

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DOCTOR ADROGUÉ. - Quiero contestar simplemente su pregunta, señorita. Si usted dice que la función social de la propiedad es compatible con un crudo liberalismo, yo estoy convencido de que no; categóricamente no.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Muchas gracias a todos y hasta la próxima reunión.

- Aplausos prolongados.

Tema: ECONOMÍA Y DERECHO PRIVADO (SEGUNDA REUNIÓN)

Relatores: PROFESORES ISIDRO H. GOLDENBERG, ATILIO A. ALTERINI Y ROBERTO LÓPEZ CABANA

Participante: DOCTORA LILY FLAH

Fecha: 7 DE NOVIEMBRE DE 1990

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI - Hoy celebramos la última mesa redonda del ciclo de este año y nos convoca el tema Economía y Derecho Privado

Son tres los oradores que están con nosotros, quienes han acordado exponer sobre esta temática en el siguiente orden: primero, el doctor Isidoro Goldenberg, luego el doctor Atilio Aníbal Alterini y finalmente el doctor Roberto López Cabana.

DOCTOR GOLDENBERG.

I. El tema que hoy nos convoca es "Economía y Derecho Privado".

Quiero comenzar esta disertación enmarcando esas disciplinas dentro de un contexto histórico, ya que no es posible prescindir de la historicidad del fenómeno jurídico. En efecto, el derecho es una realidad, en el plano de los valores culturales y, en definitiva, como toda realidad, se halla inmerso en el flujo vivo de la historia.

No es procedente, pues, hablar de economía y derecho soslayando ese dato, que va a condicionar en forma inescindible ambas manifestaciones de la cultura.

Efectuada esta salvedad, debo expresar que una de las pautas significativas de esa interdependencia es la pérdida de vigencia de los criterios tradicionales. El devenir temporal provoca una incesante metamorfosis de las reglas jurídicas a medida que se van operando las transformaciones en el seno de la comunidad por el impacto de las nuevas condiciones económicas.

II. Tradicionalmente, la riqueza de las naciones se asentaba en el siguiente trípode: la tierra, el trabajo y el capital. Esa ha sido la óptica de los economistas clásicos.

Pero en la era actual estos factores fueron desplazados por la información codificada y centralizada y el potencial científico técnico. Es necesaria la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cabal comprensión de estos presupuestos pues las expresiones jurídicas van a tener que acompañarse a los nuevos condicionantes.

Dada la vastedad del tema de esta mesa redonda, centraremos nuestro análisis en un instituto que nos parece fundamental como nexo vinculante entre el derecho y la economía, que es el patrimonio. Ello permitirá valorar cómo los cambios económicos han influido en la teoría jurídica.

La tesis clásica que informa nuestro Código, conforme a la teorización inspirada en Zacharie y desarrollada por Aubry y Rau, proclama que el patrimonio es necesario, único, inalienable e intransferible.

Las notas a los artículos 2312 y 3283, emplazados en los derechos reales y las sucesiones, respectivamente, revelan en forma inequívoca cómo el pensamiento de Vélez Sársfield fue tributario de esos principios que caracterizan esa figura como una universalidad de derecho, un objeto ideal de contenido indeterminado.

Esa concepción proyecta en abstracto los atributos del sujeto al objeto, postulando que toda persona debe, en forma imperativa, tener un patrimonio, entendido como una noción abstracta e idéntica en el tiempo, a pesar de las alteraciones que experimente.

Tal conclusión se explica considerando los bienes como una emanación misma del sujeto. No es sino una resultante del ideario económico, político y social de la Revolución Francesa que diagrama la tónica privatista e individualista del Código Napoleón y de los ordenamientos que se inspiraron en él.

III. El derecho comercial nace como un estatuto medieval para disciplinar las relaciones de un sector de la comunidad - comerciantes y navegantes - no comprendido en la preceptiva de la época.

En efecto, las normas romano - canónicas regulaban los vínculos entre señores y vasallos que tenían por objeto la única riqueza entonces existente: la tierra.

Pero el auge del comercio, de las actividades artesanales y el florecimiento de los centros urbanos genera una actividad económica que no se sustenta ya en la tierra sino en los capitales.

