

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede se confirma la sentencia apelada. Costas de la alzada a cargo de la actora vencida (art. 68, CPCC). Los honorarios serán regulados en su oportunidad legal (arts. 31 y 51, ley 8904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Juan Furst - Roland Arazi - Alberto H. Montes de Oca. (Sec. Eduardo R. Godio Philip).

Ver comentario siguiente

LOS SENDEROS OCULTOS DEL CODIGO CIVIL

EMILIO PATRICIO NAVAS Y RAÚL FRANCISCO NAVAS (h.)(**)(199)

*Esa trama de tiempos que se aproximan, se
bifurcan, se cortan o secularmente se ignoran,
abarca todas las posibilidades.
Jorge Luis Borges, El jardín de senderos que se bifurcan.*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Reconstrucción de los hechos. 3. Los senderos se bifurcan. 4. Así ordenaba Napoleón. 5. Un nuevo cruce de caminos. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Hemos sostenido largamente en estas páginas que el orden jurídico pretende abarcar todas las conductas de todos los hombres como el lenguaje pretende nombrar todo lo que existe en el universo, y también lo que no existe(1)(200).

La comparación va más allá de las simetrías o del trato peyorativo.

Ciertamente el derecho es una ciencia de palabras(2)(201).

Así, las instituciones jurídicas son clasificadas con sólo nombrarlas y adquieren sentido por el contexto en el cual se ubican.

Así también muchos problemas de interpretación y discusiones doctrinarias se centran en el significado y alcance de algunas palabras que sirven de intermediarias entre los hechos del mundo real y los supuestos de hecho de las normas que provocan consecuencias jurídicas.

Por ser una ciencia, el derecho se ajusta a clasificaciones y metodologías estrictas.

Las instituciones se encolumnan con rigor atendiendo el criterio adoptado. Y en una lectura lineal se nos presentan de una en una. Como compartimentos estancos.

Esta ubicación, por sí misma y por su inercia, nos lleva a adoptar determinadas conclusiones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por ello, casi sin darnos cuenta, abandonamos, insensiblemente, otras posibilidades.

El Código Civil, en tanto que ley sistemática por definición, fue objeto de una cuidada clasificación y de una acentuada preocupación en el aspecto metodológico.

"El método que debía observar en la composición de la obra ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios", señala Vélez en la "Nota de Remisión".

Si por un momento abandonamos el contexto del derecho y de la ciencia, no tendremos dificultad en convenir que la realidad puede ser objeto de otras clasificaciones y metodologías, algunas de ellas no científicas.

Dentro del campo del pensamiento mágico(3)(202), el Tarot plantea la seductora posibilidad de la existencia de un libro en el que todas las variantes del universo están escritas, pero en forma desordenada.

El libro es un mazo de cartas y éstas son sus páginas.

Cada tirada de cada nuevo lector ordena una de las posibilidades, permite su lectura y orienta las conclusiones.

Proponemos una nueva simetría.

El Código Civil es un libro donde todas las conductas humanas en el campo del derecho privado están escritas.

Arriesgamos una afirmación. No hay mejor tallador que la realidad.

Encaramos así este comentario. Leeremos las barajas tal como surgen de la tirada del presente caso.

Abandonaremos la clasificación y metodología de ordenamiento de las instituciones de derecho privado tal como las cristalizó Vélez.

Exploraremos así algunos senderos ocultos del Código Civil.

2. RECONSTRUCCIÓN DE LOS HECHOS

La señora Elisa Juana Cadiou de Karcher siente que su vida termina.

Los médicos y los afectos intentan darle ánimo y esperanza.

Para poner sus papeles en orden y su conciencia en paz, concurre a la escribanía Defelice.

Allí otorga un testamento a favor de sus más íntimos, entre ellos, el señor Kazuomi Takagi.

Su salud empeora.

Dispuesta a distribuir mejor sus bienes, vuelve a recurrir a su escribana para donar su propiedad de la calle Andrés Ferreyra al señor Takagi.

Como el beneficiario no podía concurrir a aceptar la liberalidad en el momento de su otorgamiento, la escribana opta por instrumentar el acto por medio de un poder especial irrevocable a favor de Nelly Sofía Kuatz.

Diecisiete días después de la muerte de la señora de Karcher, su apoderada firma la escritura de donación a favor de Takagi y el instrumento se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Los sucesores testamentarios encomiendan a la doctora Roson el trámite judicial.

La abogada cumple su cometido, hasta que diferencias con sus clientes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

terminan con la encomienda profesional, y es reemplazada por otro letrado. La doctora Roson solicita regulación de honorarios sobre la base del acervo sucesorio y posteriormente plantea la nulidad absoluta de la donación.

