero nos encontraremos con un dominio inscripto a nombre del comprador en el Registro de la Propiedad que debe retornar al transmitente. Razón por la cual, al menos en los registral, requiere de una declaración expresa que al efecto deberá serlo en escritura pública (art. 3 inc. a) ley 17801) y tener constancia del pago del monto de la restitución, con lo que la participación del primitivo comprador que había pagado el precio, es necesaria para dar el recibo de la misma, salvo el supuesto de consignación judicial y aprobación respectiva.

De todos modos, ya BORDA cuestionaba la validez práctica de este contrato, que en la mayoría de los casos encubre un préstamo de dinero, declarado nulo como venta por la jurisprudencia, con independencia de su validez como mutuo. Y concluye BORDA: “Lo cierto es que hoy esta cláusula sólo favorece las actividades de los usureros” (Contratos, Ob. y t°. cit. pág. 241)

12-5. Pacto de reventa. Inverso al anterior, se regula el pacto de reventa, en que es el comprador quien se arrepiente y devuelve la cosa al enajenante con restitución del precio en la forma pactada (art. 1367), del que no nos extendemos, porque conforme al art. 1391, son aplicables al caso los supuestos previstos para la retroventa.

12-6. Cláusula de poder arrepentirse. También se considera sometido a una condición resolutoria, la compraventa con cláusula de poder arrepentirse, (art. 1373) que ya existe en la retroventa porque se arrepiente el vendedor y recupera la cosa y en la reventa porque se arrepiente el comprador y recupera el precio. (SPOTA, Instituciones, Vol.IV cit., pág. 133)

12-7. Pacto de preferencia. Como una variante de la facultad de recuperar la cosa, pero con particularidades especiales, esta el pacto de preferencia, en que el vendedor puede ejercer ese derecho, si el comprador quiere venderla o darla en pago,(art. 1392) abonando el precio que daría el tercero y otras ventajas. Este derecho puede ejercerse tanto sobre cosas muebles como inmuebles, pero el art. 1393 limita el plazo para su ejercicio a tres días si es mueble, desde que el comprador le hiciera saber la oferta que tuviera, y de diez días si fuera inmueble. Por el art. 1395 este derecho se puede ejercer incluso en caso de subasta de la cosa, en tanto sea inmueble, en cuyo supuesto se le deberá notificar el día y lugar de la misma,

bajo apercibimiento de ser indemnizado del perjuicio que le resulte. Pero si la cosa es mueble, el vendedor no tendrá derecho alguno. Según SPOTA, la violación a la notificación de la subasta, no perjudica su plena validez, pero da lugar a una pretensión resarcitoria (Instituciones, Ob. y tº cit., pág. 140)

El art. 1396 establece expresamente el carácter intransmisible del derecho de preferencia; es personalísimo y no puede ser ejercido por sus herederos y funciona en los casos expresados (venta o dación en pago). Por tanto, como dice BORDA, no funciona si el comprador lo aporta a una sociedad, , lo da en donación (Ob. y tº cit., pág. 261) y hoy agregaríamos si lo transmite en fideicomiso o en leasing o por cualquier otro contrato innominado con efectos traslativos.

12-8. Pacto de mejor comprador. Otro de los pactos previstos, es el de mejor comprador, que es la estipulación de quedar deshecha la venta si se presentase otro comprador que ofreciese un precio mas ventajoso.(art. 1369). Tendrá el carácter de condición resolutoria si no se hubiere pactado expresamente bajo condición suspensiva (art. 1398)

El pacto funciona únicamente con los inmuebles, y por el plazo de caducidad de tres meses. No puede tener lugar sobre muebles (art. 1400) Este derecho es transferible, pasa a los herederos y pueden los acreedores ejercer la acción subrogatoria, pudiendo ser

ejercido el derecho en caso de concurso (art. 1397)

Ya nos hemos referido a la prohibición de no enajenar del art. 1364 y a la venta aleatoria (arts. 1404 a 1407).

12-9. Con sujeción a ensayo o prueba.

En cuanto a la aplicación de la condición suspensiva, recogemos como una expresión más de la misma el art. 1336 cuando la venta es hecha con sujeción a ensayo o prueba de la cosa vendida y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirla. Cumplida la condición de que la cosa sea del agrado personal del comprador, la misma queda perfeccionada.

Sin embargo, analizando su naturaleza, la critica BORDA por cuanto no existe un verdadero consentimiento del comprador hasta que prueba la cosa, y por tanto, no puede hablarse de venta; *“todo lo que hay es una promesa unilateral de venta”* (Contratos, Ob. y tº cit., pág. 281)

De nuestra parte, compartimos el criterio de BORDA por cuanto no es verdadera condición la que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, y por tanto, es de ningún efecto como condición (art. 542) y solo puede considerarse como promesa unilateral de venta.

13. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Una cosa son las obligaciones originadas por el contrato desde su aspecto genético

y otra distinta lo que resulta con motivo de las modalidades introducidas en el mismo, que afectan al sinalagma funcional.

Las primeras están relacionadas con los elementos del contrato y su ejecución, tales como el pago del precio por el comprador y la entrega de la cosa por el vendedor, sin perjuicio de otras que las complementan como son la garantía de evicción y vicios rehibitorios, lugar y tiempo de entrega o de pago, estado de la cosa o forma de pago del precio, gastos de entrega o recepción etc.

Cumplido el contrato con estas exigencias, queda concluido en forma firme, definitiva e irrevocable y cualquier variante que se pretenda hacer, significará un nuevo contrato.

En cambio, frente a las modalidades, el contrato está en trance de ejecución, y las consecuencias de las mismas pueden producir la perfección o su revocación, porque esa es la naturaleza de las mismas.

Hacemos estas aclaraciones previas frente a cierta difusión desde lo notarial, de escrituras de distracto de compraventa, tomado quizá de algunas prácticas subsanatorias en materia de donaciones que criticamos salvo cuando estuvieren causados (*“Donaciones”*, Lamber, Rubén Augusto, Ed. Astrea, Bs.As. 2008, pág. 563 y ss).

La compraventa no puede quedar sujeta al distracto, porque como tal ya está concluida. Si esta sujeta a las modalidades, podrá quedar sin efecto con motivo de las mismas, pero no por voluntad de las partes que graciosamente pretendieran dejar sin efecto el contrato, extinguiendo las obligaciones

creadas por él y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido, como dice el art. 1200, que la doctrina ha considerado aplicable a contratos de ejecución sucesiva y no instantánea.

Hasta el pacto comisorio tácito, sin regulación expresa antes de la reforma de la ley 17711, tenía sustento normativo en la vieja estructura del Código. A pesar que la vieja redacción del art. 1204 decía que “*Si no hubiere pacto expreso que autorice a una de las partes a disolver el contrato si la otra no lo cumpliere, el contrato no podrá disolverse, y sólo podrá pedirse su cumplimiento*” otros artículos sostenían lo contrario, tales como el 1412 y 1420. El primero establece que “*Si el vendedor no entrega la cosa al tiempo fijado en el contrato, el comprador puede pedir la resolución de la venta, o la entrega de la cosa*”

Este artículo, además de contradecir lo establecido en el art. 1204 (anterior redacción) estaba haciendo un reconocimiento tácito e incipiente del boleto de compraventa, como lo señala MORELLO (El boleto... Ob. cit. pág. 13)

En el artículo 1420, se establece igual criterio, pero referido a las cosas muebles, ante la falta de tradición.

La discusión se bifurcó entre los que entendía que esta última norma comprendía también al art. 1412, que estaba referida a los inmuebles, y los que consideraron que el poder resolutorio del 1412 era general y por tanto abarcaba tanto a los muebles como a los inmuebles.

En favor de la primera postura, estaban los arts. 1429 y 1430, y la duda sobre la reso-

lución en materia de inmuebles, fue definitivamente resuelta con la reforma de la ley 17711, que a criterio de SPOTA, derogó implícitamente el art. 1432, y la resolución será procedente, aún sin pacto comisorio expreso. “*La resolución, tanto del boleto de compraventa, como de la venta a crédito instrumentada con escritura traslativa de dominio e inscrita en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, quedan sometidas al nuevo art. 1204, que admite la resolución de todo contrato bilateral (y la venta desde luego, lo es) exista o no pacto comisorio (y ello con eficacia frente a terceros si esa venta a crédito así fue inscrita en el Registro V: art. 64 decr. Ley 17417/67, que dispone que las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias, se anotarán en el Registro de la Propiedad Inmueble siempre que medie petición al respecto; pero esa petición se torna innecesaria cuando lo resolutorio surge del negocio jurídico, aun por aplicación, en el caso, del nuevo art. 1204; es ello lo que procede aseverar con respecto al art. 33, 2ª. Parte, decr. Ley 17801/68).* (Ob. cit., -Contratos-, Ed. Depalma, Bs.As. 1980, Vol IV, pág. 204)

Con ello queda claro que los pactos que contengan condiciones suspensivas o resolutorias deben ser inscritas en el Registro, pero la resolución tácita del art. 1204 no es necesaria, atento a que resulta de su propia naturaleza, tal como no es necesario publicitar el saldo de precio pendiente, porque en la escritura resulta de la sola lectura.

Por tanto, el tercero que pretenda accionar en contra de la cláusula, estará limitado por lo incontrovertible de su contenido, y su oponibilidad natural derivado de la publicidad cartular.

Lejos están estas modalidades del acuerdo sin causa de dejar sin efecto las obligaciones creadas por el contrato del art. 1200, y por ello lo descartamos en forma terminante en materia de compraventa y criticamos severamente la recepción que ha tenido en algunos ámbitos.

13.1. *Obligaciones del vendedor.*

El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado prometido al celebrar el contrato, y de no haber pacto alguno sobre ello, en el que tenía a ese momento, debiendo conservarla en ese estado (art. 1408); libre de toda posesión, porque de lo contrario no podría perfeccionar la transmisión del dominio y con todos sus accesorios el día que el comprador lo exija (art. 1409)

En los boletos de compraventa de inmuebles, se suele dejar constancias de los mobiliarios de cocina y baño, o de las demás instalaciones, en algunos casos inmuebles por accesión desde que están de alguna manera adherido a los muros o pisos o como accesorios (arts. 2315 y 2316) y en otros como simples mobiliarios. Estos últimos quedarían excluidos, si no hay incorporación expresa en el contrato, pero los primeros quedan comprendido en los accesorios del art. 1409. En la venta de departamentos o casas en construcción, se acompaña un pliego tanto de características sobre pisos, revestimientos, calidad de materiales, como de las distintas instalaciones o mobiliarios, con lo que se resuelve el problema.

Ante la falta de acuerdo sobre el lugar de

entrega de la cosa o pago del precio, el mismo será el de la cosa vendida y el tiempo de su entrega (arts. 1410 y 1411)

En cuanto a gastos de entrega de la cosa, en materia inmobiliaria, está referida fundamentalmente a los impuestos del acto traslativo y escritura pública de transmisión, que el art. 1415 atribuye al vendedor a falta de acuerdo, y que desde su aplicación resulta de la siguiente forma: impuesto a las ganancias o impuesto a la transmisión de inmuebles (por su carácter personal e inherente a la venta), el impuesto de sellos del acto, compartido con el comprador, y los gastos de estudio de títulos y antecedentes, reposición y diligenciamiento de certificados administrativos y registrales para acreditar la titularidad del vendedor y el estado de su dominio, y en la Provincia de Buenos Aires, la confección del estado parcelario, para precisar ubicación, valuación, partida y demás datos catastrales del inmueble, así como los costos de planos y habilitación de la obra.

En cuanto a la entrega de la cosa, el art. 1417 establece que “Lo que en adelante se dispone sobre la tradición en general de las cosas, es aplicable a la tradición de las cosas vendidas” Lo que significa que se debe hacer una entrega real de la cosa, por actos materiales del que la entrega con asentimiento del que la recibe o a la inversa, como señala el art. 2379, o desistiendo el poseedor de la posesión que tenía y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble en presencia de él y sin oposición

alguna (art. 2380), salvo que se tratara de los supuestos de entrega simbólica como resulta de los casos de constituto posesorio o traditio brevi manu (art. 2387

Para que haya tradición se requiere de la entrega voluntaria de la cosa y que sea recibida voluntariamente (art. 2377) no supliendo las formas legales la declaración del tradente de darse por desposeído o de dar al adquirente la posesión de la cosa.(2378)

13-2. Obligaciones del comprador.

