

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

QUINTAS JORNADAS SANRAFAELINAS DE DERECHO CIVIL

Entre el 23 y el 27 de octubre de 1978 se realizaron en la ciudad mendocina de San Rafael, las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil.

En dichas Jornadas se dieron cita juristas de aquilatada trayectoria en nuestro país, y las respectivas comisiones al analizar el temario produjeron las recomendaciones que a continuación se consignan:

<p>Tema 1. El art. 1051 y los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (cuyos antecedentes de dominio estén afectados de nulidad absoluta)</p>
--

Coordinador: Dr. Pedro N. Cazeaux

RECOMENDACIONES

La Comisión encargada de análisis y consideración del terna 1 de las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, que versa sobre "El art. 1051 del Código Civil y los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (cuyos antecedentes de dominio estén afectados de nulidad absoluta)", formula las siguientes recomendaciones:

1° - El art. 1051 del Cód. Civil comprende a los actos nulos y anulables de nulidad relativa.

2° - Dictamen A: Los actos nulos y anulables de nulidad absoluta están incluidos en el art. 1051 del Cód. Civil (Andorno - Belluscio Goldemberg - Mosset Iturraspe - Pérez del Viso).

Dictamen B: Los actos nulos y anulables de nulidad absoluta no están incluidos en el art. 1051 del Cód. Civil (Bendersky - Cazeaux - Cifuentes Trigo Represas).

3° - Dictamen A: Están excluidos de la protección del art. 1051 in fine del Código Civil, aquellos casos en que no exista título que emane del verdadero propietario (Andorno - Belluscio - Bendersky - Cifuentes - Cazeaux - Goldemberg - Pérez del Viso - Trigo Represas).

Dictamen B: La transmisión a non domino, sobre la base de instrumentos falsificados o adulterados, mandatos falsos, etc., puede quedar legitimada en cabeza de un subadquirente de buena fe y a título oneroso (Mosset Iturraspe).

4° - Para ser considerado tercero de buena fe no bastará la existencia de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una creencia "sin duda alguna" (argumento art. 4006 Cód. Civil y su nota) sobre una realidad jurídica determinada, sino que será necesario además que esa creencia o convicción vaya unida a un obrar diligente, prudente, cuidadoso y previsor, conforme a la doctrina de los artículos 512, 902, 1198 del Código Civil.

La buena fe requerida por el art. 1051 del Cód. Civil no es la denominada "Buena fe Registral".

San Rafael, 24 de octubre de 1978. Firman: Andorno Belluscio - Goldemberg - Mosset Iturraspe - Trigo Represas Cifuentes - Pérez del Viso - Bendersky Cazeaux.

<p>Tema 2. Caso fortuito y fuerza mayor: su funcionamiento en los casos de responsabilidad civil por culpa y responsabilidad objetiva</p>
--

Coordinador: Dr. Roberto H. Brebbia

RECOMENDACIONES

1º - El Código Civil argentino utiliza indistintamente los términos caso fortuito y fuerza mayor, asignándoles idénticos efectos.

Despacho A: El caso fortuito queda reducido al "hecho de la naturaleza". Debe distinguirse, conceptualmente, del hecho del Estado, que modernamente es responsable de su obrar antijurídico y dañoso; y del hecho del tercero que también es responsable (Mosset Iturraspe - Goldemberg Garrido).

Despacho B: En sus efectos, el caso fortuito comprende tanto el hecho del Estado, la acción del tercero, como el hecho de la naturaleza, aun cuando conceptualmente puedan ser distinguidos (Brebbia Compagnucci de Caso - Kemelmajer de Carlucci),

2º - Despacho A: El caso fortuito o fuerza mayor interrumpe el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño (Brebbia - Compagnucci de Caso - Kemelmajer de Carlucci - Goldemberg).

Despacho B: El caso fortuito es, en rigor, un hecho extraño; ello equivale a decir que su "autor" es otro. Falta, en consecuencia, el presupuesto de la autoría y, por ende, la relación de causalidad entre el daño y el presunto responsable (Mosset Iturraspe - Garrido).

3º - El caso fortuito como causa exonerativa de responsabilidad debe revestir los siguientes requisitos:

1) Imprevisible o inevitable;

2) No debe obedecer a culpa del presunto responsable;

3) Despacho A: Extraneidad o exterioridad del hecho (Mosset Iturraspe Garrido Kemelmajer de Carlucci Goldemberg).