3. LOS SENDEROS SE BIFURCAN

La instrumentación elegida por la escribana interviniente tambalea.

Más aún si reparamos en la ubicación de la donación en el sistema de nuestro Código Civil.

La encontramos entre los contratos, en el título 8 de la sección III del Libro II, a partir del artículo 1789.

El sistema de cajas chinas juega en su contra.

De aplicarse las reglas generales de los artículos 1148 y siguientes para oferta y aceptación, en especial las previsiones del artículo 1149 ("la oferta quedará sin efecto alguno si una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar: el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado"), la donación no se habría perfeccionado.

La muerte de la donante habría aniquilado su promesa(4)(203).

De iniciarse el análisis por el tipo contractual elegido, el poder especial irrevocable, éste tampoco se habría configurado por incumplimiento del requisito del art. 1982; no existiría el negocio base, y por ende no habría poder especial irrevocable(5)(204).

Pero es aquí donde los senderos se bifurcan.

El art. 1795 provoca nuestro asombro: "Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada".

Y, concordantemente con esta disposición, establece el art. 1809: "La capacidad del donante debe ser juzgada respecto al momento en que la donación se prometió o se entregó la cosa...".

El apartamiento de las reglas generales de los demás contratos alcanza su clímax con el inc. 7° del art. 1807, originario de Vélez, nunca modificado, y aparente precursor del actual artículo 128: "No pueden hacer donaciones: ... Los hijos de familia, sin licencia de los padres. Pueden, sin embargo, hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesión o industria".

Mirando entonces extrañados la donación, reparamos que en cuanto a las formas también se distingue de los demás contratos.

La escritura pública es exigida para su instrumentación por el art. 1810 bajo pena de nulidad, si su objeto son inmuebles o prestaciones periódicas o vitalicias, ". . . no rigiendo en estos casos el artículo 1185". Es decir, sin forma no hay contrato, ya que, si ésta falta, la nulidad es absoluta y manifiesta y ". . . actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada"(6)(205).

Resumimos:

La donación se aparta de las reglas generales de los demás contratos:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- a) en el régimen de la oferta;
 - b) en el régimen de la capacidad;
 - c) en el régimen de sus formalidades.
- Intentaremos explicar estas particularidades explorando viejos senderos.

4. ASÍ ORDENABA NAPOLEÓN

Nos explica Vélez: "... en el libro tercero del Código Francés puede decirse que se ha reunido todo el derecho bajo la inscripción: De los diferentes modos de adquirir la propiedad..." (7)(206).

El art. 711 inaugura este camino señalando: "la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria, y por efectos de las obligaciones".

Nuestro Codificador lo deja a un lado y nos advierte sobre los peligros que nos esperan: "... las obligaciones y los contratos sólo son considerados como medios de adquirir, pero no tomando en cuenta la clasificación de los diversos derechos, se han agolpado en este libro hasta los contratos y los actos jurídicos que no tienen por objeto la adquisición del dominio, como son el arrendamiento, el depósito y la prisión por deudas, que se hallan bajo la misma inscripción. Esto, que al parecer es sólo falta de método, crea una mala jurisprudencia o trae una absoluta confusión con los verdaderos principios del derecho rompiendo la armonía de toda la legislación civil..." (8)(207).

Y cortésmente nos explica el rumbo que ha elegido: "... yo he seguido el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasilero en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil, separándome en algunas partes para hacer más perceptible la conexión entre los diversos libros y títulos, pues el método de la legislación, como lo dice el mismo señor Freitas, puede separarse un poco de la filiación de las ideas..." (9)(208).

Nuestra audacia nos lleva a reparar en esta última afirmación: "el método de la legislación... puede separarse un poco de la filiación de las ideas" y con ella como guía nos internamos en el camino abandonado en busca del criterio, del factor común que permitió a los codificadores franceses distinguir cuando "...la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite... por donación entre vivos o testamentaria...", de cuando se adquiere y se transmite "...por efecto de las obligaciones".

Aubry y Rau nos responden rápidamente en su parágrafo 644 y 645, "De las diferentes especies de disposiciones a título gratuito": "No podemos, en general disponer a título gratuito, sea de todo o de parte de un patrimonio, sea de los objetos individuales que lo componen si no es por medio de una donación entre vivos o de un testamento. En otras palabras una disposición a título gratuito no es válida cualquiera que sea su objeto, si no es hecha con las solemnidades exteriores y las condiciones intrínsecas prescriptas para las donaciones entre vivos o para los testamentos"(10)(209).

