

## Doctrina

# La pretensión patrimonial y respuesta estatal como política criminal ante el flagelo de los crímenes complejos

## Resolución PGN 89/2023



**Rafael Julián**

Abogado (UNMdP). Secretario Penal, ante la Cámara Federal de Apelaciones. Docente en *Derecho penal. parte especial* (UNMdP).



**Luciano Bianchi**

Abogado (UNMdP). Secretario de Derechos Humanos, ante la Cámara Federal de Apelaciones. Docente en *Derecho penal. parte especial* (UNMdP).

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Resolución 89/2023 de la Procuración General de la Nación de la República Argentina.— III. A modo de epílogo.

### I. Introducción

Luchar contra el fenómeno delictivo complejo requiere de una asertiva política criminal que provea a las autoridades encargadas de la investigación, persecución y juzgamiento de los hechos ilícitos de herramientas e instrumentos de primer nivel de excelencia para que, a partir de una actuación ordenada, se logre privar a los criminales de los bienes que estén manchados.

La Resolución ministerial en trato reafirma la importancia que tiene —en estos nuevos tiempos— el enfoque de neto corte patrimonial en el enjuiciamiento delictivo. Reválida que, por otra parte, invita a pensar en el inevitable buen tino que habrán de tener las políticas públicas que valgan de asiento al devenir práctico de las autoridades, en procura de instar la pretensión patrimonial y su derivada respuesta estatal.

### II. Resolución 89/2023 de la Procuración General de la Nación de la República Argentina

Por resolución ministerial de fecha 24 de noviembre de 2023, el Procurador General de la Nación, Eduardo Ezequiel Casal,

crea la Secretaría para la investigación Financiera y el Recupero de Activos Ilícitos (SIFRAI), que funcionará operativamente en el ámbito de la Secretaría de Coordinación Institucional de la Procuración General de la Nación (1), y tendrá como primera ocupación coordinar funciones de la Dirección de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI) (2) y las de la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes (DGRADB) (3).

La decisión se fundamenta en varios aspectos, los que se exhiben descritos a lo largo de los considerandos contenidos en la resolución. A saber, en: a) potestades del Procurador General de la Nación en diseñar la política criminal y organizar la persecución penal del Ministerio Público Fiscal, con el fin de promover una adecuada administración de justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad; b) promover el desarrollo e implementación de estrategias de persecución penal más efectivas para el abordaje de los fenómenos criminales de mayor complejidad económica y financiera (delincuencia organizada, lavado de activos y la financiación del terrorismo); c) robustecer la capacidad de res-

puesta en materia de detección y represión de la criminalidad organizada y en la privación de los instrumentos y las ganancias ilícitas de sus actividades; d) la necesidad de identificar rápidamente los activos ilícitos, ejecutar medidas provisionales para asegurarlos y así poder lograr su efectivo decomiso (Recomendación 4 y Resultado Inmediato 8 de las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI); e) los compromisos internacionales asumidos por la Nación (Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo —Ley 26.024—; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional —Ley 25.632—; la Convención Interamericana contra el Terrorismo —Ley 26.023—; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción —Ley 26.097—; y la Convención sobre la Lucha Contra el Cohecho de funcionarios Públicos Extranjeros en las transacciones Comerciales Internacionales —Ley 25.319, entre otros); f) los compromisos asumidos en la “Estrategia Nacional para la Prevención y el Combate al Lavado de Activos, la Financiación del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva”, aprobada el 29 de septiembre de 2022; g) fortalecer las políticas públicas en materia de investigación patrimonial y recupero de activos (Evaluaciones Nacionales de Riesgo sobre

**LA LEY A.I.**  
(Análisis Inteligente)  
by TR + Microsoft Copilot  
*Continúa el A.I. en p. 2*

### ¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. Luchar contra el fenómeno delictivo complejo requiere de una asertiva política criminal que provea a las autoridades encargadas de la investigación, persecución y juzgamiento de los hechos ilícitos, herramientas e instrumentos de primer nivel de excelencia para que, a partir de una actuación ordenada, se logre privar a los criminales de los bienes que estén manchados.

2. La Resolución ministerial reafirma la importancia que tiene —en estos nuevos tiempos— el enfoque de neto corte patrimonial en el enjuiciamiento delictivo.

3. El nuevo paradigma centraliza la investigación gubernamental no solo en individualizar al criminal y que un tribunal imparcial decida su responsabilidad penal, absolviendo o declarándolo culpable (respuesta penal); sino también perseguir los bienes manchados y las fuentes de financiación delictiva que muchas veces, por cierto, provienen de las ganancias que la actividad ilícita les proporciona; lo que les permite —no solo— de manera atemporal disfrutar de lo mal habido sino también autofinanciarse (respuesta patrimonial), y garantizar un ventajoso porvenir a futuras generaciones familiares y de empresas criminales.