Despacho B: El caso fortuito o la fuerza mayor requerirá el carácter de anterioridad, sólo en los supuestos de responsabilidad objetiva. En la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad subjetiva, fundamentada en la culpa, el caso fortuito puede ser interno o externo (Brebba - Compagnucci de Caso).

4) Debe mediar un nexo de causalidad adecuada entre el caso fortuito y el daño.

Aclaración conceptual de Mosset Iturraspe, Garrido, Goldemberg y Kemelmajer de Carlucci: En puridad, más que hablar de "causa exonerativa", "eximente" o denominaciones similares que apuntan a una excusa de la persona a quien se atribuye responsabilidad, se trata del "hecho extraño" y por tanto de la falta de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil.

4º - En los casos de responsabilidad contractual, corresponde distinguir entre las obligaciones de medio y de resultado. En estas últimas es insuficiente la prueba de la asunción de la diligencia debida para exonerar de responsabilidad al deudor, por lo que éste deberá acreditar el caso fortuito. El caso fortuito actúa sobre el contenido de la prestación, volviendo su cumplimiento materialmente imposible, con extinción de la obligación. No debe confundirse con la excesiva onerosidad sobreviniente.

5º - En los casos encuadrados dentro del art. 1109, en razón de que el damnificado debe acreditar la culpa real del presunto responsable, el caso fortuito no adquiere mayor relevancia, toda vez que la prueba de la culpa excluye la existencia de éste.

6º - En los casos de culpa presunta (arts. 1113, 2º párrafo. apart. 1º; 1114 y sgtes. del Código civil), la demostración del caso fortuito destruye la presunción legal.

7º - En los casos de responsabilidad objetiva, tanto contractual como extracontractual, el caso fortuito debe ser extraño a la cosa o a la actividad sobre la que pesa una presunción de responsabilidad.

8º - Cuando concurrieren como concausas culpa del agente y caso fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del factor subjetivo en la producción del daño.

9º - Despacho A: Si el hecho dañoso causado por el riesgo o vicio de la cosa concurre con el factus del caso fortuito, debe imputarse la responsabilidad total al dueño o guardián, no siendo en este supuesto el casus causal exculpatoria (Compagnucci de Caso).

Despacho A': Si el hecho dañoso causado por el riesgo de la cosa concurre con el factus del caso fortuito, debe imputarse la responsabilidad total al dueño o guardián, no siendo en este supuesto el casus causal exculpatoria (Kemelmajer de Carlucci - Goldemberg).

Despacho B: Cuando concurrieren como concausas el riesgo y el caso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fortuito, el juez atenuará la responsabilidad del agente teniendo en cuenta la incidencia del riesgo en la producción del daño (Brebbia - Mosset Iturraspe - Garrido).

10. - La carga de la prueba del caso fortuito incumbe a quien lo invoca, salvo las excepciones legales para casos específicos.

San Rafael, 24 de octubre de 1978. Firman: Mosset Iturraspe - Kemelmajer de Carlucci - Compagnucci de Caso - Garrido - Brebbia - Goldemberg.

Tema 3. Efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento

Coordinador: Dr. Jorge Alterini

RECOMENDACIONES

I. - Efectos con relación a las partes:

a) Normas aplicables: En lo no previsto por las partes, ni por las normas propias del contrato resuelto, deberá acudirse a las disposiciones del Cód. Civil en materia de obligaciones de restituir cosas a su dueño, de dominio revocable y de indemnización de daños y perjuicios.

b) Retroactividad o no de los efectos:

1º) Principio: Retroactividad de los efectos. 2º) Excepciones: En los contratos donde se hubieren cumplido en forma parcial, recíproca y equivalente prestaciones divisibles, ellas quedarán firmes.

c) Efectos específicos de la resolución:

1º) Obligación de restituir: A) Dictamen 1): La mora en la obligación de restituir a cargo de quien ha dado lugar con su incumplimiento al ejercicio de la facultad resolutoria, se produce desde que ha sido notificado de la decisión de resolver del contratante que ejerce dicha facultad, siendo innecesaria una nueva interpelación; sin perjuicio de las particularidades que pudieren presentarse (Bianchi Compagnucci de Caso - Goldemberg - Trigo Represas - Zannoni). Dictamen 2): Para la configuración de la mora es necesaria una intimación específica a las partes, la que sin embargo puede ser simultánea con la notificación de la opción por la resolución (Alterini - Belluscio - Bendersky - Cifuentes - Kemelmajer de Carlucci). B) En el caso de la restitución de sumas de dinero, de existir mora, la prestación deberá revalorizarse a tenor de la depreciación monetaria. C) No se podrá ejercer la facultad resolutoria, si media imposibilidad culpable de restituir por parte de quien pretende ejercitarla. D) El incumplimiento o la imposibilidad, imputables, de la obligación de restituir a cargo del culpable de la resolución, no dará derecho al titular de la facultad resolutoria para retractarla, si ya la hubiere ejercido de acuerdo a derecho. Sólo podrá reclamar el cumplimiento forzado en el primer caso, o los daños y perjuicios en el segundo. 2º) La readquisición del dominio como consecuencia de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resolución operada, requiere de la tradición.

d) Indemnización de los daños y perjuicios: 1º) Se aplican los principios generales en materia de responsabilidad contractual, sin perjuicio de la opción aquiliana, si correspondiere. 2º) De existir entrega de arras, a los efectos de la indemnización no debe confundirse el supuesto de arrepentimiento con el de la resolución por incumplimiento. 3º) Dictamen 1): En caso de existir cláusula penal para el supuesto de incumplimiento definitivo, ella será igualmente aplicable de mediar resolución. En cambio, será inaplicable la establecida para el supuesto de mora, salvo cuando ella acceda a las obligaciones que no se extinguieron con la resolución (Alterini - Belluscio - Bendersky - Bianchi - Cifuentes - Compagnucci de Caso - Goldenberg - Trigo Represas - Zannoni). Dictamen 2): Operada la resolución, los daños compensatorios deben liquidarse de conformidad con las pautas del derecho común, salvo estipulación expresa en contrario, en razón de que la tesis inversa podría llevar en la mayoría de los supuestos a la aplicación de cláusulas exorbitantes no reducibles por no darse los presupuestos subjetivos requeridos en el art. 656 2ª parte del Cód. Civil (Kemelmajer de Carlucci).

II. - Efectos con relación a terceros:

1º - Si se trata de cosas inmuebles, rigen las normas sobre el dominio revocable, y no se aplica el art. 1051 del Cód. Civil.

2º - Los terceros subadquirentes no pueden invocar buena fe, si conocían o debían conocer la posibilidad de la resolución a través de los antecedentes de dominio.

3º - En materia de derechos y obligaciones de los terceros, se aplican las disposiciones de los arts. 2422 y ss. del Cód. Civil.

San Rafael, 24 de octubre de 1978. Firman Alterini - Belluscio - Bendersky - Bianchi - Cifuentes - Compagnucci de Caso Goldenberg - Kemelmajer de Carlucci - Trigo Represas - Zannoni.

Tema 4. La intermediación en los negocios inmobiliarios

Coordinador: Dr. Jorge Mosset Iturraspe

RECOMENDACIONES

I. - Parte General:

1) Es manifiesta la falta de una regulación adecuada en el tema de la intermediación inmobiliaria. La trascendencia de la cuestión así como su relación con la armonía y paz sociales hacen imprescindible el dictado de esa normativa.

2) La regulación señalada debe apuntar, sin perjuicio de otros aspectos, a los siguientes: a) conocimiento e idoneidad de los intermediarios e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inscripción obligatoria en una matrícula; b) asegurar que los negocios que se celebran - intermediación en los negocios jurídicos - tengan el asesoramiento de un profesional del derecho; c) evitar la creación de falsas expectativas y engaños a los clientes, dueños o comitentes; d) evitar la presencia de cláusulas y vejatorias o leoninas; e) velar por que la remuneración del intermediario cumpla los extremos de equivalencia y razonabilidad.

2 bis) La idoneidad de los intermediarios requiere la realización de cursos específicos o la aprobación de exámenes de suficiencia. Resulta conveniente señalar que dicha función legislativa se deberá realizar sin afectar o menoscabar las atribuciones propias, no delegadas por las provincias al Gobierno Federal (arts. 104 y 105 de la Constitución Nacional), referidas al ejercicio del Poder de Policía Civil en general y a las facultades de reglamentar los prestaciones profesionales en particular.