El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa en el lugar y tiempo convenido, o cuando recibe la cosa, salvo que la venta sea a crédito y tenga plazo para el pago, en cuyo caso, lo será en el tiempo estipulado y en el domicilio del comprador, si no se conviniere lo contrario. Los gastos del instrumento de compra (escritura) y de recibo, son a su cargo.(art. 1424)

Cabe aclarar que los gastos de escritura que debe abonar el comprador a falta de acuerdo, son los honorarios del escribano, la mitad del impuesto de sellos del acto, y los de inscripción en el Registro de la Propiedad, y para el supuesto de haberse constituido hipotecas u otras garantías por el saldo de precio adeudado, los que se originen por ello.

Se discute cuando se trata de propiedad horizontal, si el reglamento de copropiedad y administración que afecta el edificio a la ley 13512, debe ser soportado proporcionalmente por el comprador. En realidad se trata de un gasto de entrega de la parte

compradora, al igual que los planos, y si no hay asunción expresa por el comprador, le corresponde a la otra parte, salvo que hubiere comprado en un edificio en construcción al costo y por administración o que resultare vinculado en el contrato con los gastos de la obra.

Regularmente, el pago del precio es como contraprestación de la entrega de la cosa y suscripción de la escritura respectiva, que en los hechos es de difícil cumplimiento. La entrega de la cosa, para ser simultánea con el pago, debería hacerse —tratándose de inmuebles— en la misma propiedad vendida, con pago en ese lugar, en presencia del escribano que estuviera autorizando en el lugar el documento.

Ello contradice las normas notariales, de que el documento debe suscribirse en el asiento del Registro, salvo causa justificada para que lo haga fuera de él, una de las cuáles, regularmente es la seguridad que requiere el movimiento del dinero, y que canaliza el acto por entidades bancarias y financieras, invocada expresamente en el documento.

Por tanto, la verificación del estado de la cosa, deberá ser previo a la escritura, y la misma se producirá en el acto escriturario por entrega de las llaves, luego de haber verificado el estado de la cosa y su desocupación.

La verificación previa de la cosa, tiene fundamento en el art. 1426, dado que el comprador puede rehusar el pago del precio, si el vendedor no le entregase exactamente lo

que expresa el contrato, o quisiese entregar la cosa vendida sin sus dependencias o accesorios o cosas de especie o calidad diversa de la del contrato. El art. 1427 establece que a falta de convenio o de costumbres sobre tiempo de entrega, el comprador esta obligado a recibir la cosa inmediatamente después de la compra, lo que para nuestro supuesto, es en el acto de la escritura.

Dado que tanto la entrega como el pago se producen con el otorgamiento y autorización de la escritura traslativa de dominio, la realidad puede presentar el caso de que luego de visitada la propiedad y antes de firmada la escritura, la misma fuera ocupada por extraños que impiden el acceso al comprador. En tal supuesto, si se demuestra que la ocupación es anterior a la escritura, deberá responder el vendedor conforme al art. 1414 y si en el acto escriturario, y antes de pagar el precio, fuere sustraído el importe respectivo, al no estar firmada la escritura, el comprador será el perjudicado por el robo y la venta no se habrá consumado, pero si ya hubiera recibido el dinero el escribano, haya o no autorizado la escritura, el pago estará hecho y la pérdida será del vendedor, debiendo el escribano autorizar el documento.

Ello es así, por cuanto el escribano al recibir el dinero, debe dar fe de ello en el documento y queda el precio pagado. La entrega al vendedor por el escribano, es posterior al acto que ya esta consumado. Esto es independiente de las responsabilidades de cada uno por el hecho.

Otro de los problemas que puede presentarse, es con la existencia de hipotecas sobre la cosa vendida, en cuyo caso, el comprador se negare a pagar el precio hasta que la misma no se hubiera cancelado. El art. 1433 se refiere a ello expresando que *“El comprador no puede negarse a pagar el precio del inmueble comprado por aparecer hipotecado, siempre que la hipoteca pueda ser redimida inmediatamente por él o por el vendedor”* Por tanto es válido el negocio, cuando el escribano retiene el monto para su cancelación o cuando se suscribe simultáneamente el documento en el mismo o en otro Registro, y el comprador no puede oponerse a ello.

14. TÉCNICAS Y MÉTODOS DE VENTA

El tema es imposible de ser desarrollado con cierta profundidad en este capítulo, por la variada aplicación que tiene conforme a distintos factores, a saber: a) la calidad de los bienes vendidos (bienes muebles, inmuebles, derechos, acciones, registrables o no, etc.); b) el lugar en que se efectúa (locales, puestos, mercados); c) los destinatarios, sean intermediarios o consumidores finales; d) la ley aplicable (comercio internacional), etc.

Pero atento a que la materia principal es la contratación inmobiliaria, haremos algunas referencias concretas a este tipo de transacciones sea por las personas que intervienen en ella o de los documentos utilizados al efecto.

Con relación a las personas la negociación

inmobiliaria está a cargo de “corredores inmobiliarios” que están facultados por los propietarios para ofrecer el inmueble en venta, dentro de los límites de la “autorización” confeccionada al efecto, cuyo alcance se limita en algunos casos a la suscripción del boleto de compraventa, y en otros, requiere la presencia del propietario para su suscripción.

Aparece en estos supuestos la diferencia entre el mandato con representación, que para el boleto bastaría la autorización por instrumento privado, dado que no comprende el acto traslativo del dominio, o sin representación o comisión comercial, en cuyo supuesto el corredor actúa en su propio nombre y luego traslada el negocio al propietario.

Esta función se concreta en lo que se llama “reserva”, en que el posible comprador hace un anticipo de dinero sujeto a la confirmación del propietario, y luego este suscribe el boleto de compraventa.

La actuación sin representación resulta del art. 233 del Código de Comercio, así como del art. 1929 del Código Civil y se aplica en las tratativas preparatorias de la venta.

Con relación al alcance de la autorización conferida al “corredor” el principal problema es que la figura del “corredor” no tiene normativamente carácter representativo.

Por el contrario, se presume, dentro del instituto del corretaje, que es naturalmente extraño a la representación, por cuanto su finalidad es el acercamiento de las partes, para que ellas por sí concluyan el negocio.

Como dicen FERNANDEZ- GOMEZ LEO: “...La actividad mediadora del corredor, a tenor de lo expresado, I) no puede ser considerada como un mandato, pues su actuación es neutral, ya que no representa a ninguna de las dos partes, ni actúa en nombre y representación de ellas; se limita a cooperar para ponerlas en contacto a fin de que realicen el contrato que tenían proyectado llevar a cabo; II) tampoco se la puede encuadrar como la del comisionista, porque este actúa como un mandatario sin representación al celebrar el contrato encargado en nombre propio y por cuenta ajena...”(FERNANDEZ, Raymundo L. Y GOMEZ LEO Osvaldo R. Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial, Ed.-Depalma, Bs.As. 1986, tomo II, pág. 341) La síntesis del fallo que comentamos, dice en el punto 3 de la síntesis: *“Si el mandato se otorga para buscar comprador de un inmueble, debe entenderse que también comprende la facultad de percibir la seña, porque si la autorización es para vender se considera comprensiva para convenir todos los detalles propios de la negociación, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del mandatario mediando exceso de sus poderes”*

La interpretación de la Cámara parece excesiva, dado que se trata de un caso en que se presume la existencia de un mandato, cuando en verdad, la actuación del “corredor” no lo comprende. Así lo entiende también Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS, en comentario al mismo fallo: *“El corretaje en cuanto obligación de resultados se asemeja a la locación de obra, pero el corredor no concreta el*

negocio por sí, intermedia entre las partes acercándolas para que lo celebren. El mandatario tiene como cometido esencial celebrar actos jurídicos” (LL, del 27/6/2000, pág. I, col. 4)

Concordante con este criterio, se sostiene en otro fallo que *“El corredor es un simple mediador; no contrata sino que facilita el contrato acercando a las partes y procurando el acuerdo de voluntades, sin que quede vinculado a las vicisitudes o contingencias ulteriores provenientes de las modalidades propias de cualquier convenio”* (ST Santa Fe, RSF, L8, 270; Cám.-Com. GF, 170, 154; citado en FERNANDEZ- GOMEZ LEO, Tratado... Tomo II, pág. 382)

En su momento, criticamos las interpretaciones sobre los alcances representativos del “corredor inmobiliario” por los peligros que genera a los vendedores. *“Cualquier persona que deseara encomendar la venta de un inmueble a un corredor, quedaría desprotegido, pues bastaría aquellos recaudos de hecho, u otros igualmente involucrados en la óptica del fallo, para exceder al mismo.”* (La Escritura Pública, tomo III, Ed. FEN, La Plata, 2006, pág. 64) y los diferenciamos de los “martilleros o rematadores”, así llamados corrientemente, pero cuya función es distinta a la de los corredores inmobiliarios, dado que a éstos corresponde realizar remates o subastas, públicas o privadas.

Para diferenciar la función, recordamos la forma de remate que se utiliza en nuestro país, conforme al sistema inglés, en que se parte de una base mínima hasta obtener el mayor valor posible, a diferencia del sistema holandés, en que el rematador parte de una base alta, para luego ir reduciendo, hasta

encontrar el adjudicatario.

(Rodolfo O. FONTANARROSA, Derecho Comercial Argentino,- Pte. General, Ed.Víctor P.de Zavalía, Bs.As. 1956, pág. 416)

Sean los remates públicos o privados, lo caracterizante es la modalidad de producir las ofertas y contraofertas en acto único. Del remate privado, sea de bienes muebles o inmuebles, resultará una verdadera compraventa, por cuanto, en definitiva, se ha de conciliar el acuerdo de voluntades a que se refiere el art. 1137 del Código Civil, diferenciados de los casos en que no interviene intermediario alguno, o que interviene solamente un corredor, por este proceso de implementación de una particular modalidad de venta.

Pero en la subasta pública o judicial, el resultado no es una compraventa, por cuanto el ejecutado no tiene verdadera voluntad de vender, con independencia de las distintas teorías interpretativas de las ventas forzosas, de las que ya nos hemos ocupado en este capítulo.

En cuanto a los actos que se instrumentan con motivo de las tratativas de ventas inmobiliarias, además de la “autorización a corredores”, hemos señalado la llamada “reserva”, que en muchos casos puede confundirse con el boleto definitivo cuando están autorizados a recibir señas y celebrar el negocio. Por ello, como ya lo sostuvimos en “La Escritura Pública” “para que sea reserva, deberá señalar claramente el condicionamiento del acto a la posterior con-

firmación de él mismo o de su poderdante” Ob. y tº cit. pág. 69). Lo contrario, puede hacerlo caer en el mandato representativo, o hasta en el mandato presunto a que antes nos refiriéramos conforme al fallo citado.. Augusto Mario MORELLO, en nota a pie de página, cuando trata el tema, dice: *“II) Respecto a la reserva y su diferenciación con el boleto provisional corresponde puntualizar que se habrá de entender que se ha concertado una venta definitiva y no un boleto provisional ni un pacto de reserva, cuando aún documentada por un recibo muy escueto en su contenido llega éste a ser lo suficientemente descriptivo como para llevar a la convicción de que se ha instrumentado el cumplimiento parcial de la obligación del comprador de pagar el precio como principio de ejecución del contrato. Con mayor razón si además se indican los elementos del contrato en cuestión, la cosa vendida y el precio convenido”* (El boleto... Ob. cit. Vol I, pág. 226)

En cuanto al “boleto provisorio” es aquel que queda condicionado al “definitivo” y lo define con toda propiedad MORELLO, con cita de ROCA SASTRE: “En el precontrato, contrato preliminar o preparatorio (boleto provisional), existe todo, o casi todo, el contrato principal o definitivo, pero sólo en germen, en sus directrices o elementos básicos. El llamado contrato futuro (boleto definitivo, compraventa), es el mismo precontrato pero completado, desarrollado. Habrá necesidad de un nuevo negocio jurídico, o sea, se requerirá una nueva declaración de voluntad, en el sentido de voluntad contractual, pues la expresada en el precontrato no lo era con miras a quedar

vinculada desde entonces de modo definitivo”. (El boleto... Ob. y Tº cit., nota 241 al pie de la pág. 209).

Generalmente los boletos provisorios tienen por objeto regular situaciones de pendencia sea sobre la cosa que está sujeta a subdivisiones mediante confecciones de planos, o a tramites sobre la titularidad del dominio, como adjudicaciones por partición en sucesiones en trámite o por división de condominios, etc.

En tales supuestos, el boleto definitivo ya contendrá la enunciación como concluído de todo lo que estaba pendiente, como paso previo a la escritura pública.