4. La investigación patrimonial, afectación de bienes manchados y su consecuente respuesta patrimonial no es otra cosa que el ejercicio del poder estatal. Esa manifestación de autoridad en modo alguno puede llevarse a cabo violentando los principios generales sistematizados en la Carta orgánica de la Nación que hacen a la esencia de un Estado Democrático de Derecho y que precisamente solo concibe el uso racional de las técnicas de investigación patrimonial y el debido proceso legal como su política.

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Esta Secretaría fue creada por Resolución PGN n° 78/05. Tiene como función principal generar las condiciones necesarias para el pleno desarrollo de las relaciones institucionales que le competen al Ministerio Público Fiscal, internamente (entre fiscalías y áreas auxiliares y direcciones auxiliares de la Procuración General de la Nación), así como también en ámbitos externos (relaciones de colaboración y cooperación del Ministerio Público Fiscal con el resto de los Poderes del estado, or-

ganizaciones de la sociedad civil y otros organismo nacionales e internacionales).

(2) Se instituyó por Resolución PGN 2636/15, para continuar con la labor desarrollada por la Oficina de Investigación Económica y Análisis Financiero (OFINEC), que fuera creada a través de la Resolución PGN 341/14, con el objeto de brindar a las/los fiscales el apoyo técnico en materia económica y contable necesario para la investigación de hechos que involucren conductas vinculadas a la criminalidad organizada y otros fenómenos delicti-

vos de relevancia.

(3) Dirección creada por Resolución PGN 2636/15 para continuar con la labor desarrollada por la Unidad de Recupero de Activos (creada por Resolución PGN 339/14). Su función centra es desarrollar, bajo la coordinación de las distintas procuradurías una política activa orientada a detectar, cautelar, identificar y decomisar bienes y fondos provenientes de los delitos, principalmente aquellos vinculados con la criminalidad compleja y el crimen organizado.

## Nota a fallo

### Oferta de donación y responsabilidad notarial



**Marcelo J. Hersalis**

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

## Continuación del A.I. de p. 1

5. La criminalidad compleja exige posiciones proactivas en el cisco. La pretensión y respuesta patrimonial es la que aviva el diseño de la política criminal, que ha llevado a los distintos actores estatales encargados del boceto a renovar esfuerzos de práctica para legitimar los actos estatales.

## ¿Cuál es el tema jurídico debatido?

La política criminal ante el flagelo de los crímenes complejos, y la importancia de la pretensión patrimonial y la respuesta estatal como herramientas para privar a los criminales de los bienes manchados por la actividad ilícita. Los autores analizan la Resolución 89/2023 de la Procuración General de la Nación, que crea la Secretaría para la Investigación Financiera y el Recupero de Activos Ilícitos (SIFRAI), que tiene como función coordinar las funciones de la Dirección de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI) y las de la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes (DGRADB). Los autores sostienen que la Resolución reafirma la importancia que tiene el enfoque de neto corte patrimonial en el enjuiciamiento delictivo. También señalan los compromisos internacionales asumidos por la Nación en materia de lucha contra la delincuencia organizada, el lavado de activos y la financiación del terrorismo, más la necesidad de identificar rápidamente los activos ilícitos, ejecutar medidas provisionales para asegurarlos y así poder lograr su efectivo decomiso o extinción de dominio.

## ¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[Las instrucciones generales de política criminal del Ministerio Público Fiscal](#)

Es un documento elaborado por la Fiscalía General de Política Criminal, Derechos Humanos y Servicios Comunitarios, que recopila y sistematiza las instrucciones generales de política criminal vigentes, emitidas por el Procurador General de la Nación, con el fin de orientar la actuación de los fiscales en el proceso penal.

[Plan Federal de abordaje del Crimen Organizado 2021-2023:](#)

Es un documento que presenta los ejes de acción y las medidas concretas que se proponen desde el Ministerio de Seguridad de la Nación para enfrentar el crimen organizado, mediante una política de seguridad democrática, integral, federal y con perspectiva de derechos humanos.

Lavado de Activos y sobre Financiación del Terrorismo y la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva - Decretos 652/2022 y 653/2022).

## III. A modo de epílogo

En estos últimos años la criminalidad económica compleja ha sido lo que —en parte— nutre la agenda de la política criminal de los actores gubernamentales no solo del Estado argentino; sino también la de las primeras magistraturas de quienes ejercen la dirección funcional en otras latitudes del planeta.