3) Las "condiciones generales" en los negocios de intermediación, sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 1071, 954 y 1198 del Cód. Civil, no se tendrán en cuenta si no llevan al pie la firma del dueño o comitente.

4) La comisión pactada debe considerarse abusiva cuando no guarda relación con la tarea efectivamente cumplida por el intermediario habida cuenta de su importancia, complejidad y resultancia económica. Debiendo dictarse los aranceles pertinentes.

II - Parte Especial:

1) Deben precisarse las funciones de los distintos personajes de la intermediación: martilleros, corredores y mandatarios.

2) La intermediación puede consistir: a) en el mero acercamiento de las partes, para que ellas contraten - corretaje - ; b) en la celebración por el intermediario del negocio jurídico gestatorio - mandato representativo y mandato sin representación o comisión - .

3) El negocio de apoderamiento es negocio distinto del mandato; el primero es unilateral y apunta a legitimar la actuación del mandatario "en nombre ajeno"; el segundo es el contrato base, negocio bilateral, que regla las relaciones internas.

4) La "autorización" no a un negocio autónomo. Configura una oferta de mandato o una oferta de corretaje.

5) El poder, que acuerda la representación, debe formalizarse por escrito.

6) El otorgamiento de un mandato en forma tácita o de manera verbal,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sólo es compatible con los negocios de administración.

7) La venta por boleto constituye un negocio de disposición.

8) La mayor dimensión adquirida por el boleto de compraventa (arts. 1185 bis y 2355 del Código Civil), no siempre plasmado por jurisprudencias, aconseja revitalizar el instrumento enajenativo (arts. 1184 y 2609 del Código Civil). (García Coni).

9) Para que la escritura pública sea por sí sola traslativa de dominio es preciso incorporar a nuestra legislación el instituto de la traditio chartae, en cuya virtud el instrumento notarial hace presumir la entrega de la cosa, si las partes no manifestaran lo contrario (ver art. 1462 Código Civil español; art. 1351 Código Civil Puerto Rico), desarrollándose el constituto posesorio (como en el art. 767 del Código Civil uruguayo). (García Coni).

10) La exigencia de actos materiales (arts. 2378/9 Código Civil argentino) no satisface las necesidades del moderno tráfico inmobiliario, que ahora combate el clandestinismo mediante el acto inscriptivo (art. 2505 Código Civil y ley 17801). (García Coni).

11) La facultad de gestión otorgada al intermediario es revocable, con o sin causa: si no hubiera plazo de revocación es procedente en cualquier momento; la irrevocabilidad absoluta requiere el interés común, art. 1977, o sea un interés del gestor en el negocio encomendado; este interés común no existe cuando es sólo interés en la retribución de la tarea de gestión.

12) La presencia de un "pacto de reserva" en el boleto de venta, autoriza su calificación como "boleto provisorio ad referendum". El silencio del comitente, dentro del plazo previsto, debe interpretarse como conformidad con el negocio, salvo que se convenga lo contrario

13) Se hace necesario, ante el vacío de nuestro ordenamiento jurídico, regular la intermediación fiduciaria o negocio de fideicomiso.

14) El tercero de buena fe - creencia, que contrata con el mandatario aparente, observando diligencia y previsión, queda legitimado en los derechos adquiridos a título oneroso frente al dominus (art. 1967).

15) Frente a circunstancias imprevistas en el desarrollo de la gestión, el mandatario tiene el deber de comunicación y de solicitud de nuevas instrucciones.

16) Cuando la gestión encomendada no se cumple sin culpa del intermediario, éste se hace acreedor a una retribución proporcional a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tarea efectivamente realizada.

17) La gestión convenida sin plazo se considerará otorgada por el lapso determinado por los usos locales. La renovación automática del plazo puede considerarse abusiva en atención a las circunstancias del caso.

San Rafael, octubre 1978. Firman: García Coni - Garrido - Mosset Iturraspe - Suárez - Banchio - Gallego.