Es lo que establece el art. 893 del Código de Napoleón: "no se podrá disponer de los propios bienes a título gratuito, sino por donación entre

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vivos o por testamento en las formas establecidas a continuación."

Es que mientras los actos jurídicos a título oneroso, especialmente los contratos, son atípicos, es decir de número abierto sólo limitados por la inventiva humana, la naturaleza de las cosas y la necesidad de contar con objeto y causas lícitos, los actos jurídicos a título gratuito son típicos, es decir, de número cerrado.

Es que mientras en los actos jurídicos a título oneroso, especialmente los contratos, prevalece la libertad de formas, los actos jurídicos a título gratuito son solemnes.

Es que mientras en los actos jurídicos a título oneroso, especialmente los contratos, no juega el orden público, en los actos jurídicos a título gratuito el orden público que caracteriza al derecho de familia defiende la intangibilidad de la legítima de ascendientes y descendientes.

El sendero que acabamos de transitar existe también en nuestro Código Civil.

El art. 893 citado encabeza el Capítulo I "Disposiciones Generales" del Título II del Libro Tercero del Código francés "De las donaciones entre vivos y los testamentos" y los restantes capítulos del mismo Título, y las secciones en que algunos de ellos se dividen llevan las siguientes rúbricas:

"De la capacidad para disponer o para recibir por donación entre vivos o por testamento".

"De la porción de bienes disponibles y de la reducción" ("De la porción de bienes disponibles"). ("De la reducción de las donaciones y legados").

"De las donaciones entre vivos" ("De la forma de las donaciones entre vivos"). ("De las excepciones a la regla de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos").

"De las disposiciones testamentarias" ("De las reglas generales sobre la forma de los testamentos"). ("De las reglas particulares sobre la forma de ciertos testamentos"). ("De las instituciones de heredero y de los legados en general"). ("De los legados universales"). ("Del legado a título universal"). ("De los legados singulares"). ("De los albaceas"). ("De la revocación de los testamentos y de su caducidad").

"De las disposiciones permitidas a favor de los nietos del donante o testador o de los hijos de sus hermanos o hermanas".

"De las particiones hechas por el padre, la madre u otros ascendientes entre sus descendientes".

"De las donaciones hechas por capitulaciones matrimoniales a los esposos, y a los hijos que nazcan del matrimonio".

"De las disposiciones entre esposos, ya sea por capitulaciones matrimoniales o durante el matrimonio".

Todas ellas encuentran su correspondiente rúbrica con la que coinciden casi a la letra en nuestro Código Civil, aunque su orden de aparición sea distinto como producto de la distribución metodológica elegida por Vélez:

"De los que pueden hacer y aceptar donaciones".

"De la capacidad para recibir por testamento".

"De las donaciones inoficiosas".

"De las donaciones".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"De las formas de las donaciones".
"De la reversión de las donaciones".
"De la revocación de las donaciones".
"De la sucesión testamentaria".
"De las formas de los testamentos".
"Del testamento ológrafo".
"Del testamento por acto público".
"Del testamento cerrado".
"De los testamentos especiales".
"De la apertura, publicación y protocolización de algunos testamentos".
"De la institución y sustitución de heredero"
"De los legados"
"De los albaceas"
"De la revocación de los testamentos y legados"
"Caducidad de los legados"
"De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes"
"De las convenciones matrimoniales"
"De las donaciones a la mujer"

Refuerza lo que afirmamos el reparar que en las notas de los artículos que componen las rúbricas mencionadas se citan profusamente disposiciones de sus equivalentes del Código de Napoleón y comentarios doctrinarios de las mismas.

El parentesco entre donaciones y testamentos existe, pues, también en nuestro derecho.

El es quien explica las disposiciones que tanto nos extrañaban.

El art. 1795 ("Si el donante muere antes que el donatario haya aceptado la donación, puede éste, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada".) y su concordante el art. 1809 ("La capacidad del donante debe ser juzgada respecto al momento en que la donación se prometió o se entregó la cosa ".) no resultan extraños mirados desde la óptica de los testamentos.

También coincide con las reglas de capacidad de los testamentos el inciso 7° del art. 1807: "No pueden hacer donaciones: ...Los hijos de familia, sin licencia de los padres. Pueden, sin embargo, hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesión o industria".

5. UN NUEVO CRUCE DE CAMINOS

El cuestionamiento de la donación realizado por la letrada interviniente en el trámite sucesorio nos lleva a enfrentarnos con su legitimación activa para efectuar ese planteo en justicia.