Esta nueva riqueza va a tener de inmediato hondas repercusiones políticas y sociales, y su proyección en el mundo jurídico constituye el sólido pilar sobre el que se edifica la teoría clásica del patrimonio.

La burguesía triunfante en la Revolución Francesa, después de abatir el poder judicial, consolida su hegemonía política sobre la base de la acumulación de la riqueza, que signará luego la concepción estática del patrimonio.

Propiedad y contrato son los ejes de la reformulación socioeconómica que estructura el Código francés. Nuestro Código Civil no fue ajeno a esa influencia: al respecto basta leer la parte final de la nota al art. 2513 y valorar que el veinticinco por ciento de su articulado está destinado a la regulación de los contratos.

IV. ¿Cuál es el concepto actual del patrimonio? El protagonismo se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desplaza del individuo a la empresa - hija del industrialismo -, que constituye el objeto del moderno derecho comercial.

La visión económica atiende ahora al proceso dinámico del tráfico de bienes. Se privilegia el contenido del patrimonio, las fuerzas activas que lo componen orientadas a la creación y circulación de la riqueza.

Existe una interdependencia entre la óptica económica y la jurídica. En efecto, ésta apunta a la causa fuente: el contrato, mientras que la primera va dirigida a la movilización de los bienes.

Pero ambas miras convergen, en definitiva, ya que el economista no puede desentenderse del contrato y el jurista de su resultado económico.

El patrimonio es enfocado desde el punto de vista de la responsabilidad de su titular; sin activo resulta, pues, inoficioso hablar de patrimonio.

V. Uno de los requisitos caracterizantes del esquema tradicional es el de la "unidad del patrimonio".

Sin embargo, la praxis económica moderna ha impuesto la necesidad del reconocimiento jurídico de patrimonios especiales pertenecientes a un mismo sujeto en función del destino o fin que los determina. Esta tesis, de sentido finalista, tiende a institucionalizar una realidad impuesta en el medio social por motivos de utilidad y función práctica.

Las cosas, como objetos exteriores al hombre, son sólo instrumentos para la satisfacción de sus necesidades, tanto económicas como también culturales, solidarias o de cooperación. Desde una perspectiva social se valora la afectación de los bienes a un resultado cierto, ya que no existe ninguna razón valedera que impida destinar una determinada masa patrimonial a la consecución de tales logros.

La personificación de los entes colectivos constituye una de las características salientes de nuestra era y no es sino un afinado instrumento de técnica jurídica para que los individuos alcancen finalidades económicas que exceden sus potencialidades singulares.

La empresa individual de responsabilidad limitada, que consiste en afectar una porción del patrimonio de una persona a una actividad industrial o comercial escindiéndola de los restantes bienes, aparece como una secuencia del incesante surgimiento de nuevas actividades y la transformación de las existentes en el activo mundo negocial de nuestros días.

Este instituto goza de predicamento en el derecho contemporáneo, y su regulación legal en nuestro medio cuenta con valiosos antecedentes parlamentarios y ha sido prohijada en distintos congresos y jornadas académicas.

VI. El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial se inscribe en esa orientación, tal como se desprende de las "Notas explicativas" de los integrantes de la Comisión Especial, donde se afirma: "En los cambios que se introducen en la ley 19550, la Reforma extiende tal aptitud a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que, de conformidad con conocidos desarrollos modernos, podrán ahora constituirse y funcionar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con un solo socio. Para las sociedades de responsabilidad limitada se requiere que éste sea una persona física".

Consecuentemente, en las modificaciones que se proyectan al título "Personas jurídicas" se establece en el art. 34 inc. 4º: "pueden ser constituidas o continuar con un solo miembro o ninguno, mientras tengan aptitud para funcionar".

Como colofón, de todo lo expuesto surge con nitidez el acierto en la elección del tema convocante, ya que no pueden dissociarse los institutos jurídicos de los sustratos económicos, pues ambos son segregaciones sociales que como tales se encuentran en estado de movilidad constante.

Nada más; muchas gracias.

DOCTOR ATILIO ALTERINI. - En el marco del tema vastísimo de la economía y el derecho, tanto que ha motivado dos de las reuniones de este ciclo, me propongo dar una mirada a la teoría del costo de los accidentes, un tema que en los últimos años ha sido expandido en la doctrina norteamericana, ha penetrado en la doctrina europea, sobre todo en la italiana, y ha tenido alguna repercusión muy reciente en algunos trabajos publicados en la República Argentina.

Esto viene fundamentalmente de Guido Calabresi, decano de la Facultad de Derecho de Yale, y de Richard Posner, profesor de la Universidad de Chicago, que encabezan lo que en el Derecho norteamericano se consideran las escuelas líderes en este nuevo análisis del derecho y la economía.

Quiero recordar al auditorio que todo legislador se enfrenta a disyuntivas. Imaginemos a un legislador regulando el contrato. Su primer problema será más o menos éste. ¿Le confiero o no le confiero efecto jurídico al contrato? Alguien dirá que no. Si el legislador queda atado por preceptos superiores del derecho natural, dirá es de derecho natural que el contrato sea obligatorio, o, en general, en los ordenamientos jurídicos positivos, unánimemente se otorga valor jurídico al contrato. Pero enseguida el legislador puede tener otros problemas. ¿Ensancha o comprimo la autonomía de la voluntad? En el siglo XIX la tendencia era a ensancharla. A esta altura del siglo XX, la tendencia es a acotarla. Pero este acotamiento, propio de nuestro tiempo, ¿es un acotamiento genérico o es un acotamiento específico para ciertas relaciones jurídicas entre fuertes y débiles, entre predisponentes y destinatarios de ofertas estandarizadas, entre un empresario y un no profesional? Vale decir, ¿es técnicamente comprimible, o lo es puntualmente para los denominados contratos de consumo? O sigue vacilando el legislador en cuanto a otorgar fuerza jurídica a la oferta. ¿Dice algo tan negativo, como nuestro Código de Comercio, o algo menos negativo como nuestro Código Civil? ¿O dice como el nuevo Derecho del consumo en el mundo, el artículo 8º de la ley española de 1984, que las ofertas hechas en la publicidad integran el contenido contractual?.

Otra de las opciones: ¿fortalece el vínculo o lo debilita? Es decir, ¿favorece la cláusula resolutoria tácita o exige que haya cláusulas resolutorias expresas? O hace un batiborrillo del sistema, como Vélez, estableciendo la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

señal confirmatoria con pacto comisorio tácito en el Código de Comercio y la seña penitencial con pacto comisorio expreso en el Código Civil, con lo que debilitó y fortaleció ese vínculo, hasta que en 1961 se puso un principio de orden al modificarse el artículo 216 del Código de Comercio, que a su vez vino del Código de Honduras. Estas opciones y muchas otras son las que afronta el legislador ante cualquier regulación.

Por otro lado, hay decisiones del poder político que influyen en lo jurídico. Supongamos que el poder político se propone incrementar o promover la fabricación de automóviles. El ministro de Trabajo y el ministro político, aplaudirán tal decisión. Aumentará el producto bruto interno y la mano de obra ocupada. Pero, al mismo tiempo, el incremento del número de automóviles, producto de la fabricación, tendrá severo costo social.

Vamos a hacer un listado mínimo de ese costo. Habrá más muertos e inválidos, porque al haber más automóviles, habrá más accidentes. Alguien decía que si Henry Ford, el gran difusor del automóvil, hubiese tomado conciencia de la dañosidad del automóvil, habría abandonado sus experimentaciones, primero y aplicaciones, después, en el desarrollo del automovilismo.

Si habrá más muertos e inválidos, se precisarán más servicios hospitalarios. En países como la Argentina, que proclama la existencia de un seguro nacional de salud, el derecho de todos los habitantes argentinos a la salud significa que estos servicios tendrán que atender a más heridos e inválidos, o a más lesionados, a través de más hospitales, y que se van a precisar más servicios de policía porque habrá que controlar más el tránsito y el respeto de las normas regulatorias. Y va a haber más servicio de justicia, porque al haber más accidentes habrá más litigiosidad.

A todo esto, va a haber más contaminación ambiental, porque es obvio que los motores de automóviles la generan.

De modo que la decisión política siempre debe tomarse partido privilegiando a algunos de los intereses. Más producto bruto interno y más mano de obra ocupada versus más costos sociales.

¿Por qué se decide el legislador? A veces la decisión es dramática. Cita Guido Calabresi el caso de la construcción del túnel del Mont Blanc, en los Alpes europeos, que se dispuso sabiendo que cada kilómetro de túnel costaría la vida de un operario, pues ello resultaba estadísticamente en la construcción de túneles; quienes decidieron hacer este túnel asumieron que iba a haber tantos muertos como kilómetros de extensión tuviera.

Naturalmente sabían también que en el largo tiempo la ecuación final iba a ser favorable por la evitación de accidentes en el cruce de los Alpes derivado de la mejor situación de hacerlo por el túnel que por la ladera de la montaña.

Pero quien no tome conciencia de que toda decisión del poder político lleva una secuela de consecuencias probables está pensando en el vacío, ajeno a la realidad.

En sentido microeconómico, los accidentes también inciden en materia de costos. Por lo pronto, la indemnización es un costo. Lo dice la doctrina mundial: lo asumen las doctrinas americana y la europea, y, de alguna

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manera, la más moderna doctrina argentina; las indemnizaciones son uno de los costos que ha de tomar a su cargo quien encare una actividad empresaria. Amortización de capital, mano de obra, insumos y costo de los accidentes integran el listado de sus gastos, de sus provisiones, de sus provisiones, que debe trasladar a los precios. Naturalmente, este costo se disminuye cuando se exige culpabilidad para responsabilizar por el accidente: cuando sólo se reparan los accidentes derivados de la culpa, se lo hace en menos hipótesis que cuando se los repara por aplicación de la responsabilidad objetiva; hay casos en que se repara por la teoría objetiva en los que no habría indemnización aplicando la teoría subjetiva.

Alguien ha dicho que la teoría de la culpa, consciente o inconscientemente, sirvió a la sociedad industrial al favorecer la disminución de los costos de los productos en una economía en que la competencia tenía por eje los costos menores, en un estadio primitivo que ha sido abandonado en la sociedad posindustrial que nos ha tocado vivir.

Frente a esto está el tema de la prevención. Es decir, hay un costo de evitación de los accidentes, y hay un costo de indemnización de los accidentes. El mismo Guido Calabresi señala ácidamente que las compañías de ferrocarril no instalan barreras necesariamente por espíritu solidarista, sino que lo hacen porque les es más barato instalar la barrera y mantenerla que pagar el costo de los accidentes de aquellos que pudieran haber sido atropellados por los trenes en el caso de no existir barreras. Rígida ecuación de costos.

Si el costo del mecanismo de evitación es más barato que el daño que se debería indemnizar, se adoptan estos mecanismos. Si, en cambio, los mecanismos resultan muy caros, y es más barato indemnizar, no se adoptan esos mecanismos, y se arrasan vida, salud, patrimonio, es decir, bienes de otro, porque en la ecuación final del costo dañar es económicamente más favorable.

Pero, claro, esto no es tan así. Estoy seguro de que el hombre contemporáneo, sobre todo por una paulatina culturalización en la que tienen que ver los medios de información que nos dan cuenta de lo que sucede en los países más avanzados - a través de la televisión vía satélite, por ejemplo -, esta culturalización hace que las expectativas del hombre contemporáneo sean distintas de las del hombre del siglo XIX, para las cuales se armó el sistema, y para las cuales este sistema funcionó de alguna manera durante años. Este hombre que tiende a la individualización es un hombre que no consiente el daño a la vida, a la salud, a la integridad física o moral. En lo que se llama "cascada de responsabilidad", cada quien trata de endosar el daño a otro, éste a un segundo, este a un tercero. Esto se traduce en una presión de la opinión pública, y en lo que los autores norteamericanos designan como responsabilidad de la nueva empresa que, al atender estos reclamos de la opinión pública - no nos planteamos si es por solidaridad social o por interés - hace lo necesario para evitar el daño aun cuando los costos puedan ser mayores.

¿Para qué sirve analizar el tema de los costos de los accidentes? Rodota, al prologar la edición española del libro de Calabresi, señala que la teoría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del costo de los accidentes brinda un criterio para la adopción de decisiones por el legislador, Frank Michelman lo define como un método generador de hipótesis. Puede ser que el legislador lo tome en cuenta o no lo tome en cuenta. Pero, aun cuando no lo tome en cuenta, la teoría del costo de los accidentes le permite al intérprete jurídico asumir la asunción de intereses que determinan de alguna manera la adopción de un criterio: el criterio de la culpabilidad, el criterio del riesgo, el criterio de la evitación, el criterio de la indemnización.

Habría que decir que aun el abandono de la idea de la culpa a través de la imputación objetiva, fundamentada en los términos de lectura clásica que señalaba Isidoro Goldenberg hace un momento, no convierte la culpa en pieza de museo. Es decir, señalar y aun predicar que se imputa objetivamente la responsabilidad no excluye que la culpa cumpla todavía algún rol preponderante en el régimen del Derecho en análisis.

Propongo algunas hipótesis. Siendo que el Derecho penal arranca de la idea de culpabilidad, se aplica cuando a la responsabilidad objetiva se le agrega la responsabilidad penal por culpa, mediante la comisión de un acto típicamente antijurídico e impecable. Por otro lado el grado de culpabilidad incide en la determinación del daño a resarcir: un hombre de la aquilatada experiencia judicial de Borda ha señalado, desde las primeras ediciones de sus libros, que aun cuando la responsabilidad sea asentada objetivamente por un Tribunal, éste no puede prescindir del grado de culpabilidad en que haya incurrido el llamado a responder, sin embargo, por la teoría objetiva.

Por lo demás, cuando hay dolo o su equivalente culpa grave, los jueces carecen de la facultad de morigerar la indemnización. Y todavía, la culpa grave es asimilable a la teoría del dolo, con el consiguiente agravamiento del juicio de reproche, en este caso de índole moral.

En la teoría del costo de los accidentes, se dan estas alternativas: la de alguien con aptitud para provocarlos, que es solidarista y hace lo necesario para evitarlos; y la de alguien sin sentido solidario, que se encoge de hombros frente a la posibilidad de provocarlos, si es que los costos para evitarlos son mayores que los costos de indemnización.

Frente a esto no queda otra actuación que la del Estado. Es decir, un criterio intervencionista. Frente a las actitudes antisociales, poniendo el eje en la prevención, seguramente el Estado que actúe de manera intervencionista adecuará a las expectativas generales, porque el hombre moderno, en mi convicción, tiende a privilegiar la seguridad antes bien que los costos.

En la solución de este tema, y estoy concluyendo, aparece entrelazado el criterio de juristas y de economicistas. Mientras un eximio jurista francés contemporáneo, André Tunc, señala que la consigna de los tiempos, refiriéndose al derecho del consumo, es producir mejor aunque sea menester producir menos, un economista laureado con el premio Nobel, Mielton Friedman, agrega que con ello el consumidor soporta el costo de la mayor pureza y calidad del producto. Me importa señalar las dos lecturas: la lectura del hombre de Derecho que señala el deber ser de una consigna, y la lectura del hombre de la Economía, que resalta la repercusión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

crematística, en el costo del producto de esa mayor seguridad.

Richard Posner, el líder de la Escuela de Chicago, señala que el accidente futuro es tema de economicistas, en tanto el accidente pasado es tema de las partes interesadas y de los hombres de Derecho. Y esto me alarma. Porque pensar de este modo con un criterio riguroso y exclusivamente economicista desvaloriza la disciplina que practicamos. Y tengo para mí que el tema es demasiado delicado para que los hombres de Derecho se lo dejemos a los economistas.

DOCTOR LÓPEZ CABANA. - Lamento que no haya podido estar entre nosotros el doctor Laquis porque hubiera disfrutado muchísimo de las exposiciones precedentes.

Desde el concepto de patrimonio, desde la responsabilidad civil, tanto el profesor Goldenberg como el profesor Alterini se han acercado a la persona, al individuo, que privilegia el Derecho privado, y a través de una relectura de esos criterios, como se señalaba en otra mesa redonda, se ha puesto el acento sobre la prevención del daño, sobre aquello que en definitiva, tiende a proteger a la persona más que a sancionar un actitud. Esta es la dirección correcta. También, por cierto, resulta meritoria la construcción novedosa que Goldenberg ha expuesto, en la cual el patrimonio se coloca al lado del concepto de persona.

Me he asignado un cometido bastante más modesto en relación con quienes me precedieron en la palabra. Querría reflexionar para qué nos sirve esta visión económica del Derecho y cómo nos sirve en función de aquellos aspectos legales que estamos precisados a manejar. En la concepción de nuestro Código Civil no es casual que se hayan tomado varios criterios de la realidad económica.

Vélez Sársfield era Profesor de Economía política en esta Universidad, y eso ha quedado muy claramente evidenciado en el texto del Código Civil. Por eso en una idea compartida con Atilio Alterini, me propongo examinar cómo se ha asumido la realidad económica en el Código Civil, cómo ha servido de motor de normas especiales y cómo ha resultado adecuada para la interpretación jurídica actual de distintas instituciones donde la realidad económica sirvió para variar interpretaciones obsoletas, o ajustarlas con nuevas proyecciones.

La asunción de la realidad económica se da en una multitud de instituciones, no sólo en las que Vélez incorporó, sino en aquellas otras de las que prescindió; porque hay que tener en cuenta que en sus notas encontramos muchas razones donde ha señalado la conveniencia de abandonar algunas instituciones que quizás otros hubiesen estado entusiasmados por incluir.

Esos criterios han servido justamente para esa inclusión, o ese desplazamiento normativo. Por ejemplo, al hacer pesar la garantía de evicción sólo a quienes transmiten derechos a título oneroso (art. 2089), descartando hasta las acciones por vicios redhibitorios para los adquirentes a título gratuito (art. 2165), cuando se legisla sobre venta con pacto de retroventa, que es lo que se hace con la cláusula de poder, el vendedor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

recupera la cosa vendida y entregada con restitución del precio (art. 1366), el contrato ha servido, en realidad como soporte de una verdadera garantía, y por ello esta modalidad está prohibida en materia de muebles, en el art. 1380.

En materia de negocios simulados e indirectos, el privilegio que se a signa a la voluntad real, prescindiendo del acto ostensible, atiende a la realidad negocial.

Cuando una venta es realizada con reserva de dominio, existe una equivalencia con el pacto comisorio (art. 1376) y le ha sido aplicado el criterio del art. 1374, en cuanto lo prohíbe en materia de compraventa de muebles.

Cuando la venta es realizada por un heredero legitimario, con reserva de usufructo, se presume la existencia de una donación.

Cuando las donaciones se hacen en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, estimables en dinero, y por los cuales este podía pedir judicialmente el pago al donante (art. 1822), a pesar de ser denominada como donación remuneratoria, se encubre un verdadero contrato de cambio. Y es por esa razón que se le aplican soluciones distintas de las que hubieran correspondido, de tratarse de una verdadera y propia donación: no están sujetas a la colación ni a la acción de reducción (art. 1932, inc. 2º), en la medida de su onerosidad; sólo pueden ser revocadas en la parte de gratuidad (art. 1863); funciona en ellas la garantía por evicción (arts. 1825, 2146, inc. 4º, 2150); y vicios redhibitorios, según pacífica interpretación doctrinaria (López de Zavalía, Mossel Iturraspe, Zago).

Al analizar estas regulaciones se advierte que el codificador ha atendido a diversos aspectos de la realidad económica. Los intereses retributivos son una creación magnífica de Vélez, que ya había sido anticipada cuando, como abogado, defendió la causa de los embargados por opiniones políticas. En su actuación profesional ha aprendido muchas cosas como todos nosotros, sólo que él tuvo la ventaja inconmensurable de llevarlas a la ley, como cuando concede los intereses retributivos, sin necesidad de mora, como manera de restablecer el equilibrio patrimonial.

También Vélez aplica criterios de realidad.

En algunas situaciones, le han servido para no incorporar una institución, y a veces, para incorporar otras injustificadamente. Veamos cuáles no incluye. Por ejemplo, la enfiteusis. O censo enfiteútico del Derecho español, que entre nosotros existió antes de la codificación, y la experiencia, dice Vélez en su nota al art. 2503, ha demostrado que las tierras enfiteúticas no se cultivan ni se mejoran con edificios, y por eso ha eliminado este derecho.

Con respecto a la superficie, tampoco la incluye, y dice que se desmejorarían los bienes raíces y traerían mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.

El argumento no parece tan convincente porque es bastante parecido al utilizado en la nota al art. 2617 para soslayar a la propiedad horizontal. El hecho de que la utilización común genere diversos problemas o dificultades entre los que participan de esa propiedad y hace más que aconsejable

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislar sobre el tema y nada se soluciona evitándolo. Esto ha sido justamente dejado de lado en la actualidad. Sin embargo, este derecho, omitido por Vélez, ha sido previsto expresamente en 1987, en el proyecto de Código único, en el artículo 2614 que ha sido obra del profesor Jorge Alterini, en una norma bastante extensa, precisamente criticado por ser demasiado largo. Pero, hay algunos que critican porque bogan y otros critican porque no bogan. O que sostienen que realmente las reformas no pueden incluir artículos bis o ter porque dificultan la comprensión y la ubicación de los artículos. Sin embargo, hay algunos autores, como el doctor Cornejo, profesor salteño de derechos reales, que han sostenido que la regulación es correcta, breve y concisa.

En otros casos, vemos que Vélez ha incluido instituciones que ya estaban obsoletas en el momento en que redactó el Proyecto. El profesor emérito Guillermo Allende ha dicho que, en Alemania, la anticresis es considerada como una institución muerta, y los franceses han dicho que no es propia de un pueblo civilizado, lo que demuestra la inconveniencia de su incorporación al Código Civil. Dejo a salvo la opinión muy meritoria de la doctora Garrido Cordobera, en cuanto afirma que debe evitarse que permanezca petrificada, pero soy bastante pesimista y algo descreído de esta institución, por lo que presumo que va a seguir sin aplicación.

Con respecto al derecho de habitación del cónyuge supérstite, tema que ha ocupado también la atención del doctor Goldenberg con quien hemos peleado por reformar su normativa, en la medida en que a veces su extinción no atiende correctamente a sus particularidades económicas. Por ello, propiciamos la derogación del último párrafo del artículo 3573 bis del Código Civil, en una propuesta que halló eco en las I Jornadas de Derecho de Familia de Morón, de 1989.

El artículo 8º de la ley 14005 prohíbe el pacto comisorio en la compraventa de lotes a plazos, una vez que se ha pagado cierta proporción del precio, o se han realizado determinadas mejoras y esto obedece también a razones estrictamente económicas. En materia de indivisión hereditaria, la ley la impone cuando se trata de una unidad económica o promedia manifiesta utilidad económica. En la ley 23091, más cercana en el tiempo, el precio de la locación de inmuebles urbanos no puede ser fijado en moneda extranjera. Y esto se ha dispuesto así porque la realidad económica nos muestra graves oscilaciones en la cotización de las divisas. Yo diría ahora que graves oscilaciones o nulas oscilaciones pueden, tanto la una como la otra, traer desfasajes, que pueden ser contrarios a los intereses del locatario, cuando van en ascenso, y contrarios al interés económico del locador, como sucede en la situación actual, bastante tranquila en materia de cambios. Pero, de todas maneras, estas oscilaciones del tipo de cambio, fueron las razones esgrimidas por el legislador del año 1984 al prohibir, en materia locativa, la contratación en dólares.

La doctrina de la imprevisión asume la realidad económica del sinalagma contractual, al conceder acción a la parte para quien la prestación resulta, por circunstancias sobrevinientes, extraordinarias e imprevisibles, excesivamente onerosa, conforme a lo autorizado en el art. 1198 del Código

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civil.

Fuera de estos supuestos, en los que la realidad económica actúa como motor de normas especiales, existen otros en los que esa realidad sirve para la interpretación.

Así sucede, por ejemplo, cuando se desestima la personalidad jurídica, si se emplea con fines desviados, privilegiando a la realidad económica frente a las formas utilizadas, y así se la adopta en el art. 54 de la ley 19550, en el último párrafo que agregó la ley 22903.

A pesar de lo previsto en el art. 1040 del Código Civil, y a través de diversos mecanismos de técnica jurídica cuya puesta a punto lideró el profesor Borda, se ha reconocido efectos a los llamados pequeños contratos celebrados por incapaces de hecho.

El fenómeno inflacionario ha incidido directamente sobre la teoría de las obligaciones de valor, y sobre el criterio favorable a la indexación de las deudas dinerarias.

Los intereses puros, liberados de las escorias de que hablaba el profesor Molinario, han resultado aplicables conforme a principios gobernados por la realidad económica que no toleraban fijar la tasa de interés corriente a las deudas de valor y a las dinerarias actualizadas.

También la propia acción de in rem verso concedida en casos de traslación patrimonial indebida, fundada en el enriquecimiento sin causa, descansa - en definitiva - sobre realidades económicas.

Y, por último, concluyo este muestrario - sin ánimo taxativo - con los supuestos de responsabilidad objetiva, cuyo fundamento se ha encontrado en el "Riesgo" - "provecho", haciendo cargar el daño sobre quien se beneficia económicamente.

La gravitación que tiene la realidad económica queda más que evidenciada al analizar las distintas soluciones del Código Civil y de las leyes especiales.

Pero tampoco hay que exagerar esa influencia, y caminar sin más hacia una solución forzosamente económica frente a cualquier caso. La interpretación jurídica, para merecer el nombre de tal, debe adecuar a un modelo ético y de justicia, del cual debe apartarse el operador del Derecho.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Pasamos ahora a escuchar los razonamientos que a los asistentes les motivan las exposiciones de los oradores.

DOCTORA FLAH. - Felicito al doctor López Cabana por la importancia de su trabajo y el esfuerzo intelectual que le ha requerido registrar todos los ejemplos que brinda nuestra legislación.

Quiero recordar otro caso que complementa lo señalado en su exposición en cuanto a la incidencia de la realidad en nuestro Código.

Nuestro codificador, atento al rol asignado a la mujer dentro de la familia y la sociedad, legisló dándole status de incapaz de hecho. Consecuentemente, consideró que por razones legales y también socioculturales estaba marginada del mercado laboral, por lo que optó entonces por consagrar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para la sociedad conyugal un régimen único de comunidad de gananciales que respondía a esa circunstancia histórica.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Agradezco la valía de las disertaciones y la presencia de los asistentes a esta última mesa redonda del ciclo de 1990, que doy por finalizada.

CONSULTAS JURÍDICONOTARIALES

I PODER PARA VENDER Y PODER PARA DONAR

DOCTRINA: No es necesario especificar los inmuebles en los poderes generales amplios que tienen facultades de disposición.

En cambio, es imprescindible que el poder para donar determine el bien raíz que se transmitirá por ese título.

(Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto del escribano Alfredo Cuerda, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 8 de mayo de 1991.) (Expte. 2670 - R - 1991.)

I. EL CASO EN CONSULTA: M.R., abogado, consulta con relación al uso que se hizo de "...un poder general amplio de administración, disposición y judicial..." con el cual se compró un inmueble; procediendo luego a donar dicho inmueble, usando el mismo poder.

Ante una venta de la misma propiedad y con igual poder, el escribano interviniente "... desechó el título por insuficiente..." exponiendo razones Jurídicas.

M.R., para sustentar su consulta, enumera jurisprudencia y formula su consulta en forma concreta:

- 1)El poder general mencionado y transcrito fue suficiente para realizar la compra de un inmueble y proceder a su donación.
- 2)Si no lo fuera, atento a la jurisprudencia y doctrina, por qué.
- 3)Estuvo acertado el escribano que rechazó el título por no ser jurídicamente suficiente y plenamente válido para realizar la nueva operación.

II. CONSIDERACIONES - NORMAS APLICABLES Y DOCTRINA: Para vender, dicho poder es suficiente ya que "no es necesario determinar los inmuebles en las escrituras de mandatos, siendo suficiente con que en términos expresos, precisos y concretos el mandante confiera la facultad de venderlos o gravarlos", según el dictamen de Francisco Ferrari Ceretti (R. de N. 776, pág. 627; en igual Revista y el mismo sentido, pág. 1653 un artículo de Natalio P. Echegaray), siendo éste el criterio predominante entre nuestros tratadistas y jurisprudencia.

Atento lo expuesto dicho poder es suficiente para vender.

El problema esencial se plantea si dicho poder general amplio sirve para