Tiene el carácter de verdadero contrato de compraventa, conforme a la evolución de nuestra legislación. Sabemos que así como la reforma introducida al C.C. por la ley 17711 en el año 1968, utilizó expresamente la figura del “boleto de compraventa” en nuestra legislación civil, también reconoció la buena fe del poseedor por boleto, según párrafo agregado al art. 2355. Eso nos alienta a hablar de “posesión” aunque la transmisión de la misma deba efectuarse en su momento con la escritura pública del art. 1184 inciso 1º. SPOTA ha preferido hablar, ante las importantes reformas que ha tenido el C.C., de posesión inmediata, atribuyendo la misma al que la tiene reconociendo en otro la propiedad, que antes denominábamos “tenencia”, y cuya expresión no fue cambiada por las nuevas normas, y “posesión mediata” al propietario, que la tiene para sí, reconociendo en otro

el ejercicio de la misma, como sería el caso de un usufructuario, un usuario, un locatario, etc. y deja para dependientes o personas que desarrollan actividades en el inmueble, la de “tenedores”. Por mas que se diga que la posesión por boleto no es una verdadera posesión, y que lo único que hace la norma es hablar de la buena fe del que la sustenta por ése título, compartimos el razonamiento de MORELLO cuando expresa que el comprador por boleto tiene “una posesión legítima con base en un contrato que es fuente, como título (acto o causa) sustancialmente suficiente para hacer adquirir el dominio, pero formalmente todavía insuficiente (es instrumento privado y no escritura pública)...El posee para sí, en la creencia de que como comprador de buena fe va a

ser propietario de lo suyo.” (Ob. y tº cit., pág. 109)

En definitiva, todas las tratativas previas a la transmisión del dominio del inmueble que requiere de la escritura pública por el art. 1184 inciso 1º, conducen al perfeccionamiento de un negocio que debe contener los recaudos de seguridad jurídica y oponibilidad frente a terceros, en un sistema mixto, de publicidad cartular (documento) y publicidad registral (inscripción declarativa), unidos en el equilibrio de las relaciones por la reserva de prioridad indirecta o retro-prioridad que da el certificado registral del art. 23 de la ley 17801, con la inscripción en término, frente a otras pretensiones de distinta índole, que sabiamente resuelve nuestra legislación.



II. JURISPRUDENCIA

1. VOCES ■■■

COMPRAVENTA DE INMUEBLE ~ ESCRIBANO ~ ESCRITURA PUBLICA
ESCRITURA TRASLATIVA DE DOMINIO ~ INSCRIPCION REGISTRAL
NULIDAD ~ NULIDAD DE ESCRITURA PUBLICA
PUBLICIDAD REGISTRAL ~ REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones
en lo Civil, sala I(CNCiv)(SalaI)

Fecha: 01/03/2007

Partes: Olivera, Ricardo M. c. Casali, Alberto M. y otros

Publicado en: LA LEY

SUMARIOS

I. Debe rechazarse la nulidad articulada y establecerse la validez de la escritura traslativa de dominio autorizada, en base a los certificados requeridos y a los segundos testimonios de escrituras inscriptos — art. 23 de la ley 17.801 (Adla, XXVIII-B, 1929)— , pues la anterior escritura de compraventa no fue instrumentada dentro del plazo de validez de los certificados que fija el art. 24 de la ley mencionada — en el caso, 25 días— , por cuanto perdió el beneficio de prioridad o inmutabilidad.

TEXTO COMPLETO

2ª Instancia. — Buenos Aires, marzo 1º de 2007.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

La doctora Varela dijo:

I) A fs. 465/475 el Sr. Juez a quo rechaza la demanda entablada por Ricardo Máximo Olivera contra Alberto Mario Casali, Ricardo Héctor Ceccato y la escribana M. B. A. por nulidad de escritura (fs. 155/158), escrituración y daños y perjuicios (fs. 106/114).

Contra dicha sentencia apela únicamente la parte actora, quien expresa sus agravios a fs. 490/504, los cuales son contestados por el codemandado Casali a fs. 509/510 y por el coaccionado Ceccato a fs. 510.

II) En primer lugar el accionante se agravia del rechazo por parte del sentenciante de la nulidad del acto escriturario celebrado entre Alberto Mario Casali y Ricardo Héctor Ceccato, sosteniendo que de la prueba obrante en autos surge que la escribana A.

otorgó la escritura traslativa del dominio del lote 742 a y el 50% indiviso del lote 742 b ubicados en el Partido de Bragado, cuando aún no había vencido el plazo de que gozaba la notaria F. V. respecto de los certificados solicitados por la operación instrumentada entre el actor y Ricardo César Cammarata en carácter de mandatario del codemandado Casali.

Anticipo mi conformidad con la fundada decisión del juez de la anterior instancia, respecto de rechazar el planteo de nulidad de la escritura N° ... del Registro Notarial de Bragado - Pcia. de Bs. As., labrada por ante la escribana M. B. A. con fecha 27/9/02 e inscripta en el Registro el 1/11/02.

A poco de leer los planteos del recurrente se advierte que el mismo confunde el plazo de validez de los certificados establecido por el Art. 24 de la ley 17.801 — que en el caso de autos era de veinticinco días, por tratarse de documentos autorizados por escribano con domicilio legal en el interior de la provincia—, con el plazo de inscripción prescripto por el Art. 5 de la referida norma modificada por la ley 20.089 — que fija cuarenta y cinco días a partir de su instrumentación—.

El plazo a que alude el art. 24 significa que cualquier nueva inscripción queda relegada en el Registro, hasta tanto haya vencido el plazo del certificado. Si se solicita una nueva inscripción, el Registro lo inscribe, pero con la prevención que ya hay una reserva de prioridad, o sea que se inscribe condicio-

nalmente, puesto que un tercero que pidió la preanotación ya pasó a la categoría de tercero registral, recibiendo la protección del Registro. Unicamente en caso de que el acto jurídico negocial no se instrumentara en el plazo del certificado, se perdería la inmunidad, quedando como definitivos los actos anotados o inscriptos condicionalmente (Fazio de Bello Marta - Actos jurídicos y documentos inscribibles - Ed. La Rocca pág. 139); y como didácticamente lo explica Fernando J. López de Zavalía (Curso Introductorio al Derecho Registral pág. 340): los beneficios de la prioridad del acto jurídico se mantienen siempre que el mismo se instrumente dentro del plazo de vigencia de los certificados y se inscriba dentro de los cuarenta y cinco días contados a partir de su instrumentación.

Por lo tanto, atento que la Escribana F. V. solicitó certificados el día 13/8/02 y no instrumentó la escritura de compraventa dentro del plazo de validez de dichos certificados (25 días), el acto jurídico que se pretendía instrumentar perdió el beneficio de prioridad o inmutabilidad. En consecuencia, la escritura traslativa de dominio autorizada por la escribana A., con fecha 27 de setiembre de 2002, resulta válida en base a los certificados requeridos el 6 de setiembre de 2002 y a los segundos testimonios de escrituras inscriptos, (art. 23 de la ley 17.801). Al respecto es de resaltar que a fs. 359 el Dpto. Jurídico de la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad informó que la escritura cuya impugnación

pretende el accionante ha reunido los requisitos para su inscripción.

El segundo agravio de la parte actora hace referencia a lo resuelto en la sentencia de grado, respecto de la revocación tácita del mandato de administración y disposición conferido con fecha 30 de setiembre de 1977 por el codemandado Casali a favor de Ricardo César Cammarata, con relación a los lotes anteriormente individualizados ubicados en el Partido de Bragado.

El actor era titular de dominio del 100% del lote 742 a y condómino de Alberto Mario Casali en la proporción del 50% del lote 742 b, ambos del Partido de Bragado. Resulta de autos que a los nombrados los unió una antigua amistad, la cual se quebró a consecuencia de las diferencias económicas por la productividad del campo.

La Sala en anterior composición, con el voto preopinante de mi distinguido colega Dr. Ojea Quintana en los autos “Bielicki, Carlos c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/Rescisión de Contrato” Expte. 72.784/95 sostuvo que “Según prescribe en forma expresa el art. 1970 del Código Civil, el mandante puede revocar el mandato siempre que quiera; disposición que, como lo destaca Salvat, se funda en diversos motivos: puede decirse que el mandato reposa en la confianza o en las necesidades o conveniencias del mandante, por lo cual éste debe estar autorizado para hacerlo cesar tan pronto como esa confianza o esas necesidades o conveniencias hayan desaparecido; puede también agregarse que

el mandato se da ante todo en el interés del mandante y que, por consiguiente, el mandatario debe esperar, que en cualquier momento se le ponga fin (Derecho Civil Argentino-Fuente de las Obligaciones, ed. 1954, to III, no 1933). Borda expresa: En principio, el mandante puede siempre revocar el mandato por voluntad unilateral y según su libre arbitrio (art. 1970). Es que el mandato se otorga principalmente en interés del mandante; es un acto de confianza, y cuando ésta ha cesado, sería injusto obligar al mandante a seguir

ligado a todas las consecuencias del apoderamiento. Se funda esta solución en la idea de que el mandante es dueño del negocio y que, por tanto, puede modificar el mandato, ampliarlo, limitarlo y por último, ponerle término. No requiere justa causa; el mandante no necesita dar los motivos de su decisión (Tratado de Derecho Civil-Contratos, to III, no 1760)”. Por su parte y en sentido concordante sostiene Mosset Iturraspe, “Puede formularse sin necesidad de expresar causal de ninguna clase; basada en el mero querer del mandante. Se trata en consecuencia, de un derecho atribuido al mandante, que puede ejercitar, “ad nutum y en cualquier momento” (Jorge Mosset Iturraspe, “Mandatos”, Ediar, 1979, pág. 272).

Ahora bien, conforme el art. 1964, para cesar el mandato con relación al mandatario y a los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido o podido saber la cesación del mandato. Sin

perjuicio de ello, la declaración de revocar puede expresarse directa o indirectamente en este último caso, ella se desprende de un comportamiento o una conducta que demuestra o hace reconocible la expresión de voluntad correspondiente. De ahí que la revocación pueda ser expresa (medio directo) o tácita (medio indirecto), que son los supuestos contemplados en los arts. 1971 y 1972 (Belluscio-Zannoni. Código Civil y leyes complementarias - Tº 9 pág. 376 y sgtes.) siendo el supuesto contemplado en el último de los artículos mencionados el aplicable al caso de autos, debido a la intervención directa del mandante en la venta de los lotes de su propiedad.

El Juez de la anterior instancia valora adecuadamente en el Considerando X del fallo — al cual me remito en honor a la brevedad— la prueba producida en autos, advirtiendo de las presentaciones efectuadas por el accionante, de lo testimoniado por Carlos Ernesto Polo — corredor inmobiliario que efectuó la venta de los lotes— y de las serias y concordantes presunciones que refiere, que tanto el actor como Cammarata tuvieron conocimiento de la venta efectua-

da por Casali a favor de Ceccato, mediante boleto de compraventa instrumentado el 6 de julio de 2002, fecha a partir de la cual el adquirente tomó posesión de los lotes, como lo reconoció el propio accionante. En razón de ello y por aplicación del ya mencionado art. 1972 del Cód. Civ. se produjo la revocación tácita del mandato que oportunamente Casali otorgara.

III) Por las consideraciones expuestas voto la confirmación de la sentencia apelada. Costas de esta instancia a la parte actora.

Por razones análogas, la doctora Castro adhiera al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto.

El doctor Ojea Quintana no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.). Por lo que resulta de la votación sobre la que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: Confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas de alzada a la parte actora (art. 68 CPCC) difiriendo la regulación para una vez que se fijen los de primera instancia. — Graciela A. Varela. — Patricia E. Castro.

© La Ley S.A.