E impulsados por la acción enfrentamos un nuevo cruce de caminos al que llegamos luego de descubrir una puerta secreta que nos conduce a la obra de Savigny en la nota a Título "De la nulidad de los actos jurídicos"(11)(210). "Usamos en este Título de la palabra anulable en lugar de rescindible, porque, como observa Savigny, la palabra rescindere en el derecho expresa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sino la que posteriormente sobreviene, como sucedía en los testamentos, por el nacimiento del hijo póstumo. En algunos casos, sin embargo, rescindere designa la nulidad inmediata. Otras veces declaran las leyes nulos los actos, y sin embargo, los hacen sólo rescindibles por medio de una acción revocatoria. El autor citado al tratar de la nulidad de los actos jurídicos en el Tomo IV del Derecho Romano N° 202, los divide en actos nulos y actos atacables. A estos últimos "De los legados". es a los que llamamos anulables" (12)(211).

Por su parte, invocado por Vélez nos explica Savigny: "Siempre que el acto es simplemente atacable, la invalidación depende de la voluntad del hombre. En efecto una acción, una excepción, la restitución, etc. no destruyen la relación de derecho, sino cuando la persona a quien corresponden manifiesta su intención de atacar el acto e interpone la reclamación consiguiente, pues, de otra manera, la relación jurídica conserva toda su eficacia. Varios autores llaman relativa a esta falta de validez que depende de la voluntad del hombre y la oponen a la invalidación absoluta que no admite esta especie de dependencia"(13)(212).

Casi sin querer se nos ha aclarado el sentido del artículo 1046: "los anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase".

Y casi sin querer también entendemos que las revocaciones, reversiones y declaraciones de inoficiosidad de las donaciones pueden clasificar en esta categoría conforme el criterio de Savigny.

Una última puntada. Podemos preguntarnos con Savigny "...si hay dos clases de nulidad, una absoluta y otra relativa..." y contestar con él que "...estas dos especies de nulidad existen efectivamente". Pero dejando aclaración contra un acto nulo, es decir contra un acto que no existe jurídicamente..."(14)(213).

Es así como, según al art. 1038: "la nulidad de un acto se manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque la nulidad no haya sido juzgada".

Tal sería el caso de una donación no celebrada con las formas pedidas por la ley. "Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1º las donaciones de bienes inmuebles. 2º Las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias. Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185..."(15)(214).

La demanda que nos ocupa nos pone ante un nuevo cruce de caminos. De estar de frente a una nulidad absoluta la actora estaría legitimada para intentar la demanda. Es más, en esta argumentación la nulidad no necesitaría siquiera juzgamiento.

De estar frente a una donación válida la nulidad sólo sería relativa, sólo alegable por los legitimados para plantear su revocación, su reversión, o su reducción.

6. CONCLUSIONES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La instrumentación elegida por la escribana interviniente ha resistido el ataque, creemos que con justicia y justificadamente.

El poder irrevocable encuentra su negocio base en una promesa de donación que puede ser aceptada aun después de muerto el donante.

La forma solemne de escritura pública ha sido cumplida tanto para la validez de la promesa de donación como del poder irrevocable para después de la muerte de la donante.

La instrumentación elegida no hizo sino reforzar la vigencia post mortem de la promesa de donación.

En consecuencia, el acto no es nulo de nulidad absoluta, sino meramente atacable en la terminología de Savigny, anulable en la de Vélez.

Es por ello que su revocación depende del pedido de parte legitimada y necesita una declaración judicial.

Creemos entonces que es ajustado a derecho el fallo que comentamos.

La demanda ha sido bien rechazada, la actora carecía de legitimación activa para intentarla y el acto cuestionado era válido conforme los arts. 1795 y 1982 del Cód. Civil.

II ESTUDIO DE TITULOS. Honorarios notariales

Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro. Sala Primera.

Autos: "Licciardi, Francisco R. c/Driano, Jorge Germán y otros" (causa N° 60.787 - J. 6).

En la ciudad de San Isidro, provincia de Buenos Aires, a los veintinueve días del mes de abril de mil novecientos noventa y tres, se reúnen en acuerdo los señores jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores Roland Arazi, Alberto H. Montes de Oca y Juan Furst, para dictar sentencia en el juicio: "Licciardi, Francisco R. c/Driano, Jorge Germán y ot. s/cobro de australes"; y, habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 156 de la Constitución de la provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: doctores Furst, Arazi y Montes de Oca, resolviéndose plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es justa la sentencia apelada?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada el señor juez doctor Furst dijo: