

conducta exigible a los terceros, a quienes no se les puede oponer voluntades ocultas, ni ellos, por su parte, hacerlas valer, quedando a salvo las acciones que les corresponden cuando la simulación perjudicare sus intereses.

II.5. Al momento de realizarse los actos de disposición del inmueble, éste pertenecía a los esposos C y B en condominio de partes indivisas propias; los títulos en que se fundaron esos actos no son susceptibles de ser desconocidos o modificados por el arbitrio de parte. Conviene recordar que son anulables los actos jurídicos cuando tuviesen el vicio de la simulación (Cód Civil, art. 1045), y que "los actos anulables se reputan validos mientras no sean anulados; y solo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase" (Cód Civil, art. 1046)

III CONCLUSIONES

Ceñidos al tema bajo examen, juzgamos irrelevantes las declaraciones de los vendedores del inmueble reflejadas en la escritura denominada "aclaratoria" conclusión que en nada altera las declaraciones de las hijas de aquéllos, receptados en la misma escritura, las que, en tanto pretendan significar renuncia a la eventual futura acción de reducción deben considerarse nulas por violatorias de expresas prohibiciones legales (Cód Civil, arts. 18, 1175, 3311 y concs)

IV

INCOMPATIBILIDAD DEL ESCRIBANO. Aplicabilidad. Actos en que su cónyuge actúe como agente fiduciario

DOCTRINA: No se considera compatible el ejercicio profesional en el caso de que su cónyuge actúe en el carácter de agente fiduciario.

(Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de la escribana Elsa Kiejzman, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 12 de junio de 1996) (Expte. 1294-A-1996)

I ANTECEDENTES:

La escribana M.A.A. realiza consulta jurídica a efectos de obtener el aval de este Colegio para autorizar escrituras de distinta naturaleza, en las cuales una de las partes sería su cónyuge, quien es agente fiduciario. Efectúa una serie de consideraciones con relación al art. 985 del Cód Civil, tratando de equiparar al "fiduciario" con el accionista, director o gerente de una sociedad anónima o con quien actúa en interés de un tercero por ser apoderado del mismo, circunstancias que habilitarían la actuación del escribano en actos en que intervengan parientes dentro del grado prohibido o cónyuge que la doctrina equipara a la situación de pariente.

Meritúa que, conforme lo normado en los arts 13, 14 y 15 de la ley 24141, los bienes fideicomitidos no integran el patrimonio del fiduciario, debiendo dicha circunstancia constar en las tomas de razón efectuadas por los registros pertinentes (según el tipo de bienes de que se trate) y exteriorizarse en las registraciones contables que debe llevar el fiduciario" Asimismo, expresa que su esposo es agente fiduciario de clientes locales e internacionales y que en todos los casos el resultado de su gestión es en beneficio de los fiduciantes y que no altera en forma directa su patrimonio agregando que "surgen de dicha administración, una gran cantidad de actos que por su naturaleza jurídica deben ser realizados por ante escribano público Entre estos actos, se encuentran: compras y ventas de derechos y acciones en general, de carteras crediticias entre entidades financieras y no financieras; suscripciones, compra, venta e intermediación de créditos hipotecarios"; a nivel mayorista y minorista; suscripciones de préstamos a las provincias con garantía de coparticipación federal; intermediación mayorista de créditos al consumo; y probablemente algunas operaciones de este perfil, que si bien no se han realizado hasta el momento, no inhibir que pudiesen surgir en el futuro". Manifiesta que: "lamentablemente, y amén del lucro cesante en virtud de los ingresos, que podría obtener por participar como escribana autorizante en estas operaciones, hasta el momento me he abstenido de participar en las mismas, en función de la duda emergente del art. 985 del Cód Civil ". Concluye solicitando "se emita un dictamen, en virtud del cual se deje en claro que la actuación del oficial público como autorizante en los actos en los que sus parientes o su cónyuge intervengan como fiduciarios en los términos de la ley 24441, no se encuentran alcanzados por la restricción impuesta por el art. 985 del Cód Civil".