2. SENTENCIA JUZGADO NOTARIAL ■■■

La Plata, 5 de mayo de 2011.-

AUTOS Y VISTOS:

El legajo correspondiente al Registro de Escrituras Públicas N° .. del Partido de ..., cuya titular es la notaria. ... y adscripta la notaria ...del cual resulta:

Que a fojas 460/462 se encuentran agregadas acta y planillas de observaciones correspondientes a la inspección de protocolos finalizada el 19 de enero de 2011, en el protocolo de los años 2006 a 2010 (hasta la escritura número 121, del 30 de junio).-

Que a fojas 464/465 corre agregado el escrito de descargo a las observaciones formuladas por la Inspección, con documentación acompañada, presentado por la notaria titular....-

Que con motivo de no haber presentado descargo la notaria ..., a fs. 468, se le corre vista en los términos del artículo 52 del Decreto Ley 9020, de la que se notificó a fs. 469.-

Que a fojas 469/474 corre agregado el escrito de descargo a las observaciones formuladas por la Inspección, con documentación acompañada, presentado por la notaria adscripta.-

De la inspección efectuada, descargos presentados y documentación acompañada surgen para ser consideradas, las siguientes observaciones, a saber:

1.-Falta nota de inscripción en el Registro de la Propiedad: Titular: Año 2009: Escrituras número 31, 34, 81, 82, 83, 107, 209, 210, 211, 214, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223 y 224.-

2.-Inscripción fuera de término en el Registro de Testamentos: Titular: Año 2007: Escritura número 125.-

3.-Falta certificado de inhibición: Titular: Año 2006: Escrituras número 25 y 132.-

4.-Deficiencias en documentación: **4.1.Falta documentación habilitante:** Adscripta: Año 2007: Escrituras número 8 y 105. Año 2009: Escrituras número 159 y 234. **4.2.Falta documentación acreditante:** Titular: Año 2009: Escritura número 100. Año 2010: Escritura número 24. Adscripta: Año 2007: Escrituras número 6. Año 2008: Escritura número 206. Año 2009: Escritura número 239. **4.3.Otras deficiencias:** Titular: Año 2009: Escritura número 102.-

5.-Falta agregar fotocopia autenticada de DNI: Titular: Año 2007: Escritura número 128. Año 2010: Escritura número 1. Adscripta: Año 2010: Escritura número 6.-

6.-Escritura sin compareciente: Titular: Año 2007: Escritura número 10.-

7.-Falta firma en diligencia de acta: Titular: Año 2006: Escritura número 59.-

8.-Escrituras Antedatadas: Adscripta: Año 2008: Escrituras número 199 y 200.-

9.-Deficiencias en impresión: Titular: Año

2008: Escrituras número 27 y I09.-

10.-Deficiencias en Notas Marginales: Titular: Año 2006: Escritura número I78. Adscripta: Año 2006: Escritura número I56.-

11.-Deficiencias en Salvados: Adscripta: Año 2009: Escritura número I47.-

12.-Deficiencias en Nota de Cierre: Titular: Protocolo año 2006.-

CONSIDERANDO:

1.-Falta nota de inscripción en el Registro de la Propiedad: Fueron objetadas dieciocho escrituras detalladas en los vistos, todas de 2009, autorizadas por la notaria titular y continentes de Actas de regularización dominial Ley 23374. La notaria expresó al respecto que todas se encuentran pendientes de inscripción, excepto la escritura número 222. Agregó que por normativas procesales internas, es la Subsecretaría de Tierras quien oficia de intermediaria entre el autorizante y el Registro de la Propiedad. En su descargo, la notaria adscripta manifestó que tomaba a su cargo el trámite inscriptorio de las mencionadas escrituras. Por lo expuesto, se le hace saber que deberá comunicar oportunamente a este Juzgado la inscripción definitiva de las diecisiete escrituras que se encuentran pendientes de tal requisito.-

2.-Inscripción fuera de término en el Registro de Testamentos: La escritura número I25 de 2007, receptora de un testamento pasado por ante la notaria titular y otorgado el 24 de septiembre de 2007, fue

puntualizada debido a que fue inscrita el 3 de diciembre del mismo año, vencido el plazo establecido por el artículo dispuesto por el artículo I8I del Decreto Ley 9020, el cual establece al efecto, un plazo de treinta días. Si los Testamentos no se inscriben, o se lo hace vencido el plazo que otorga la ley para que dicha comunicación se efectivice, pierde sentido la previsión establecida en el artículo 724 del C.P.C y C., que dispone que al iniciar el proceso sucesorio, “...en todos los casos se oficiará al Registro de Testamentos del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, quien deberá informar sobre la existencia de testamentos u otra disposición de última voluntad”. La notaria no efectuó descargos por esta falta.-

3.-Falta certificado de inhibición: Fueron objetadas las escrituras número 25 y I32, ambas de 2006, de venta y usufructo, autorizadas por la notaria titular, por no constar la solicitud del certificado de inhibición por los constituyentes de los usufructos. La notaria autorizante no efectuó descargos al respecto. El artículo 23 de la Ley 1780I, impone al notariado solicitar los certificados pertinentes y tenerlos a la vista al momento de autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, debiendo consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación. Por su parte, el artículo 35 inciso I3 del Decreto Ley 9020 establece que el notario debe tener a la vista al momento de la autorización, los certifica-

dos vigentes exigidos, toda vez que autorice documentos relacionados con la transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles, como es en este caso el usufructo.-

4.-Deficiencias en documentación:

4.1.Falta documentación habilitante o es deficiente: Fueron puntualizadas por esta falta cuatro escrituras autorizadas por la notaria adscripta. Esta falta resulta de gravedad, dado que vulnera lo ordenado por el artículo 1003 del Código Civil y 156 de la Ley Notarial bonaerense, y hace que las escrituras puedan resultar pasibles de la sanción que establece el artículo 1161 del Digesto Civil para los instrumentos otorgados por quienes no tengan representación legal o voluntaria. Por la escritura número 8 de 2007, continente de un poder, observado por comparecer el vicepresidente de la sociedad anónima y dado que la representación no es indistinta, no se acreditó que el compareciente se encontrara habilitado para representarla. En el descargo, la notaria expresó que el vicepresidente estaba autorizado por acta de directorio especial número 586, para ese acto y que adjuntó al descargo presentado por la notaria titular, copia de la citada acta, de la cual surge que por unanimidad se designó al compareciente para otorgar dicho poder. La autorizante debió proceder conforme lo establecido por los citados artículos 1003 del Código Civil y 156 de la Ley Notarial. Las escrituras número 105 de 2007, continente de un poder, fue observada por no constar la hoja de rúbrica del acta, faltando la vinculación de la misma

con la persona jurídica, y 234 de 2009, continente de un acta, fue objetada por faltar el acta de asamblea que dijo agregar. Respecto a la escritura número 105 de 2007, la autorizante argumentó que tuvo a la vista la documentación al momento del otorgamiento y adjuntó a su descargo, fotocopias del acta y de la rúbrica cuya falta se objetó. Por la escritura número 234 de 2009, nada dijo. La escritura número 159 de 2009, continente de un poder, fue observada por no encontrarse agregada al protocolo el acta que dijo agregar. La notaria adscripta expresó que se agregó y acompañó copia a su descargo. **4.2.Falta documentación acreditante:** Fueron objetadas dos escrituras autorizadas por la notaria titular y tres escrituras de autoría de la notaria adscripta, por no haberse agregado al protocolo distinta documentación que hace a la acreditación de identidad, o al estado de familia, o a diversas circunstancias que hacen al acto que autoriza, conforme lo establecido en los artículos 142 de la Ley Notarial y 96 de su Decreto Reglamentario. Respecto a la escritura número 24 de 2010, continente de una rúbrica de consorcio, objetada por faltar la acreditación de la rúbrica del libro al que pertenece el acta, la notaria titular autorizante expresó que se adjuntó la documentación. En cuanto a la escritura número 6 de 2007, de venta de mitad indivisa entre cónyuges divorciados, objetada por no haberse acreditado documentalmente la sentencia de divorcio, ni que la misma se encontrara firme. La notaria adscripta argumentó que la compareciente invocó un poder especial irrevocable

cuya copia se acompañó al descargo de la notaria titular. De la copia de dicho poder surge que mandante y mandataria se encontraban divorciados, indicándose fecha en la que fue dictada y juzgado interviniente, y que el mandante facultó a la mandataria para otorgar escritura a favor de sí misma, de la mitad indivisa que le correspondió al mandante. La escritura número 206 de 2008, continente de una autorización de viaje, de autoría de la notaria adscripta, fue señalada por faltar el certificado de nacimiento que dijo agregar. La notaria manifestó en el descargo que la copia de la partida faltante se agregó al protocolo y que acompañó copia al descargo de la notaria titular. Finalmente, la escritura 239 de 2009, también receptora de una autorización de viaje, pasada por ante la notaria adscripta, fue señalada por faltar el certificado de nacimiento que dijo agregar. Al respecto, la notaria manifestó que tuvo a la vista la documentación al momento del otorgamiento y agregó fotocopia del mismo a su descargo. Por la escritura número 100 de 2009, continente de un acta de regularización pasada por ante la notaria titular y objetada porque se citó una sentencia por nota marginal cuya copia no se adunó al protocolo ni se indicó que la misma se encontrara firme, no hubo descargo.

4.3. Otras deficiencias: Titular: La escritura número 102 de 2009, continente de un poder pasado por ante la notaria titular, fue puntualizado debido a que citó acta de directorio y agregó copia de fotocopia autenticada por otro notario y la autenticó como copia fiel. Asimismo agregó copia

de fotocopias de estatutos autenticadas por otro notario y la autenticó como copia fiel. La autorizante expresó que tuvo a la vista los originales y agregó las copias autenticadas en lugar de sacar nuevas fotocopias de los originales y autenticarlas para agregarlas al protocolo. Agregó que solicitó los originales y sus copias al cliente, que serán agregadas a la brevedad. Es oportuno mencionar que si a la Notaria le exhibieron los originales, no hay motivo por el cual no pueda extraer las fotocopias para agregar a su protocolo con su autenticación, y no utilizar fotocopias de fotocopias autenticadas por otro Notario en otras oportunidades, directamente de los originales, a efectos de asegurarse que las copias que autentica sean efectivamente fieles a sus originales, que bien pudieron sufrir alteraciones, o inserción de notas de distinta naturaleza.-

5.-Falta agregar fotocopia autenticada de DNI:

Fueron observadas las escrituras número 128 de 2007 y I de 2010, autorizadas por la notaria titular y la escritura número 6 de 2010, pasada por ante la notaria adscripta, por no encontrarse agregadas al protocolo las fotocopias de los DNI de los comparecientes, en infracción de lo dispuesto por el artículo 1002 del Código Civil, el cual establece claramente en el inciso c) última parte, la obligación del autorizante de agregar al protocolo la fotocopia de las partes pertinentes del DNI de los comparecientes, cuando proceda a identificarlos a través de documento idóneo. Respecto a las escrituras número

128 y I, la notaria titular expresó que tuvo a la vista la documentación al momento del otorgamiento pero que habiéndose traspapeado, solicitaron nuevamente copia al cliente, la que agregarán a la brevedad. En cuanto a la escritura número 6 de 2010, la notaria adscripta manifestó que adjuntó al protocolo la copia faltante y que acompañó fotocopia al descargo de la notaria titular.-

6.-Escritura sin compareciente: La escritura número 10 de 2007, continente de una aclaratoria autorizada por la notaria titular, fue objetada debido a que no tiene compareciente y por medio de ella se dejó sin efecto la declaración de aceptación de compra efectuada por una compareciente de una escritura anterior, por quien sus padres efectuaron una compra cuando aún era menor de edad, en virtud de que del certificado de dominio surgía ya la titularidad de ella misma. La notaria expresó que la aclaratoria se autorizó a efectos de posibilitar la inscripción registral de la escritura número 138 de 2006, y acompañó copias, de las cuales surge que en la escritura número 138, la compareciente aceptó la compra efectuada en su favor por sus padres y vendió a favor de un tercero. En la escritura número 10 de 2007 la Notaria hace constar que conforme al certificado de dominio, al inscribirse la compra efectuada por los padres para la menor, se titularizó a su nombre por lo que la aceptación instrumentada en la 138 no correspondía. El artículo 1001 del Código Civil, bastión fundamental de la función documentadora del notariado, establece

que: “La escritura pública debe expresar... los nombres y apellidos de las personas que la otorgan, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio, o vecindad... La escritura hecha así con todas las condiciones... debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano...”. Asimismo, el artículo 1004 del mismo cuerpo normativo establece la nulidad de las escrituras que no contengan el nombre y la firma de las partes. Por lo expuesto, en caso de escrituras rectificatorias, “En los supuestos que exceden las limitaciones establecidas” por el apartado I, inciso 6 del artículo 148 de la Ley Notarial, el cual determina los casos en que el notario podrá dejar notas marginales, específicamente “corresponderá el otorgamiento de la rectificatoria por todos los otorgantes”. (Conf. Función Notarial 3, Derecho Civil Aplicado, Escribano Rubén Augusto Lamber, Editorial Astrea, páginas 38 y 39).-

7.-Falta firma en diligencia de acta: La escritura número 59 de 2006, receptora de un acta pasada por ante la notaria titular, fue señalada debido a que la diligencia no fue firmada ni por el requirente ni por el entrevistado. La notaria expresó que si bien el requirente se encontraba presente en la diligencia de la constatación, como surge de las copias que adjuntó, se permite apreciar que las mismas fueron formalizadas atendiendo a una honesta convicción legal y profesional donde asumió toda y la mayor responsabilidad, obrando de buena fe por cuanto durante la misma se fueron tomando notas a mano y en compañía del requirente, pero habiéndose

el texto final de la misma, pasado por computadora en la escribanía, no encontrándose presentes ni la parte requirente ni las demás personas presentes en la diligencia, dando fe la autorizante de todo lo actuado. Nada impide a la notaria extender la diligencia en letra manuscrita. No obstante, si decide transcribir la misma por un medio mecánico en la sede de la notaría, debe lograr que, al menos el requirente se traslade a la misma a efectos de firmar la diligencia, y respecto del requerido, debe dejar constancia de la invitación a firmar, y en su caso, de trasladarse a la sede de la notaría, y su resultado.