Tema 5. La adopción por personas que viven en concubinato
--

Coordinador: Dr. Eduardo Zannoni

RECOMENDACIONES

I - En general:

Dictamen A: El concubinato en que vive el adoptante no constituye por si mismo un obstáculo objetivo para la procedencia de la adopción. En consecuencia, la sola circunstancia de vivir en concubinato no impide que se reúnan los requisitos de idoneidad moral y personal exigidos por la ley 19134 (Belluscio - Borgonovo Bossert - Cuello de Bittar - Cesano - Freidenberg - Goyena Copello - Kemelmajer de Carlucci - Peralta de Mazurencó - Rodríguez - Zannoni).

Dictamen B: El concubinato - reprobado por la moral media - es en principio un inconveniente, pero no insalvable, para la procedencia de la adopción, que deberá otorgarse cuando del conjunto de circunstancias resulte beneficiosa para el menor (Barbero - Gil Iglesia).

Dictamen C: No es admisible la adopción por dos concubinos, o por una persona que vive en concubinato, exista o no vínculo de sangre entre el o los pretendidos adoptantes y el menor a adoptar (Bernaldo de Quirós - Pagano Fernández).

II - En particular:

1) Es precedente la adopción del propio hijo extramatrimonial por parte de uno solo de los progenitores, aunque viva en concubinato con el otro progenitor o con un tercero (Belluscio - Borgonovo - Bossert - Cuello de Bittar - Barbero - Cesano - Freidenberg - Goyena Copello - Gil Iglesia - Kemelmajer de Carlucci - Peralta de Mazurencó - Rodríguez - Zannoni).
En contra votaron: Bernaldo de Quirós Pagano Fernández.

2) A los efectos de la adopción del propio hijo extramatrimonial, es indiferente que haya sido concebido o no en adulterio (Belluscio - Borgonovo - Bossert - Cuello de Bittar - Barbero - Freidenberg - Gil Iglesia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Kemelmajer de Carlucci - Peralta de Mazurencó Zannoni).
En contra votaron: Bernaldo de Quirós Pagano Fernández.
Se abstuvieron: Goyena Copello - Cesano - Rodríguez.

3) Dictamen A: No hay inconveniente legal para la adopción conjunta del hijo extramatrimonial por parte de ambos progenitores no unidos entre sí por matrimonio (Barbero - Borgonovo - Cuello de Bittar - Gil Iglesia - Freidenberg - Peralta de Mazurencó - Zannoni).

Dictamen B: Es improcedente en virtud de los arts. 2º y 6º de la ley 19134, la adopción conjunta del propio hijo extramatrimonial - y por supuesto de un extraño - por parte de personas no unidas entre sí por matrimonio (Belluscio - Bernaldo de Quirós - Bossert - Cesano - Goyena Copello - Kemelmajer de Carlucci - Pagano Fernández Rodríguez).

4) Dictamen A: El concubinato del solicitante de la adopción con la madre del menor no constituye por sí mismo un impedimento para el otorgamiento de la adopción simple de éste. En tal caso debe ser especialmente analizada la desvinculación existente entre el menor y su padre de sangre (Belluscio - Borgonovo Cuello de Bittar - Bossert - Freidenberg - Peralta de Mazurencó - Zannoni).

Dictamen B: Adhiere al dictamen A, aclarando que la desvinculación entre el padre de sangre y el menor debe haber quedado contestada en juicio previo de pérdida de la patria potestad (Kemelmajer de Carlucci).

Dictamen C: Adhiere al dictamen A, pero sólo en circunstancias extraordinarias francamente de excepción, tal como cuando el padre de sangre hubiera fallecido y que quien pretenda adoptar - al margen del concubinato - tenga relevantes condiciones personales hacia el menor que se quiere adoptar (Gil Iglesia).

Dictamen D: Es inconveniente a los efectos del otorgamiento de la adopción el concubinato del peticionante de la misma con el padre o madre del menor cuya adopción se reclama (Goyena Copello Cesano - Rodríguez).

Dictamen E: Es legalmente improcedente la adopción del hijo de la concubina porque en la realidad encubre la intención de usar al menor para dar una apariencia social de matrimonio regular que no se tiene (Barbero - Bernaldo de Quirós - Pagano Fernández).

San Rafael, octubre de 1978.

Firman: Belluscio - Barbero - Bernaldo de Quirós - Borgonovo - Bossert - Cesano Cuello de Bittar - Freidenberg - Goyena Copello - Gil Iglesia Kemelmajer de Carlucci - Pagano Fernández - Rodríguez Peralta de Mazurencó Zannoni.