II CONSIDERACIONES

El art. 985 del Cód Civil establece para todos los instrumentos públicos que "Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asuntos que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados: pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido".

La doctrina, en forma unánime, considera que la norma tiene por objeto velar por la imparcialidad del oficial público, en este caso, concretamente, del escribano.

Así lo ha declarado el Primer Congreso Internacional del Notariado latino; entre los principios en que ha de fundarse una buena organización legal del notariado, estableció: ...6º: Considerar como causas de incompatibilidad todas aquellas que pongan en peligro el criterio imparcial que debe observar el notario en el ejercicio de su actividad ". La Primera Jornada Notarial del Cono Sur declaró que "la imparcialidad constituye un deber esencial, para el ejercicio de la función notarial".

El interés público se encuentra intensamente comprometido en esa imparcialidad.

La Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal se ha expedido respecto del alcance que debe darse a la expresión "personalmente interesados".

Se concluyó que " abarca todos los aspectos en que el interés humano pueda manifestarse, sea mediato o inmediato, directo o indirecto, económico, moral, afectivo, etico, etc " (Rev'. del Notariado, pág. 107, año 1948). O sea, se le da un sentido amplio a la expresión.

Aunque (el cónyuge) no aparece mencionado en la disposición que se comenta, la doctrina lo considera incluido por motivos directamente deducibles del fundamento de la prohibición (Código Civil Comentado, Anotado y Concordado, de Belluscio y Zannoni, t 4, Ed Astrea, pág. 512).

Es más, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que es nula la escritura de compraventa de un inmueble a favor de la concubina del escribano, porque en la realidad de la vida existe entre concubinos un goce promiscuo de los bienes comunes lo que hace que el escribano tenga interés en la operación, sobre todo si ambos se dan públicamente trato de esposos (conf.

SCBA 3/8154, LL, t 76 pág. 540, cit. también por Borda, Guillermo A. en su Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte general II, pág. 196).

Asimismo, el Código Civil Comentado, Anotado y Concordado de Belluscio y Zannoni de Ed Astrea t. 4, pág. 512 al tratar este aspecto expresa: "la ley, evidentemente, trata de evitar lo que doctrinalmente se denomina <conflicto de intereses>. Existe ese conflicto cuando un funcionario tiene interés económico (él o sus parientes) u otra relación que sea en potencia antagónico con sus deberes objetivos".

Numerosas publicaciones notariales coinciden sobre estos aspectos:

1. "El notario, en su condición de fedante y por la calidad de los actos que autoriza, debe hacer que éstos en ningún momento puedan ser objeto de sospecha lo que justifica que tales actos no deban ser realizados ni cuando el interés aparezca debilitado". (Rev del Notariado, No. 715, pág. 199)

2. "No puede dejarse de tener en cuenta el aspecto vinculado a la problemática de la ética profesional en cuanto a la absoluta imparcialidad del funcionario público en actos por él autorizados y en la presunción legal de tal imparcialidad". (Rev. del Notariado, No. 760, pág. 1319)

3. Asimismo, en salvaguarda de los negocios que el escribano instrumenta y en defensa de la función asesora en primer término, y luego legitimadora y de autenticación que ejerce el notario, éste Colegio ha opinado sobre la conveniencia de la abstención cuando el principio de la fe pública puede verse afectado (Rev. del Notariado, 1967, t 2, pág. 749).

La doctrina en forma unánime acepta que el fundamento de la prohibición se encuentra en la imparcialidad que debe en todos los casos presidir la actuación notarial.

La ley 24441 legisla, entre otros institutos, el fideicomiso y lo define en el art. 1º, expresando: "Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo a condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario".

La palabra fiduciario proviene del latín fiducia que se traduce como "confianza", y fideicomiso, de igual origen, fideicommissum (fides, fe y commissus, confiado).