8.- Escrituras Antedatadas: Fueron puntualizadas por esta falta, las escrituras número 199 y 200 de 2008, autorizadas por la notaria adscripta. La escritura número 199, recepta una cesión de derechos y acciones hereditarios, otorgada el 19 de diciembre de 2008 y fue objetada debido a que fue extendida en los folios número 340 y 341, y de acuerdo a lo informado por el Inspector interviniente, el primer folio fue adquirido con anterioridad al acto, pero el folio número 341 fue adquirido el 22 de diciembre del mismo año. La escritura número 200 de 2008, continente de un poder otorgado también el 19 de diciembre, fue observada porque el folio 342 en el cual se extendió la escritura fue adquirido el 22 de diciembre del citado año. La autorizante expresó que al haber advertido la falta con motivo de la Inspección, se otorgo la escritura número 10 de 2011, por la cual las partes confirmaron los actos contenidos

en las escrituras cuestionadas, y agregó que acompañó copias de las tres escrituras al despacho de la notaria titular. De la fotocopia de la escritura número 10 de 2011, surge que los comparecientes de ambas escrituras manifiestan que en virtud de un error advertido por la autorizante, atinente a la fecha de otorgamiento, habiéndose consignado que se otorgaba el 19 de diciembre de 2008, cuando en realidad se otorgó el 22 de diciembre del mismo año, convalidan dichas escrituras confirmándolas en un todo. No obstante lo dicho, es necesario mencionar que la anomalía observada es de suma gravedad, ya que resulta sin lugar a duda alguna, que la fecha que figura en las mismas, no es la real de su otorgamiento, ya que es materialmente imposible para un notario asentar escrituras en folios que aún no se encontraban en su poder. La falta apuntada es de tal gravedad que es imposible soslayarla, ya que afecta uno de los elementos fundamentales del instrumento público, cual es la fecha de su otorgamiento, tal lo dispuesto en los artículos 989, 1001, 1004 y 1005 del Código Civil. Por otra parte el nacimiento o extinción de numerosos derechos u obligaciones depende de la fecha en que se formalicen los actos jurídicos que los originan. “Sólo en la escritura pública podemos tener la certeza de que la fecha de ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse son innumerables y valiosísimos” (Conf. González Carlos Emérito, “Derecho Notarial” Ed. La Ley 1971, pág 320). La falsedad de la fecha provoca la nulidad del

instrumento público y ésta acarrea por consecuencia la nulidad del acto instrumentado. Antedatando las escrituras, se derrumba una de las principales cualidades del instrumento: su fecha cierta. Hay falsedad ideológica si no se respeta estrictamente este recaudo, pues es una de las manifestaciones del autorizante amparadas por la cobertura de la fe pública (Conf. Salvat, Raimundo-Der. Civil, Pte. Gral. n° 2071). Como dice Manzini, citado por Spota: “Cuando el autor del documento se halla obligado por una norma del Derecho Objetivo, o por un deber funcional a la veracidad, el instrumento por él elaborado, para responder al fin probatoria en vista del cual se ha dispuesto la tutela penal, debe ser aparte de genuino, también verídico. Si el documento es genuino, pero no verídico, el documento es conceptualmente, es decir ideológicamente falso” (Spota, Alberto G. “Tratado de Derecho Civil” T.I, Pte.Gral. V.3 (7), pág.454). Finalmente, debo expresar que la forma con la que la Notaria pretende sanear los actos contenidos en escrituras nulas por falsedad en la fecha, no es idónea, ya que las disposiciones referidas a los instrumentos públicos en cuanto a su forma revisiten carácter de “orden público”, no siendo susceptibles de la intentada “convalidación” que reza en el cuerpo de la escritura aclaratoria.-

9.-Deficiencias en impresión: Dos escrituras autorizadas por la notaria titular fueron puntualizadas por esta anomalía. La escritura número 27 de 2008, continente de un acta,

fue observada debido a que comenzó el acta con el requerimiento al folio número 43. En el anverso del folio número 44 se cerró la diligencia y al reverso del mismo continuó la diligencia comenzada en el reverso del folio número 43. La escritura número 109 de 2008, continente de una venta por tracto abreviado, se objetó porque en el folio número 181 se produjo una sobreimpresión y se dejó en blanco el reverso de dicho folio, el que fue inutilizado por nota, continuándose la escritura en el folio número 182. Respecto de ambas, la notaria argumentó que tales irregularidades se suscitaron con motivo de errores técnicos de impresión por problemas de la impresora. Conforme a lo expuesto, se hace saber a la notaria que deberá arbitrar las medidas necesarias tendientes al correcto funcionamiento de los medios de impresión que utiliza, a fin de evitar anomalías como las aquí señaladas.-

10.-Deficiencias en Notas Marginales: La escritura número 178 de 2006, de venta, fue objetada debido a que se insertó una nota marginal entre los salvados y las firmas de los otorgantes, vulnerando lo dispuesto por el artículo 148, apartado I, de la Ley Notarial, el cual establece claramente: “En la parte libre que quede en el último folio de cada escritura o acta, después de la suscripción y a falta o insuficiencia de este espacio, en los márgenes de cada folio...”. La notaria expresó que la ubicación errónea de la nota se debió a un error técnico de la impresora. La escritura número 156 de 2006, de ven-

ta, autorizada por la notaria adscripta, fue observada porque por nota marginal dejó constancia de que se adquirió como vivienda única y de ocupación permanente, cuando tal aseveración constituye manifestación de la adquirente. Las notas marginales no pueden ser utilizadas, por ningún motivo, para contener manifestaciones de las partes, ni deben contener firmas de los otorgantes. Por nota marginal, suscripta por el notario, sólo pueden asentarse las constancias notariales a que se refiere el art.148 del Decreto-Ley 9020. No hubo descargos por esta observación.-

11.-Deficiencias en Salvados: La escritura número 147 de 2009, continente de un poder, pasada por ante la notaria adscripta, fue objetada debido a que completó veintiséis renglones en el anverso solamente y no salvó el excedente. La notaria atribuyó la deficiencia a un problema técnico de la impresora, que salvó el error debidamente, y que acompañó copia al descargo de la notaria titular. Se le reitera a la notaria lo expresado en el punto 9, respecto de los medios de impresión utilizados.-

12.-Deficiencias en Nota de Cierre: Se puntualizó la nota de cierre del protocolo del año 2006, dado que fue extendida con fecha 29 de diciembre, en inobservancia de lo dispuesto por el artículo 145 de la Ley Notarial, el

cual dispone que el protocolo será cerrado el último día del año.-

Por todo lo expuesto, en uso de las facultades conferidas por los artículos 38, 40 y 64 concordantes del Decreto Ley 9020,

RESUELVO:

I) ADVERTIR a la notaria ..., titular del Registro Notarial N°... del Partido de ..., quien en lo sucesivo deberá observar estrictamente las disposiciones legales citadas precedentemente, para evitar la reiteración de hechos como los que motivan el presente decisorio.-

II) APERCIBIR a la notaria ..., adscripta al Registro Notarial N° del Partido de (artículo 64 inciso I del Decreto-Ley 9020).-

III) Ordenar la encuadernación de los protocolos años 2006 a 2009, del citado Registro Notarial, a tal efecto se les concede un plazo de noventa días (artículo 103, apartado I, del Reglamento Notarial).-

IV) Expedir el certificado solicitado a fojas 452.-

V) REGISTRESE, notifíquese y oportunamente comuníquese.- Rafael María Chaves. Juez Notarial- Martha Noemí Forcada. Secretario.- ES COPIA.-



III. TEMAS DE CONSULTA

1. La inaplicabilidad del art. 985 CC al supuesto del escribano autorizante, vicepresidente de una Asociación Civil que vende un inmueble

El caso esta comprendido en la excepción del segundo párrafo del art. 985 del CC, a pesar de que no es el mismo tipo social contemplado en la norma.

Como se dice en el Tomo I de “La Escritura Pública” (Rubén Augusto Lamber)al criticar la referencia a las sociedades anónimas y los intereses en juego “¿Qué diferencia hay con ser socio de una asociación civil, de una mutual o de una cooperativa, por ejemplo?” (pág. 209) Para mas adelante citar la impor-

tante actualización interpretativa hecha por BENSEÑOR (Rev. del Notariado 85I, pág. 90) que no solo incluye a las cooperativas, sino también a las sociedades de responsabilidad limitada, de tipo cuestionado en cuanto a su naturaleza, en el punto medio entre sociedades de personas o de capitales. Que participe como vicepresidente de la asociación civil, no implica entonces, en modo alguno, supuesto de la incompatibilidad del art. 985.

2. Reflexiones sobre la inspección de protocolos.

Por Rubén Augusto LAMBER

Sin perjuicio de lo que el señor Juez resuelva en cada caso particular, circunscripto por los hechos documentados y probados en autos, pretendemos en estas columnas hacer alguna docencia en abstracto, sobre cuestiones conflictivas advertidas en las inspecciones-
a-La tradición en las donaciones: Sabemos que nuestro derecho la tradición es causal (art. 499 y 577 CC) y que la causa fuente

de toda transmisión puede resultar de contratos tipificados (compraventa, permuta, donación, dación en pago, etc.) o atípicos (convenio de alimentos cumplidos por homologación judicial mediante la transmisión de un inmueble, por ejemplo).

En cualquier estudio de títulos, los escribanos referencistas tienen el cuidado de “buscar” en el documento la cláusula de tra-

dición por entrega de la cosa transmitida, sin perjuicio de la regulación del contrato consensual con todos sus elementos.

El caso es que —extrañamente— se advierte en algunas inspecciones que en las donaciones diferidas (ofertas) y en las mismas donaciones concertadas por ambas partes, la misma no aparece en forma manifiesta ni velada.

Se dice que se ofrece o da en donación un inmueble, se relaciona el mismo, quien es el destinatario, y hasta se relacionan los antecedentes de título que acreditan la titularidad del transmitente, pero no se sostiene ni como se entregará la posesión, ni si la misma se pone a disposición del donatario para que la tome al momento de la aceptación, ni si será entregada por el propio donante o una persona designada al efecto, que si lo fuera como apoderado voluntario, debería serlo con efectos post mortem (arts. 1980, 1982 y cc del CC) porque puede ser aceptada después de la muerte del donante o de alguna manera se pone de manifiesto esa voluntad de transferir

Lo mismo sucede con la donaciones perfeccionadas con la intervención de donante y donatario, pero por el momento, vamos a continuar con la donación diferida, porque es cuando la incertidumbre es mayor.

Si dice que ofrece o que da, ante la ausencia del donatario, no es más que un compromiso de entrega, pero es por demás evidente, que no hay entrega.

Si en cambio dijera que da y transfiere, o que pone a disposición del donatario la cosa donada para el momento de la acep-

tación, podemos interpretar que se trata de una condición suspensiva, que se cumple con la aceptación, y por tanto el contrato traslativo se perfecciona.

A falta de ello, el aceptante podrá declarar que recibió la cosa de manos del donante o de sus herederos. Pero el caso es que el art. 2601 dice que *“Para que la posesión traslativa de la posesión haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la reciba ser capaz de adquirir”*, así como la exigencia del título suficiente (art. 2602) y que los únicos derechos que se pueden transmitir por la tradición, son los propios del que lo hace (art. 2603), sin desconocer la intervención de representante con facultades suficientes, entre los que ya señalamos los efectos post mortem para la aceptación después de la muerte del donante.

Estamos entonces ante la incertidumbre si hubo tradición en aquellos casos en que se dice donar, sin mas agregados. Como atenuante, en la donación que se acepta en el mismo acto, el “da en donación” podría entenderse como entrega de la cosa, pero la sola expresión “dona” hace difícil la extensión.

Creemos que el error parte de una vieja interpretación del concepto de donación, originada en la nota al art. 1789, según la cual, para que haya donación tiene que haber enajenación, entendiendo la misma como tradición de la cosa.

Sin embargo, el mismo Código tenía en esta materia debidamente separado el concepto-

te donación de la tradición de la cosa, por cuanto al carácter consensual de la donación de inmuebles, le agregaba la posibilidad de su celebración sin entrega, como resulta de los arts. 1833 y 1834, en particular cuando el párrafo final de este artículo señala que el donatario que no recibió la tradición tiene una acción personal contra el donante y sus herederos, a fin de obtener de ellos la ejecución de la donación.

Por lo tanto, y a fin de evitar cuestionamientos sobre la perfección del título, recomendamos que se haga referencia tanto en la donación diferida, como en la contractual, a la tradición de la cosa.

b) Protocolización de testamentos. De no haberse observado irregularidades en su procedimiento nada diríamos. Pero se ha advertido errores de procedimientos, en algunos casos gravísimos, y por eso los señalamos.

En un primer supuesto, el escribano hace el acta de protocolización, con la comparencia de la beneficiaria del testamento ológrafo, sin relación alguna a los autos donde se tramita la respectiva sucesión ni del auto que declara su validez y ordena la protocolización. Podríamos pensar que se trata de un mero procedimiento que tiene por objeto obtener su publicidad, pero debió ser requerida por la testadora en vida.

Muerta la testadora, de la única protocolización que se puede hablar es la regulada por el art. 1003 del CC que exige la resolución judicial previa y que configura el mejor

supuesto de escritura sin compareciente, porque no se necesita de requirente que concurra en persona a solicitarlo, sino que el requerimiento es judicial y basta la relación del expediente y la respectiva resolución, con una mera relación del documento que se agrega al protocolo (en la protocolización en general). Esa es la función de la protocolización: guarda del original en el protocolo del escribano interviniente para preservarlo y tenerlo disponible toda vez que se lo requiera judicialmente para su análisis.

En el supuesto del testamento ológrafo, el art. 162 inc. 2) de la ley 9020 establece la agregación del documento, así como su transcripción en el acta en este supuesto (162 inc. 1) y la innecesariedad de la presencia y firma del juez.

Pero hete aquí, que el inspeccionado, agrega una fotocopia del testamento ológrafo, sin dar razón del expediente donde se ordena su protocolización, y el único rastro de la intervención judicial es la firma y sello del Juez al comienzo y fin del documento (art. 740 Cód. Proc. C. y C. Prov. B.As.) en el original fotocopiado.

No hay duda entonces, que este acta de protocolización, sin documento original, sin cumplir los recaudos mínimos para su celebración, carece de toda validez.

En otros supuestos, se advierte que el testamento guardado en su original, no cumple con las exigencias del art. 740 C.Proc.C.y C. Pcia. Bs.As.) y no tiene la individualización con firma y sello del Juez.

Finalmente, un caso muy extraño, se advierte la protocolización de un testamento ológrafo, escrito todo a máquina, en instrumento privado, con un título en esos caracteres como “TESTAMENTO OLÓGRAFO” y la suscripción del Juez interviniente con sello y firma y la resolución que lo declara válido y ordena la protocolización.

Tamaño aberración jurídica se amplía cuando aparecen al final dos testigos, abogados, y un firmante a ruego, con la impresión digital de la testadora. En este supuesto, se ha olvidado no solo por las partes, el Juez, sino también por el escribano, el elemental art. 3639 cuando dice que *“El testamento ológrafo, para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido”*

c) Identificación de personas (modif. arts. I001 y I002 CC: Ley 26140): Desde el 29 de setiembre de 2006 se ha eliminado la fe de conocimiento del Código Civil y se establece el nuevo procedimiento de identificación de personas, mediante los 3 supuestos del nuevo art. I002: a) Afirmación de conocimiento. b) Con testigos de conocimiento. y c) Por documento idóneo. Se advierte que el primer supuesto no es lo

mismo que la fe de conocimiento, porque justamente el espíritu de la reforma, fue sacar al notario la responsabilidad de dar fe, de algo tan complejo como es el conocimiento. Pero sin ese alcance fedante, se lo faculta para identificar invocando el conocimiento que de la persona tiene.

En algunos supuestos los notarios siguen usando la fe de conocimiento, que en verdad no merece observación, por cuanto hace afirmación con exceso de exposición, pero en modo alguno, comete una irregularidad.

En cuanto a la identificación por documento idóneo, y sin entrar en las discusiones sobre qué es tal, debemos recordar que la fotocopia de los mismos debe ser agregada al protocolo certificada por el escribano (art. I002 inc. c), omisión que se advierte en muchas inspecciones, o que lo agregado no es legible como para poder hacer el día de mañana una pericia.

Finalmente, cabe advertir algunas confusiones sobre el tema, como expresar el notario que identifica por conocimiento que tiene del compareciente a quien identifica con documento idóneo conforme al inciso c) del art. I002, lo que configura una verdadera contradicción, porque si afirma su conocimiento, no es necesario lo segundo.



IV. MISCELANEA

UNA OBRA DE TEATRO PARA EL CONOCIMIENTO DE LA HISTORIA DEL DOCUMENTO NOTARIAL

Con criterio esencialmente docente pero a través de una improvisación teatral, pretendemos difundir conocimientos de historia del notariado, cuyos principales mensajeros para el autor, fueron el querido notario e historiador Eduardo Bautista PONDE y don Rafael NUÑEZ LAGOS, a quienes hago mi más sentido homenaje.

Ruben Augusto LAMBER. Julio de 2011

IRNERIO EL TERRIBLE

La escena se desarrolla en la Edad Media, ya aflorando el Renacimiento, cuando el notariado había adquirido cierto predicamento, y los “tabelliones” —para poder ejercer la profesión- debían acreditar sus condiciones de profundos conocimientos en el “Corpus Juris Justiniano”, y la praxis documental.

Se había producido la evolución del protocolo, como verdadera matriz, que contenía el acto en su totalidad, y no como lo fuera en sus orígenes como “imbreviatura” o simple “Schedula” que era en mero registro de notas.

En medio de las constantes disputas entre “güelfos” y “gibelinos” se había acordado en designar “tabelión” a quien demostrara sus condiciones en un particular exámen, que no debía tener clemencia con el ponen-

te, por cuanto se debía asegurar la mayor eficacia para el ejercicio de la función.

En medio de semejante propuesta, todo pasaba por la elección del Tribunal examinador, que luego de muchas y largas averiguaciones, terminó en la designación como presidente de quien más se pareciera a un “Supremo Inquisidor” , “Irnerio”, llamado también “El Terrible” por su carácter inflexible, perverso, inaudicable en sus miserables convicciones, que aunque repudiable como persona, aseguraba la máxima exigencia en su actuación. Los constantes fracasos en su vida profesional, así como la caída de la aristocracia a la que pertenecía en su decadencia ante una burguesía en ascenso, lo habían hecho un verdadero resentido social, al que nada le preocupaba

mas que perjudicar al prójimo, y con ello satisfacer sus más bajos instintos.

Para compensar tan mala catadura moral, se resolvió que fuera acompañado como secretarias, por dos damas, (sin por ello desconocer que en aquellos tiempos la mujer no podía ejercer funciones de “tabelión”) una altamente distinguida por frecuentar la Corte, y tener conocimiento de las profundidades del idioma, de las costumbres y sobriedad de formas, y conocer a Irnerio por haberlo acompañado en todos sus fracasos, de los que sacó las mejores experiencias y conocimientos. Se trataba nada menos que de “Ludovico La Fina” cuyo equilibrio podía poner freno a los desenfrenos de Irnerio.

La otra Secretaria era una dama, no tan dama, salvada de la “guillotina” en tiempos de la inquisición, por sus muy expresivas demostraciones de anatomía entre los mas

conspicuos integrantes de la Corte, que al fin comprendieron que era mas útil viva y activa que muerta e inerte. “Rosalina La Voluptuosa” solía hacer honor a su apodo, y siendo Irnerio hombre, sabían que podía atenuar en él cualquier ataque de ira, de descontrol o de injusticia. Bastaba con su pose, la modulación de su voz y una insinuante intervención en el diálogo, que ocultaba su ignorancia.

El examinado era nada menos que “Rolandino El Sabio”, profundo conocedor del derecho, la filosofía, la historia y las artes, pero al mismo tiempo y por aquellas razones, máximo enemigo de Irnerio que era incapaz de comprender su superioridad.

Reunido tamaño Tribunal, y con la presencia de tan genial exponente, ingresamos en la escena, en la que se encuentran presente miembros de la Corte, y distinguidas personalidades del mundo de las artes y las letras.

ACTO I

IRNERIO: En el acuerdo celebrado por su Majestad El Emperador y las altas autoridades de la Corte, vengo a presidir esta “mesa examinadora” para que el “muy ilustrado exponente” demuestre si sus conocimientos alcanzan para ejercer la santa profesión fedante de tabelión. Para iniciar el interrogatorio dejo en el uso de la palabra a la doctora Ludovica La Fina.

LUDOVICA: Ruego al examinado trate de superar un cierto estado de inquietud que produce en las personas el hecho de someterse a este Tribunal, y le doy las mayores garantías de ecuanimidad en el juzgamiento de sus respuestas.

ROSALINDA: Yo creo que tendríamos que tener una entrevista previa y personal con el exponente, para darle la posibilidad de serenarse. Sería como una terapia previa al hecho que se desarrollara luego y de esa forma, Rolandino, podrá estar mas tranquilo.

IRNERIO: No ha lugar. Las formas ya están predeterminadas.

ROSALINDA: ¡Hay, que anticuado! Si me lo dejan a mí, vas a ver que tranquilito se queda.

IRNERIO: (Dirigiéndose a Ludovica) Por favor doctora. Comience con su interrogatorio.

LUDOVICA: ¿Puede el exponente explicarnos la evolución del documento notarial para la transmisión del dominio de inmuebles?

ROLANDINO: ¿Considera usted prudente que haga un pequeño “introito” sobre la evolución de nuestro sistema documental a partir de la “traditio chartae” y la “stipulatio” como modalidades germana y romana?

LUDOVICA: Usted es libre de elegir la forma de su discurso y nosotros evaluaremos después el acierto.

IRNERIO: Usted no es libre de nada, porque yo soy el Supremo Inquisidor y lo que quiero que me diga es si tiene alguna idea de cómo se transmite el dominio en nuestro tiempo y como lo funda en el Derecho Romano. No me venga con que los germanos tienen “derecho”, cuando todo lo hicieron por la fuerza y luego tuvieron que adoptar nuestro derecho para poder civilizarse.

ROLANDINO: Sin embargo, no olvide “Supremo Inquisidor”, que en Bolonia se han ensamblado costumbres germanas con preceptos romanos que dieron lugar al “Cartularium Longobaricum” generando formularios aplicados en la práctica notarial.

IRNERIO: En primer lugar, no me diga “Supremo Inquisidor”, sino “Eminencia”, porque refleja mejor la autoridad de quien lo preside. Y en segundo lugar no me venga a decir lo que tengo que recordar u olvidar.

LUDOVICA: (En voz baja) Para lo último se basta solo.

ROSALINA: Que lo dejen hablar de cualquier cosa. Lo hace tan bien. ¡Y es tan elegante! Hay que apoyarlo.

IRNERIO: ¡Silencio! Yo tengo la palabra y doy la orientación al examen.

ROSALINA: (En voz baja) Tranquilo Papito. Esta noche te calmo.

ROLANDINO: Ante discrepancias que parecen asomar entre los propios integrantes del Tribunal, y advertido de que esto podía ocurrir, solicito la presencia del Fiscal doctor Papiniano El Justo.

IRNERIO: Para eso debe contar con la autorización del Excelentísimo Emperador

LUDOVICA: (En voz audible solo por Irnerio) Advierto a “Su Eminencia” que en la reglamentación de este acto suscripta por el Emperador, consta expresamente la posibilidad del ponente de solicitar la intervención del Fiscal.

IRNERIO: Esta pretensión suya de hacer intervenir a un controlador del examen, ya pone de manifiesto sus graves limitaciones para el ejercicio de la profesión.

ROLANDINO: Sólo quiero asegurar que se haga justicia conmigo.

IRNERIO: Su respuesta muestra el acierto de mi afirmación. Me agravia cuando confía en que se haga justicia con el “controlador” ignorando que la justicia la imparto yo y nada más. En estas circunstancias, la justicia soy yo.

ROLANDINO: Su respuesta es autoritaria y no la voy a aceptar.

IRNERIO: Eso lo dice un “Guelfo” que ignora la autoridad del emperador, que emana de sí mismo y no de Dios.

ROLANDINO: Es la definición de poder de un “gibelino”, que solo cree en el poder terreno. Pero como en ese aspecto no vamos a ponernos de acuerdo, le pido que enumere sus objeciones a mi persona para postularme a la función de “tabelión”.

IRNERIO: No tengo por qué hacerlo, pero como su soberbia pretende socavar mi auto-

ridad, se la voy a dar, enseñándole de paso lo que como “exponente” debería conocer. La “Summa Arts Notariae” de Rainieri de Perugia, que nadie discute por su precisión y justicia, señala que para ser “tabelión” se debe tener aptitud mental suficiente para captar la voluntad de los contratantes y su capacidad. Y usted no la tiene ni para conocer la autoridad y respeto que debe al Tribunal examinador.