"La forma de negocio de confianza que adoptó el derecho romano fue el *pactum fiduciae* que tomó las figuras de la *fiducia cum creditore contracta* y *fiducia cum amico contracta*. La primera tenía por objeto garantizar al acreedor el pago de una deuda mediante la entrega en propiedad de una cosa, la que debía serle restituida al hacerle efectivo el pago. En la *fiducia cum amico contracta*, al contrario de la anterior, el acto de entrega en propiedad de la cosa a un amigo se constituía en interés del fiduciante la *fiducia* daba al fiduciario la custodia y/o administración, pero frente a los terceros él era el propietario del bien, permaneciendo oculta la convención que limitaba sus atribuciones" (Carregal, cit. por Silvio Lisoprawski en Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización, pág. 94, Ed. Depalma).

Para Mosset Iturraspe (conf. Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios, t II, pág. 225, Ed Ediar) se pueden señalar en los negocios fiduciarios la presencia de tres elementos constitutivos a estructurales:

- a) la confianza entre fiduciante y fiduciario
- b) El doble juego de relaciones: real y obligacional
- c) la potestad de abuso del fiduciario.

Lo expresado se ve reflejado en la redacción del art. 6° de la ley 24441 que dice: "El fiduciario deberá cumplir las obligaciones impuestas por la ley a la convención con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en nosotros.

Sabemos que tanto el negocio fiduciario como el fideicomiso tienen como base la confianza depositada en el trustee o fiduciario y de ahí que siempre se crea un cierto peligro, nacido de la posibilidad de abusar de esa confianza" (conf. Reformas al Derecho Privado ley 24441, Highton, Mosset Iturraspe, Paolantonio, Rivera, pág. 29, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Las facultades que tiene el titular del dominio fiducilario son casi las mismas que las del dueño pleno o perfecta, radicando la diferencia principal en la temporalidad del primero y la perpetuidad del último. Puede, en consecuencia, realizar todos aquellos actos jurídicos que considere necesarios o convenientes, comportándose en todo momento como dominus, salvo las siguientes limitaciones:

- 1) Lo que se hubiese pactado expresamente en el contrato
- 2) Los fines del fideicomiso (art. 17)
- 3) La necesidad del consentimiento del fiduciante o del beneficiario para determinados actos.

Asimismo, el art. 80 de la ley 24441 establece que: "Salvo estipulación en contrario, el fiduciario tendrá derecho al reembolso de los gastos y a una retribución. Si ésta no hubiese sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la índole de la encomienda y la importancia de los deberes a cumplir".

Es necesario destacar, como la señala la doctrina, que el fiduciario no es mandatario del fiduciante en ningún caso, ya que su actuación respecto de los bienes fideicomitidos es la misma que la de un verdadero dueño.

La excepción que prevé el art. 985 del Cód Civil a favor de directores, accionistas o gerentes de sociedades anónimas, debe ser interpretada restrictivamente.

Si bien es cierto que la ley establece que "Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante " (art. 14, ley 24441) y regula, en cierta medida los derechos, las obligaciones y responsabilidades que tiene el fiduciario no es menos cierto que la mayoría de estos aspectos han de ser motivo de la convención, y la actividad fedante del escribano no puede ser sospechada de haber influido en la gestación o instrumentación del negocio jurídico, correspondiendo que la imparcialidad presida todos sus actos.

III CONCLUSION

Por todo lo expresado, consideramos que no es posible que un escribano autorice actos en los cuales su cónyuge actúe en el carácter de agente fiduciario

V

CONDominio Enajenación de partes indivisas

DOCTRINA: Cada condómino puede enajenar su porción indivisa sin el consentimiento de los demás condóminos.

No es observable una división parcial de condomino, en la que no interviene el condómino cuya parte indivisa no se encuentra incluida en la indivisión que concluye (Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas sobre la base de un proyecto de la escribana Mariana E. Levín Rabey, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 19 de junio de 1996) (Expte 1759-N-1996)