ROLANDINO: No es falta de respeto exigir el cumplimiento de la ley y el que no lo demanda es sumiso e incapaz de ejercer una función. Por otra parte, la “Summa” que usted dice que debería conocer, exige puntualmente el conocimiento de la ley y una actitud ética por encima del nivel común.

IRNERIO: Esas son palabras de los embaucadores intelectuales que tratan de confundir y desorientar a su interlocutor.

ROLANDINO: No señor. Son palabras que tienen su origen en la Constitución CXV de León El filósofo, en su Capítulo I, como exigencia para el acceso a la función, que pretende corroborar conocimientos jurídicos a través de este exámen, al que niega usted contenido, al impedir la explicación de la tradición desde sus orígenes en el “Corpus Juris Justiniano”, que por su corta vigencia de 15 años, se vio afectado por las variadas costumbres según el lugar de aplicación, en especial, por las invasiones bárbaras, que aquí en Bolonia tuvieron tanta repercusión, al punto que el ilustre Ranieri de Perugia enseñaba en su Ars Notariae, que se debían integrar las leyes romanas, longobarda y la legislación propia de la Comunas.

ROSALINDA: ¡Hay, que pesados que son! ¡Si lo único que tienen que resolver es cómo se hace un documento notarial!

LUDOVICA: Le preguntaron por la tradición.

ROSALINDA: ¡Es lo mismo!

LUDOVICA: No querida. No es lo mismo. La tradición forma parte del documento escrito. Cuando el contrato era “verbal” la tradición era todo, pero en el documento “escrito” queda separada la causa de la transmisión de la tradición misma.

ROSALINDA: ¡Qué complicada es esta mujer!. Así no te vas a casar nunca.

LUDOVICA: Es nuestra obligación escribir y hablar bien, sin que por ello debamos utilizar el latín puro. Nos basta con el “romance”, pero nunca el latín “macarrónico”

ROSALINDA: Ahí te doy la razón. Al menos el “romance” abre todas las puertas y nadie se resiste. Así me sucede a mí en la Corte, y gracias a ello eludí la guillotina. Pero los macarrones no me gustan.

IRNERIO: ¿Quieren dejar de divagar y concentrarse en su tarea?

LUDOVICA: Al menos yo no divago. Porque divagar es “vagar”, andar a la ventura, y yo estoy pidiendo que la exposición sea sobria y ajustada.

ROSALINDA: Por más ajustada que vayas, cuando te sacan la ropa, se pierde la sobriedad.

ROLANDINO: ¿Pueden ocuparse de mí?

ROSALINDA: Lo dije desde un principio. Era necesario una entrevista previa y a solas para darle tranquilidad.

IRNERIO: Vamos a terminar con estos cuestionamientos. Le voy a conceder al exponente la posibilidad de explicar cómo actuaría en el ejercicio de la función, en presencia de un “controlador” y la representación de los actos pertinentes.

ROSALINDA: ¿Vamos a hacer una representación teatral? ¡Quiero ser la asistente de Rolandino! Te aseguro que aunque no apruebes el exámen, te vas a divertir como loco.

IRNERIO: Designo “controlador” a Zorba, El dilectante, que frecuenta esta plaza y es bien conocido por todos.

ROLANDINO: Pero si Zorba es un habitué de las tabernas y su único momento de sobriedad lo tiene cuando duerme.

IRNERIO: No hay apelación frente a una concesión graciosa de mi parte.

ACTO II

ZORBA: Habiendo sido designado como “controlador” en esta especial ceremonia que pretende examinar al postulante a “tabelión” en esta comuna, y atento al desgaste que ocasionará el debate, dispongo, con cargo al Tribunal, se sirvan en mi mesa alguno de los frutos de Baco, como elixir apropiado para lograr la elocuencia y despertar la inteligencia.

IRNERIO: Más que palabras elocuentes de supuesta erudición, quiero probar a los presentes que integran el “Collegium”, la ineptitud del postulante para el ejercicio de la función, y esto resultará de este hecho tan simple como la teatralización del acto ante el tabelión. Rolandino será lo que nunca llegará a ser: el tabelión. YO, quien viene a rogar su intervención, y él deberá disponer todo lo necesario para la obtención de la “chartae”.

ROLANDINO: Haciendo reserva de todos mis derechos de recurrir ante su excelencia el señor Emperador, por los prejuicios contra mi persona de parte del examinante, me someto a sus exigencias, porque el abuso de autoridad no puede empañar la perfección de la razón.

ROSALINDA: Esto me gusta. ¡Y cómo habla Rolandino! Yo quiero ser la compradora del inmueble, para poder “rogarle” el “acto”.

LUDOVICA: Te conozco Rosalinda. No seas zafada y deja que IRNERIO decida.

IRNERIO: Esta bien. Que sea Rosalinda la compradora y Ludovica su “portavoz”, porque no creo que ella recuerde ninguna de las fórmulas que bien domina Ludovica, para que su parte no incurra en nulidades. En cuanto a mí, es de suponer que no necesito “portavoz”.

ROSALINDA: Este lo que necesita es una “afrodita” que le haga recordar sus deberes de hombre y un enano que lo entretenga para sacarle una sonrisa.

ROLANDINO: Muy bien. A partir de este momento soy el “tabelión” y las partes deberán “rogar” mi intervención explicando el negocio que van a celebrar.

IRNERIO: Antes de “rogar”, que mucho me cuesta, le voy a preguntar al señor “Tabelión” si ésta es su plaza y cómo acredita sus atributos para asegurarme un acto legítimo.

ROLANDINO: Estoy en mi “plaza”, en los límites de este condado y usted deberá acreditar cómo el bien que será motivo del negocio, como su domicilio, no lo infringen. En cuanto a mi cargo fue otorgado por investidura del “EPARCA”, luego de haber acreditado mis condiciones ético-morales, de capacitación científica y de aptitud física, aunque debí soportar la prepotencia y animadversión de un “primicero” como presidente de las corporaciones oficiales, que en modo alguno pudo torcer la imparcialidad de sus pares.

IRNERIO: Eso está por verse; ¡iluso y vanidoso!

ROLANDINO: El requirente olvida que debe dirigirse al “tabelión” con respeto y someterse a los interrogatorios que permitan confeccionar el documento. En primer lugar necesito me entreguen el pergamino al dorso del cual tomaré nota de las condiciones y datos esenciales del negocio; y en segundo lugar, recabo la presencia de tres testigos.

LUDOVICA: Mi parte provee el pergamino como compradora interesada en contar con su “chartae” y presenta a los siguientes testigos: 1) Juan, El tartufo; 2) Belisario, El artista y 3) Torquemada, El ambicioso.

ROLANDINO: Acepto a los testigos por ser de mi conocimiento, dudando que sean los adecuados para el acto.

TESTIGO JUAN: Seguramente mis dichos podrían ser tan falsos como el cargo de este “tabelión”, pero les voy a demostrar que en la ficción, puedo testificar con absoluta fidelidad.

TESTIGO BELISARIO: Me entusiasma todo tipo de creación del género humano, desde la talla de una piedra, hasta la elaboración de un poema. Por otra parte, la función del “tabelión” es puro arte, y así lo afirman todos los estudios que sobre la materia se desarrollan.

TESTIGO TORQUEMADA: Todos pretenden sacar provecho de los demás, exigiendo cierta actividad sin compensación alguna, y eso va contra mis propias convicciones. Si pides un servicios págalo. Y si necesitas un vaso de agua, compénsalo de alguna manera. Por tanto, señor Tabelión, mi participación, tiene un costo de diez florines, que alguien me deberá pagar.

ROSALINDA: yo no pienso pagar nada. Que lo haga IRNERIO que preside el “Collegium”.

IRNERIO: El único interesado en esta representación, es Rolandino, y por tanto se lo traslado a él.

ROLANDINO: No corresponde pagar nada porque se trata de una función pública, donde el principal interesado es el Estado, y este, a través de sus autoridades tiene facultades de exigir a los particulares el cumplimiento de funciones públicas sin retribución alguna. Si la ficción la convertimos en realidad, mi función es acreedora de honorarios a cargo de las partes, pero como no se trata de un ejercicio de la misma, renuncio a ellos, pero me hago cargo de la exigencia del testigo, para no demorar más el acto previsto.

LUDOVICA: Comencemos entonces. En mi carácter de “asesora” de la compradora informo al señor “Tabelión” que Rosalinda va a adquirir de Irnerio un inmueble que dice ser de su propiedad en los límites sur y este del Condado, en la suma de cincuenta mil florines que se abonarán contra la entrega de la “chartae”.

ROLANDINO: Deberá aclarar el vendedor qué título tiene sobre la cosa, su actual estado material y jurídico y su acuerdo con el negocio propuesto.

IRNERIO: “DICO” y entrego a la portavoz de la destinataria el pergamino en blanco para que se redacte la “chartae”.

LUDOVICA: Recibo el pergamino, colocando Rosalinda su mano sobre el mismo.

ROLANDINO: Recibo el pergamino para la redacción del documento que suscribe el transmitente en presencia de los testigos que lo signan.

ROSALINDA: (en voz baja a Ludovica) Con esto ¿Podemos sacarle algo a este miserable de IRNERIO?

LUDOVICA: ¡Pero si es una ficción!

ROSALINDA: Bueno... yo digo... Tal vez...

TESTIGO TORQUEMADA: Creo que llegó el momento de que me paguen mis florines.

TESTIGO JUAN: Yo no reclamé pago alguno, pero debo decir que el acto no está consumado. Según tengo entendido, la compradora debe levantar la carta como señal de acep-

tación y solo ha puesto su mano sobre la misma.

ROLANDINO: En nuestras costumbres, se ha ido simplificando el procedimiento, que en el derecho de los pueblos longobardos se materializaba en actos separados, a través de la “auflassung” por la cual el transmitente se despoja de los derechos sobre la cosa y la “gewere”, que requería primero trasladarse al inmueble para el simbolismo de la recepción por el comprador, con la que investía su derecho. Al trasladarse el procedimiento “verbal” al “escrito” la “chartae” reemplaza este simbolismo, se unifica el acto, y luego de pasar por el levantamiento de la “carta” se resume en el simple hecho de colocar la mano sobre ella.

TESTIGO BELISARIO: Sea como sea, el artista no trabaja por amor al arte, y creo que esto se puede resolver muy fácilmente, abonando a cada testigo lo que reclamara Torquemada.

ZORBA: ¡Alto!... Yo bebo... digo, yo creo que esto está todo mal. La Rosalinda tenía que levantar la “chartae” pero se quiere levantar a Rolandino. Ludovica nos engaña diciendo que esto es todo ficción y los testigos se quieren llevar los florines.

IRNERIO: Vos sos el único que vas a cobrar si todo sale bien.

ZORBA: Mi servicio es pago cash. Por tanto, señor Tabelaión, quiero que tome nota que si usted renunció a sus honorarios, yo los voy a cobrar por adelantado o declaro nulo todo este proceso.

ROSALINDA: Sea nulo o no el procedimiento, quiero exigir el debido respeto por mi persona, secretaria primero en el Tribunal, luego compradora en la dramatización y ahora, mujer sola y desconsolada por no haber podido dar consuelo al pobre Rolandino, tan maltratado.

IRNERIO: La reclamante está ejerciendo funciones legales y no de alternadora en una taberna del camino. Por tanto, de nada se puede quejar.

ROSALINDA: ¡Desgraciado! Estas despechado porque no atendí tus requiebros burdos y soeces, que no son más que excremento de eunuco desquiciado.

IRNERIO: ¿Quién se queja e insulta? “La donna é mobile, e vogliosa” muy golosa de amantes, sin virtud ni entendimiento, voluble siempre como la hoja al viento.

ROSALINDA: Eres un cínico como la sátira “Corbaccio” contra las mujeres, indigna de un hombre, pero que en la cama se comporta como cerdo sediento que saborea los tumbos y asperezas de la vida y el amor tal como lo describiera con elocuencia BOCACCIO.

ZORBA: Si va a terminar la farsa, hagamos un brindis, convocando a “BACO” para alegría de todos. Soy del gremio de los “errantes” y me encomiendo a GOLIAT en los poemas de Carmina Burana y por ello digo: “Perdóname, ¡oh buen señor maestro de discreciones! Mi ponzoña es el licor que embriaga los corazones.

ROSALINDA: Ante tan sabia remisión, yo completo el poema: “Por la vía del placer, joven voy e impertinente; el vicio envuelve mi ser; la virtud esta ausente”

ROLANDINO: Con estos personajes me aproximo al infierno. Como diría el Dante: “La misericordia y la justicia los desdeñan. No hablemos de ellos; mira y pasa.”

ACTO III

El Tribunal en pleno se ha reunido nuevamente, presidido ahora por PAPINIANO EL JUSTO, designado por el Emperador ante la denuncia de ROLANDINO.

PAPINIANO: Fui encomendado por su Excelencia el señor Emperador, para verificar la veracidad de la denuncia efectuada sobre serias irregularidades de este Tribunal, en particular con relación a la actuación del señor PRESIDENTE IRNERIO EL TERRIBLE, en la postulación para Tabelaión de Rolandino, a quien solicito ratifique la denuncia y aclare sus dichos.

ROLANDINO: Todos los presente saben por haberlo comprobado personalmente y su Excelencia por lo que resulte de esta actuación, de la muy particular inquina de Irnerio hacia mi persona, puesta de manifiesto en las continuas violaciones a las reglas del Tribunal examinador y la evidencia de pre-juzgamiento dado que no se me trataba como un exponente que debía demostrar sus conocimientos, sino como una persona incapaz para la función, cuya ignorancia probaría ante el Tribunal, circunstancia que en modo alguno pudo cumplir.

ZORBA: Como controlador que fuera en esa ocasión digo que lo manifestado por Rolandino es falso. En primer lugar porque cualquier cambio reglamentario fue consentido por Rolandino y el total de los presentes. En segundo lugar, porque sus explicaciones técnicas sobre la evolución del documento, fueron contradictorias y confusas, en especial en el acto de aceptar la transmisión y además, porque Rolandino tuvo desde el comienzo una actitud agresiva y de cuestionamiento permanente, cuando, como dice la Constitución CXV, el Tabelaion no debe ser hablador, porfiado o de viciosa conducta.

IRNERIO: (Por lo bajo a Zorba) Decíle que fue irrespetuoso con el Emperador, al desconocer su autoridad, en este caso, delegada en mi persona.

ROLANDINO: Los presentes saben bien como fue manipulada la designación de un controlador por mi solicitada, pero en los términos de las reglas existentes, en la persona que corresponda oficialmente y no elegido por su arbitrio. La constante negativa a hacer otras concesiones que no fueran las que él quería, el rechazo a desarrollar mis explicaciones desde los orígenes del derecho romano y su rechazo a la existencia de un verdadero derecho longobardo que fue modelando el nuevo derecho de Bolonia, demuestra su desactualizada concepción de la realidad histórica y el refugio de su ignorancia en el pasado.

En cuanto a no ser hablador, porfiado o de viciosa conducta es absolutamente infundado y tengo bien probado en forma pública y notoria, mis atributos éticos y sociales.

Por otra parte, no ser hablador significa no expresarse sin fundamentos, fuera de la verdad o de la razón, sin difamar, sin calumniar, sin atribuir defectos o virtudes a las personas que no tienen o exaltando para provecho propio conductas contrarias a los principios de la buena convivencia y respeto al prójimo. A contrario, quien habla con fundamentos, sin injuriar o agraviar ni intención de desviar la verdad, ilustra al prójimo y permite esclarecer hechos y situaciones que pudieran resultar confusos o son desconocidos.

La palabra no debe retacearse cuando se puede dar consuelo, ayudar a quien lo necesita o pide para sostener su derecho, o estimular la crítica sana.

¿Debería acaso callar quien ve la comisión de un delito, la afrenta inmoral contra una persona, el agravio de cualquier índole o la pretendida legalidad de una norma sin contenido ético o lesiva de los derechos a la intimidad, como puede serlo, la falta de respeto a las convicciones religiosas o la creencia en Dios?

Tal silencio no es virtuoso, sino cobarde e inmoral, y peca por omisión, tanto ante la ley humana como divina.

IRNERIO: Como puede apreciar Su Excelencia, Rolandino utiliza su elocuencia para desvirtuar el valor de la ley, que es fuente de verdad, agregándole un atributo subjetivo que

ya ha desaparecido en la evolución del derecho, que tanto exalta, como es la moral o la religión. Por otra parte, confunde intencionalmente la autoridad del Emperador para gobernar los asuntos terrenos, instalando un poder superior en la invocación de reglas éticas no escritas y que el modela a su conveniencia o peor aún, mediante la invocación de Dios. Se olvida maliciosamente de aquél precepto que establece la obligación de dar al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios.

ROLANDINO: Irnerio desvía la discusión hacia un tema político que nada tiene que ver con este supuesto. Como miembro que es de una aristocracia en franca decadencia por su falta de valores y declinación económica, se refugia en un pasado superado, condenando al pueblo a la venganza de los que dejaron de ser y pretenden subsistir sin misericordia, sin paz y sin justicia. Se pide misericordia, paz y justicia para los que ya fueron y se le niega a los que son, trastocando la realidad que de un presente con proyección futura, se lo condena a una permanente remisión al pasado.

Quien comprende la necesaria convivencia en la realidad actual, mira el pasado como enseñanza y no como revancha y antepone sin prejuicios principios de la ley eterna, reconociendo la virtud del perdón en la senda del amor.

IRNERIO: Para qué tanta diléctica, sin bien sabe Rolandino que el mismo pidió la designación de un “controlador” y yo se lo consentí, simplificando el procedimiento con una persona conocida por todos, en su exclusivo beneficio.

LUDDOVICA: En aras de la verdad, quiero aclarar que advertí a Irnerio del error de designar un controlador, que no era el que oficialmente corresponde según reglamento, pero no me escuchó.

ROSALINDA: También yo, como Secretaria del Tribunal, fui maltratada por Irnerio que obró en forma arbitraria y desconsiderada. Trató de impedir en todo momento la elocuencia de Rolandino e inventó una dramatización que jamás fue aplicada por Tribunal alguno.

ZORBA: ¡Bárbaro Rosalinda! ; En mi vida te había escuchado hablar tan bien!

IRNERIO: Cállate estúpido. ¿No ves que estas dos me están enterrando?.

ZORBA: Bueno... No cualquiera tiene el gusto de dos enterradoras tan bonitas. Vale la pena.

PAPINIANO: Que hablen los testigos.

ROLANDINO: Estos no sirvieron como testigos del documento ficticio; menos van a servir para aclarar la situación.

PAPINIANO: Igualmente quiero escucharlos y me reservo la calificación del testimonio.

TESTIGO TORQUEMADA: Yo digo a Su Excelencia que Rolandino se hizo cargo de mis honorarios y actué embaucado. En cuanto a lo que sucedió, es muy técnico y yo no entiendo ni recuerdo nada, salvo los florines que me deben.

TESTIGO BELISARIO: Como admirador del arte debo decir que Rolandino estuvo muy flojo. No hubo ninguna expresión en verso y la prosa fue muy abstracta y poco entendible, que en modo alguno pudo alimentar mi admiración.

TESTIGO JUAN EL TARTUFO: Concretemos primero el pago de los florines que reclama Torquemada. Luego no hay problema en aceptar dar la declaración que usted necesite para resolver el entuerto, porque la realidad es tan difícil de comprender a veces, que nada mejor que establecerla por quien tiene autoridad para ello.

PAPINIANO: Debo compartir con Rolandino la convicción de que estos testigos no me son útiles. Más aún, creo que están más cerca de la hoguera que de los florines. Que los desalojen de la Sala por falsarios y perdularios.

UNA VOZ DE LA SALA: Excelencia: Ante la confusión creada, solicito se constituya en este mismo acto en Presidente del Tribunal examinador y se le dé a Rolandino la posibilidad de acreditar su ciencia y conocimientos formularios.

PAPINIANO: De acuerdo. A partir de este momento procedo al reemplazo de Irnerio al que amonesto por su inconducta que deshonra a uno de los artífices de la ciencia y el arts notariae, en especial el “formularium tabellorum” de IRNERIO, cuya vida transcurrió entre los años 1050 y 1130 de la Era Cristiana. A su vez, por la rectitud de conducta confirmo en las funciones de Secretarias a Ludovica y Rosalinda.

ROSALINDA: Muchas gracias Excelencia. Desde un primer momento advertí de su sabiduría y virilidad y estoy dispuesta –si usted lo cree conveniente- a relatarle con toda minuciosidad, hasta el último detalle.

ZORBA: Yo acepto respetuosamente mi relevo y sólo recuerdo a Su Excelencia, que el

Tribunal ha tomado a su cargo la provisión de algunas bebidas para despertar el intelecto.

ROSALINDA: No sé si es Zorba o Sorbe, porque al pico no le da respiro.

ZORBA: ¡Cállate. Licenciosa!

ROSALINDA: Mis licencias son de alto refinamiento cultural y todos los poetas se rinden a mi pies.

ZORBA: Es lo que menos te miran y más que “licencia” lo tuyo es una labor diaria y horaria.

PAPINIANO: ¡Orden en la Sala! Solicito al postulante a Tabelaión me explique el documento.

ROLANDINO: El gran maestro ROLANDINO PASSAGGERI, cuyo nombre me honra llevar, nos ha enseñado tanto en AURORA, como en TRACTATUS NOTULARUM la evolución del documento notarial, continuando obra tan valiosa como la de RAINIERI Di PERUGIA y otros tantos estudiosos, de cuyo conocimiento me jacto. Para comprender su evolución y estado actual en la interpretación de sus fundamentos, debemos remontarnos al “Corpus Iuris Justiniano”.

En el sistema contractual romano, en su primera etapa de procedimiento oral, la contratación se hacía mediante fórmulas como las que resultaban de la “Stipulatio”, en la que uno interrogaba al otro pidiendo la promesa de darle tal cosa y el otro respondía. A la pregunta: “Spondere dare centum” se contestaba “Spondeo”, y así se formalizaba el contrato. Para la transmisión de inmuebles se utilizaba el instituto de la “Mancipatio” que entonces se hacía ante el “librepens”, que contaba la moneda acuñada, en presencia de cinco testigos. A partir del “Corpus Iuris” el procedimiento se regula escrito y con la participación del “tabelaión” tal como resulta de la Novela XLIV, en la que se fija su competencia territorial y asiento en en la “plaza” o “statio”, en las proximidades del Foro y su presencia debía ser obligatoria durante todo el acto, hasta la conclusión.

El tabelaión era el redactor del documento. Para su confección era “rogado” por las partes, tomando nota sus colaboradores o “ministrantes”, tanto de las personas intervinientes como del negocio a celebrar, en un borrador llamado “Scheda”, la que era leída a los interesados para que completaran, corrigieran o ratificaran su contenido, con lo que concluía la primera parte llamada “INITIUM”.

El precitado contenido era volcado luego en hojas de papiro o “protocolum” donde se redactaba el documento in extenso, lo que se daba en llamar “completio contracti vel instrumenti”. Ese traslado de la nota o Scheda al protocolum se conocía como “in mundum” y una vez leído a las partes y testigos, lo suscribían y signaban todos y el tabelión, cuya “completio” le daba conclusión en un solo y único acto.

PAPINIANO: ¿De modo que el tabelión le estaba dando fe pública al acto?

ROLANDINO: Todavía no. Su intervención tenía el carácter de testigo calificado. Justamente es la primera gran innovación que introducen las leyes longobardas, cuando por un edicto de LUITPRANDO del año 700 se incorpora en el Norte de Italia, la intervención del “Scriba” para redactar estos documentos y por otro edicto de RATCHIS del año 740 se introduce la expresión “CARTA” al mismo, con fuerza fedante por la intervención del “Scriba”.

La CARTA da unidad de acto a lo que fuera en la contratación verbal de los germanos, actos separados, a través de la “aufassung” que era el desprendimiento de la posesión por el propietario y el acto de recepción por la adquirente a través de la “gewere” que se ejercía con traslado al inmueble y el simbolismo de tomar un terrón de tierra o una rama, etc.

El simbolismo se fue simplificando en el documento escrito y en un principio, se cumplía colocando la “Carta” sobre el bien adquirido, y la levantaba el adquirente, lo que se denominada “levare chartae” para llegar luego a la unidad del acto, sin traslado al inmueble, y colocando el adquirente la mano sobre la “carta” como en la actitud de jurar, en el momento de la lectura, ante los testigos y la firma o signado de todos y del tabelión. Este es el procedimiento que se fue modificando con el tiempo y que resume la evolución romana y las costumbres germanas en la elaboración del documento en Bolonia.

PAPINIANO: No advierto tras la exposición del examinado, duda alguna en sus conocimientos para el ejercicio de la función y por tanto, propongo a esta Asamblea la aprobación de su designación como “tabelión”.

LUDOVICA: Hay aprobación unánime y por sobre todas las cosas, con la sabia intervención de Su Excelencia, la merecida justicia que reclamara Rolandino.



CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES
de la Delegación Lomas de Zamora del
Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