El correr de los nuevos tiempos ha puesto a la vista que la pretensión punitiva y respuesta penológica no desagruva —por sí— el pensamiento y sentir de justicia. Y ello, por cuanto la contestación estatal frente al crimen complejo no satisface la teoría del máximo rendimiento si el enjuiciamiento criminal prescinde contener —desde el inicio— la forzosa pretensión patrimonial para —de una buena vez— ir por el producto, provecho del delito, activos o bienes reemplazados, sustituidos, transformados o derivados, sea que se encuentren en cabeza de los malhechores o en poder de terceros no imputados.

En un anterior trabajo (4), al que remitimos para su favorable comprensión, hemos dicho que “el nuevo paradigma centraliza la investigación gubernamental no solo en individualizar al criminal y que un tribunal imparcial decida su responsabilidad penal, absolviendo o declarándolo culpable (respuesta penal), sino también perseguir los bienes manchados y las fuentes de financiación delictiva que muchas veces, por cierto, provienen de las ganancias que la actividad ilícita les proporciona; lo que les permite —no solo— de manera atemporal disfrutar de lo mal habido, sino también autofinanciarse (respuesta patrimonial) y garantizar un ventajoso porvenir a futuras generaciones familiares y de empresas criminales. Se alinea, de tal modo, una respuesta integral al delito reduciendo al máximo escenarios de impunidad patrimonial, dado que los malhechores van a saber de buena tinta que no solo el crimen será perseguido penalmente y castigado mediante la aplicación de una pena —que en muchos casos podrá ser privativa de libertad (respuesta punitiva), sino también que se los va a despojar de todos los bienes manchados (respuesta patrimonial), a consecuencia de una pretensión patrimonial a desarrollarse mediante procedimientos muchas veces vinculado con el juicio penal (comiso *in personam*) u —otras tantas— escindido de este como ocurre con el proceso *in rem* (comiso sin condena y extinción de dominio); de modo que la ruta de los bienes manchados pueda iniciarse y continuarse por vías idóneas y eficaces, pese a los entramados que los criminales manipulan para evitar ser descubiertos, impedir el inicio del enjuiciamiento criminal, dificultar el desarrollo del proceso penal, obstaculizar la etapa conclusiva del debate, alejar los bienes del hecho delictivo y de los propios criminales subrogándolos, transformándolos, poniéndolos a nombre de terceros”.

Es cierto que la pretensión patrimonial, aun cuando se la intente separar de las normas que reglamentan el procedimiento penal, requiere de un provisto sumario igual de sofisticado que el que ordena la realización de la pretensión penológica y su derivada respuesta punitiva, para salvaguardar los axiomas que hacen al debido proceso. Y; ello, por cuanto el éxito de la respuesta patrimonial, si es lo que en último lugar se anhela, debe estar precedida por todo un combinado de etapas de ineludible observancia [investigación patrimonial (5), de precaución de bienes (6), de administración (7)], que coadyuven con el propósito reivindicado mediante las restricciones correspondientes que disponga la norma aplicable a cada caso en lo particular, pero bajo la estricta tutela de un juicio justo que, precisamente, no es exclusivo del procedimiento penal (art. 18 de la Constitución Nacional).

Es bien cierto que la inobservancia del acometimiento temprano de activos ilegales va en desmedro de la eficiencia pretendida, dejando lugar para las artimañas de los malhechores orientadas a esconder los bienes manchados y alejar lo más posible del hecho ilícito primario que le da origen para ocultarlos mediante la utilización de testafierros, sociedades fantasmas; o cualquier acto de subrogación, sustitución o enajenación, que afecte la trazabilidad. Pero también lo es que para el logro de ese cometido las autoridades a cargo de la investigación, estas deben estar altamente instruidas en evitar que la investigación patrimonial se convierta en una mala práctica por asignación omnicompreensiva y multifuncional que la desfigure y amplifique por sobre los estrictos límites que la naturaleza que la pretensión patrimonial impone.

Se quiere decir con ello que la investigación patrimonial a la que se viene haciendo referencia debe estar orientada a la indagación, cautela y administración —sólo— de aquellos activos respecto de los cuales la afectación se funde en una pretensión de privación de dominio. Un alcance distinto volvería antitécnico el procedimiento de información patrimonial; distorsionándose la real naturaleza jurídica sumarial y convirtiéndose al Estado en depositario —por años— de bienes cuya afectación, si bien pudo legitimarse en argumentos plausibles (ej. probatorios, para destrucción; entre otros), son substancialmente ajenos a la prevención de privación de dominio.

Pese al giro idiomático “recupero de activos” (8) suscrito en la Resolución que comentamos, la expresión parecería orientarse en el sentido antes indicado, dado la dicción seguida “mediante su decomiso”. Lo que deja entrever, que la pretensión principal de la investigación patrimonial no tiene como miramiento que las cosas vuelvan al estado previo de la consumación del hecho delictivo (ej. recuperación de activos o también llamada medidas de restablecimiento del derecho); tampoco el restablecimiento del derecho o reparación a víctimas; sino, que los bienes manchados pasen a poder del Estado “mediante su decomiso” (*sic*).

Sabemos del buen propósito sobre los que se cimienta la Resolución en trato. Nos consta; y están descritos en los considerandos que la informan.

La criminalidad compleja exige posiciones proactivas en el cisco. La pretensión y respuesta patrimonial es la que aviva —por estos días— el diseño de la política criminal, que ha llevado a los distintos actores estatales encargados del boceto a renovar esfuerzos de práctica para legitimar los actos estatales.

El procedimiento de investigación, cautela y administración de bienes manchados en modo alguno puede escindirse de la etapa conclusiva, que precisamente está constituida por el acto procesal a partir del cual se priva al delincuente de los bienes manchados y pasa a manos del Estado, a través de alguna de las formas reglamentariamente normativizadas para ello, tales como el decomiso (art. 23 y 305 Código penal), que expresamente la Resolución menciona (9); o el régimen procesal de la acción civil de extinción de dominio (Decreto n° 62/2019), del que omite por completo su referencia.

No solo en los papeles gubernamentales que entintan la política criminal por estos días el régimen de extinción de dominio ha pasado al olvido; el plano de los hechos lo exhibe de igual modo si se tiene en cuenta los pocos casos, por no decir nulos, en los que fue utilizada esa acción civil (10).

Desde nuestra perspectiva, sin avanzar mucho más en punto a ello, dado que excedería el propósito de este trabajo, el Decreto 62/2019 es a la política criminal lo que un mal guion es en una obra de teatro. Lo que invita a repensar —más temprano que tarde— el instituto no tanto con relación al fondo, sino en cuanto a las formas, dado que la ausencia de deliberación por ante el Parlamento contraría las formas de positivizar el derecho de acuerdo con la Constitución nacional.

Notamos un gran esfuerzo en llegar a los bienes manchados de los delincuentes y la coordinación de las distintas áreas temáticas es sustancial para el logro de una mejor eficiencia. No prejuzgamos de ello.

El principio preambular de “afianzar la justicia” constituye el umbral esencial que debe iluminar el procedimiento judicial, en cualquiera de sus áreas específicas y fases del sumario; incluso en las conclusivas.

La investigación patrimonial, afectación de bienes manchados y su consecuente respuesta patrimonial no es otra cosa que el ejercicio del poder estatal. Esa manifestación de autoridad en modo alguno puede llevarse a cabo violentando los principios generales sistematizados en la Carta orgánica de la Nación que hacen a la esencia de un Estado Democrático de Derecho; y que precisamente solo concibe el uso racional de las técnicas de investigación patrimonial y el debido proceso legal como política de Estado. He aquí la necesidad de impregnar de buen tino la política pública y revisar todo aquello que se impone revisar para que la afectación temprana del patrimonio de las personas y su consecuente privación en favor del Estado constituya una respuesta gubernamental legítima, precedida por un juicio justo fundado en normas que hayan emanado del Poder Público encargado para ello.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/231/2024

## Más información

[Finocchiario, Enzo](#), “A 15 años de la resolución 01/2008 de la CIDH. La protección de las personas privadas de libertad”, DPYC 2023 (diciembre), 237, TR LALEY AR/DOC/2695/2023

[Bazzani, Federico - Talerico, María Eugenia](#), “Comentarios acerca del proyecto de reforma de la legislación vigente sobre la prevención y represión del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, DPYC 2023 (diciembre), 173, TR LALEY AR/DOC/2680/2023

## Libro recomendado

[Manual de Derecho Procesal Penal](#)

Autores: Mariano R. La Rosa - Horacio J. Romero Villanueva

Edición: 2022

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(4) BIANCHI, Luciano, “El decomiso y sus ciclos graduales. La realización de la pretensión patrimonial emancipada del proceso penal y sus nuevos paradigmas”, LA LEY 30/10/2023, 10.

(5) Es la etapa inicial de pesquisa dirigida a identificar y localizar los bienes pasibles de decomiso o extinción de dominio (instrumentos, objeto, producto, y provecho del delito).

(6) Etapa, precisamente, que procura asegurar los bienes identificados tempranamente, a fin de que durante el transcurso del proceso no pierdan valor, o derivado de descuidos, desatenciones u otros actos impidan su ejecución.

(7) Fase, esencialmente, destinada a conservar el valor de los bienes durante el transcurso del proceso.

(8) La recuperación de activos, técnicamente, se enfo-

ca sobre aquellos bienes que ilícitamente fueron desplazados de la órbita de dominio de su titular y, que en virtud de los principios de conservación y restablecimiento del derecho, deben volver a su legítimo propietario. Se relaciona, entonces, con la necesidad de reparación del daño o perjuicio que sobreviene como consecuencia civil que se deriva del delito, procurando devolver las cosas a su estado predelictual.

(9) Cf. considerando 3ro., párr. 1ro.

(10) De las consultas que pudimos hacer, solo tenemos registros que la herramienta se utilizó sólo en un caso en el caso que se investigaba a una banda ligada al narcotráfico denominada “Clan Loza”.

## Nota a fallo

### Donación

El acuerdo de voluntades es necesario para su perfeccionamiento

Por la naturaleza contractual de la donación, es necesario para su perfeccionamiento el acuerdo de voluntades que resulta una consecuencia de la oferta y

su aceptación. Dicha aceptación no es, por cierto, una condición de forma, sino que es parte esencial de la substancia misma del contrato de donación. Y si bien en materia contractual la aceptación de la donación puede ser expresa (manifestada verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; art. 1145, Cód. Civil, parte segunda) o tácita (en el mis-

mo sentido, art. 1545 CCyC); se entiende que distinta solución se impone en el caso de que se trate de una donación de un bien inmueble a la cual el art. 1810, Cód. Civil, y el art. 1552, CCyC, imponen como solemnidad absoluta la escritura pública; y su falta no puede considerarse suplida con la posesión ejercida sobre el inmueble.

CCiv. y Com., Junín, 02/11/2023. - Campa-  
nella, Horacio José c. Puglisi, Zulma Rosa  
s/Acción reivindicatoria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/158684/2023]

Véase el texto completo en p. 5

# Oferta de donación y responsabilidad notarial



Marcelo J. Hersalis

Profesor titular permanente (UAI). Profesor de grado y posgrado (UBA). Doctorando (UCES).

**SUMARIO:** I. Antecedentes.— II. Concepto.— III. La aceptación.— IV. Responsabilidad del notario.— V. Colofón.

## I. Antecedentes

En el expediente en análisis, se resolvió rechazar con costas la acción declarativa tendiente a lograr la inscripción registral de la transferencia de dominio por donación del inmueble que individualiza de la ciudad de Chacabuco, conformada por la escritura n° 143 del 17/9/2009 del registro notarial n° 5 de esa ciudad de promesa de donación otorgada por el Sr. Santiago Antonio Mazzocco en favor de la Sra. Puglisi y la escritura de aceptación de la misma instrumentada por escritura N° 74 de fecha 29/3/2017 autorizada por la Escribana María Marta del Pilar Bosch, titular del mismo registro notarial.

Consideró la sentenciante, con cita de doctrina y jurisprudencia, que habiendo fallecido el donante el 14/11/2009 (ver certificado de fs. 3 expte. ZCB 22074/2010) por aplicación de los arts. 7 y 1545 CCyC había caducado la posibilidad de aceptación que posibilitaba el art. 1795 del código civil derogado

## II. Concepto

El fallo expresa “En la donación nos encontramos ante una situación jurídica en formación, que solo se concluye con la aceptación y, por ello, se le aplica la ley vigente al momento de la aceptación. En consecuencia, las ofertas de donación efectuadas antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial podrán ser aceptadas, pero no será posible después de la muerte del ofe-

rente o del destinatario. De acuerdo con el art. 1545 del Cód. Civ. y Com., las donaciones emitidas con anterioridad a su entrada en vigencia no pueden ser aceptadas después de la muerte del oferente, desde que no existe una situación o relación ya nacida o agotada”.

Etimológicamente el término “donación” tiene su origen en *doni dati*, lo que supondría una dación gratuita; puede entenderse de una manera amplia como sinónimo de liberalidad, como recogía la *Partida V*, Título 4, Ley 1 —“Donación es bien fecho que nasce nobleza, de bondad de corazón cuando es fecha sin ninguna premia”—. En sentido estricto la donación supone un empobrecimiento del donante con un enriquecimiento del donatario; existe un animus donando (1).

La donación (2) es uno de esos conceptos tan fáciles de comprender en su esencia, como difíciles de delinear en sus contornos precisos. La dificultad reside en la circunstancia de que no todo acto a título gratuito es donación. No lo son los actos de última voluntad ni tampoco numerosas liberalidades realizadas entre vivos que quedan excluidas del concepto jurídico de donación. Se ha circunscripto el régimen legal de las donaciones a ciertos actos respecto de los cuales se considera particularmente importante proteger al donante. Esto explica por qué no se aplica a todas las liberalidades entre vivos el mismo régimen.

La donación (3) es un contrato unilateral y en la mayoría de los casos, gratuito. El art. 1542 del Cod. Civ. y Com. en una definición no muy precisa, dice “Hay donación cuando una de las partes se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y esta lo acepta”. De allí se anotan algunas diferencias con el concepto que dio Vélez en el Código Civil, aunque en esencia no se ofrecen importantes variantes. Siempre es necesario —como en todo contrato— el “idem placitum consensus”, que se trate de una cosa, la gratuidad e integrando lo ya dicho, la aceptación del donatario (4).

La donación (5), a diferencia de los testamentos y los legados que no confieren un derecho actual, es, en principio, irrevocable, pues de lo contrario resultaría incierto el derecho transferido al donatario.

De acuerdo con el artículo 1542, se destaca (6): a) obliga a transferir la propiedad de una cosa. Solo las cosas pueden ser objeto de donación en nuestro régimen legal; b) la transferencia debe ser un título gratuito. Es decir, hay un desprendimiento de bienes, sin compensación por la otra parte. Pero esto no es una regla absoluta. Es posible que el contrato de donación obligue al donatario a hacer o pagar algo, sea en beneficio del donante o de un tercero; c) si bien el art. 1542 no lo dice expresamente, como la donación es un contrato, específicamente es un acto entre vivos; los actos de última voluntad, llamados *testamentos*, tie-

nen un régimen legal distinto. En nuestro derecho no hay donaciones para después de la muerte.

## III. La aceptación

La donación es, sin duda, un contrato en el que se necesita el concurso de dos voluntades, la del donante y la del donatario; la calificación de la donación como acto, en vez de contrato, suele atribuirse a un error del Código napoleónico al confundir *contrato unilateral con acto jurídico*. Como es bien sabido, un acto puede ser unilateral o bilateral, categoría esta última en la que se encuentran los contratos que a su vez pueden ser también unilaterales y bilaterales. Un contrato unilateral (en el que solo surgen obligaciones para una de las partes) es un acto jurídico bilateral (7), pues necesita el concurso de dos personas para su eficacia, hallándonos frente a un contrato (acto jurídico bilateral). Por lo tanto, requiere la voluntad del donatario, perfeccionándose con la aceptación (8).

El Código Civil y Comercial modificó (9) dicha regla al respecto, manteniendo la posibilidad de la aceptación posterior al acto de donación, aunque limitada a la vida de ambas (10) partes. En la actualidad (11), de acontecer el fallecimiento de cualesquiera de ellos, ya no podrán aceptarla ni los herederos del donatario y ni tampoco este, ante fallecimiento del donante (art. 1545, Cód. Civ. y Com.).

## Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) ANDRADA, “El contrato de donación en el Código Civil de 1871 y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 2014-2, “Problemática contractual. Contratos en particular”; res. conj. D 939/2016: “El clásico tema nos recuerda la enseñanza de Paulo: donación viene de ‘don’ (dono), como cosa dada en don (Digesto de Justiniano, Libro 39, tít. 6, frag. 35, 1). En suma, ‘dono’ significa el modo gratuito en que es transmitida la propiedad, esto es, el ‘dare’, del origen de la palabra”.

(2) Para mayor abundamiento ver HERSALIS, Marcelo J., “Contratos Civiles y Comerciales”, t. II, 2023, Capítulo 22.

(3) LAMBER, Rubén, “Oferta de donación. Evolución e involución en nuestra legislación”, *Revista del Notariado*, 914, “En el ámbito del Código vellezano la promesa es ajena a la oferta, aunque sus efectos pueden transformarla. La declaración de voluntad que contiene una promesa carece de intención para que sea recibida por su destinatario y aceptada para transformarla en un contrato. No obstante, el artículo 1790 del Código vellezano le da ese efecto cuando se hizo bajo la condición de que tenga efecto a partir de la muerte del testador, caso en el que el o los beneficiarios-donatarios podrán aceptarla. No se trata entonces de un contrato, sino de una transmisión *mortis causa*”.

(4) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, “Revocación de

donaciones”, TR LALEY AR/DOC/2802/2023

(5) Desde ya que para nosotros la donación es un acto jurídico bilateral, y en tanto tal se perfecciona con el acuerdo de voluntades: oferta y aceptación.

(6) ALBALADEJO GARCÍA, Silvia - DÍAZ, ALABART, Manuel, “La donación”, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2006: “La libre disposición de los bienes por parte del donante supone la facultad de actuar sobre sus derechos patrimoniales; la facultad de disponer gratuitamente de la clase de bienes que se donan. Manuel Albaladejo-García manifiesta que el art. 624 del Cód. Civil no exige de por sí disponibilidad de los bienes concretos que se donen, ni disponibilidad plena por el donante de toda clase de bienes, sino solo disponibilidad de la clase de bienes que se donen. Así, un menor emancipado puede dar bienes muebles que no sean de extraordinario valor (art. 323.1, Cód. Civil) pues son bienes de la clase que sí puede donar y tiene pues libre disposición sobre ellos. Lo que permite el Código Civil por medio de su art. 624 es disponer de cierta clase de bienes sin distinguir, como regla, si se dispone de ellos a título oneroso o gratuito. No se exige plena disponibilidad de sus bienes en el sentido de que, como la donación es un acto que merma el patrimonio del donante y le perjudica, solo debe ser permitido donar a quien tiene libertad total de disponer y no a quien la tiene limitada, aunque

por título oneroso pudiese disponer de los bienes que no se le permiten donar. En este sentido, como apuntábamos, un menor emancipado podrá por sí solo donar bienes muebles que no sean de extraordinario valor, ya que solo se le veda la disponibilidad de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 323, Cód. Civil). Por tanto, se permite donar a quienes no tienen plena y absoluta capacidad de disposición”.

(7) LÓPEZ de ZAVALÍA, “Teoría de los contratos”, Ed. Zavalía, Bs. As., 2000, t. 2, p. 598: “...desde el punto de vista de la descripción jurídica, el contrato de donación es un acto jurídico bilateral inter vivos, verificado con ánimo de liberalidad”.

(8) HERSALIS, Marcelo J., “Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos en particular”, Alberto J. Bueres (dir.) - Marcelo J. Hersalis (coord.), Hammurabi, Bs. As., 2015, t. 5, p. 345 y ss.

(9) CNCiv. sala M, “Drucaroff, Diana s/ sucesión ab intestato”, TR LALEY AR/JUR/15977/2021 “1 - En la donación nos encontramos ante una situación jurídica en formación, que solo se concluye con la aceptación y, por ello, se le aplica la ley vigente al momento de la aceptación. En consecuencia, las ofertas de donación efectuadas antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial podrán ser aceptadas, pero no será posible después de la muerte del oferente o del destinatario. 2. De

acuerdo con el art. 1545 del Cód. Civ. y Com., las donaciones emitidas con anterioridad a su entrada en vigencia no pueden ser aceptadas después de la muerte del oferente, desde que no existe una situación o relación ya nacida o agotada”. 3. Si la ley exige una determinada formalidad, su falta lo torna nulo. Por ello, en materia de donaciones de inmuebles, no es factible la aceptación tácita como pretende el apelante.

(10) CCiv. y Com. Azul, sala II, “B. N. Á. c/ V. L. A. y otros s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales”, 10/02/2022, “Puesto que el art. 1545 del nuevo Código Civil y Comercial es de aplicación inmediata (art. 7 del CCyC), la vigencia de esta norma vino a aniquilar el derecho a aceptar la donación que hasta ese momento ostentaba el donatario, actor de las presentes actuaciones; en efecto, las ofertas emitidas con anterioridad a su entrada en vigencia no podrán ser aceptadas después de la muerte del oferente, desde que no existe, al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo código, una situación o relación ya nacida o agotada”.

(11) El artículo 7 del Código Civil y Comercial reproduce —en lo sustancial— el artículo 3 del Código derogado, según la modificación introducida en su momento por la ley 17.711. Rigen, entonces, los principios de irretroactividad y de aplicación inmediata de la ley, en virtud de los cuales la nueva disposición se aplica hacia el futuro, pudiendo alcanzar los tramos de situaciones jurídicas que

En orden al nuevo ordenamiento, el perfeccionamiento del contrato entre ausentes se produce cuando la aceptación es recibida por el oferente (conf. art. 980, inc. b, Cód. Civ. y Com.), receptando la teoría de la recepción (art. 983, Cód. Civ. y Com.).

Al igual que su predecesor régimen, si bien se permite la tácita aceptación ella queda restringida para aquellos muebles cuya forma así lo permite. Para los inmuebles, se supedita a la forma de la donación (art. 1552, Cód. Civ. y Com.).

La donación no tiene efectos legales mientras que no haya sido aceptado por el donatario (art. 1545, Cód. Civ. y Com.).

En algunos casos, la aceptación es formal y exige la escritura pública; en otros basta con la aceptación tácita que puede resultar del recibo de la cosa o de otro acto igualmente inequívoco, como, por ejemplo, la enajenación por el donatario de la cosa que se le ha donado.

Sin embargo, en los supuestos de aceptación tácita, ella deberá ser afectada —en caso de duda— con carácter restrictivo (art. 1545, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.). Esta solución se funda en que siendo el donatario el beneficiario del acto, resulta lógico exigirle que certifique su aceptación en forma unívoca.

Como acto entre vivos que es, la aceptación de la donación por parte del donatario (12) debe hacerse según las partes con vida (art. 1545, *in fine*, Cód. Civ. y Com.).

Cuando la donación es hecha a favor de varias personas solidariamente, la aceptación de uno o algunos de los donatarios se aplica a la donación completa; esto es, se la tiene por aceptada por el todo. Ahora bien, si la aceptación por algún donatario se hace imposible por su muerte, o porque la donación ha sido revocada por el donante, el porcentaje que iba a recibir el donatario fallecido o revocado debe repartirse entre los aceptantes, lo que implica que la porción de determinados acrece (art. 1547, Cód. Civ. y Com.).

Es dable destacar que el donatario tiene que aceptar la donación “por sí”; no cabe la aceptación ni por herederos ni por acreedores del donatario: si este fallece antes de haber aceptado, la oferta de donación se extingue por lo que no pueden sus he-

rederos aceptar. Todo ello sin olvidar el carácter personalísimo de la donación, que persigue el beneficio del donatario y no el de terceros, por más que esos terceros sean sus herederos (13).

#### IV. Responsabilidad del notario

Surge de la resolución lo siguiente: “El mal desempeño profesional de la Esc. Bosch (art. 35 incs. 3 y 7 ley 9020) en cuanto a la instrumentación (con los requisitos formales para su validez como testamento o eventualmente su conversión que permitiese asignarle la calidad de legado) de lo que palmariamente era la voluntad del Sr. Mazzocco (dejar el inmueble a la Sra. Puglisi, una vez producido su fallecimiento y de su cónyuge) se “corrigió” con ese interlineado, sin siquiera advertir que con la aceptación, dejando constancia en la cláusula primera (“procede a la entrega de las pertinentes Partidas de Defunción del señor Santiago Antonio Mazzocco... conforme lo estipulado en la escritura de Promesa de Donación Gratuita...”; ver fs. 19/20 expte 2825/2017), estaba dando cuenta de ello e imposibilitando su registración (art. 9 inc. a ley 17.801; 1044, 1047 CC, 386/7 CCCN); y ello al margen de resultar extemporánea (Orden de Servicio 45/2015 Registro de la Propiedad Inmueble Pcial).”

El *notariado* constituye una institución social esencial para la garantía de la seguridad jurídica en la vida social y económica y de los derechos de las personas. La función notarial no puede ser entendida sin ponerse en conexión con esos derechos y principios que está llamada a garantizar (14).

En este marco normativo, el notario se erige como un profesional del derecho al servicio de la verdad, de la “verdad en el concepto”, como regla imprescindible que debe inspirar la formalización de los instrumentos notariales. Sin ese presupuesto se socava la seguridad jurídica como espacio de certeza y orden social en el que se realizan los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Un documento notarial sustentado en la farsa, en la ficción, atenta contra las presunciones de veracidad (el contenido del documento se corresponde con la realidad extra documental), integridad (el documento narra toda la verdad) y legalidad (el contenido y efectos del documento se ajustan al ordenamiento jurídico) de las que

todo instrumento autorizado por fedatario público goza.

Como interés que debe ser también preservado se añade más modernamente la propia funcionalidad del documento, esto es, las funciones jurídicas que los documentos están llamados a desempeñar; y que son la función probatoria del negocio jurídico que el documento refleja, la función de garantía relacionada con la seguridad que brinda el documento respecto de la identidad del emisor de la declaración que contiene, y la función de perpetuación de la declaración documentada para que pueda ser conocida por terceros.

La sanción y castigo de las conductas cometidas por particulares en sus manifestaciones plasmadas en los documentos notariales en que intervienen y el castigo también de la falsedad cometida por el mismo notario constituyen, en suma, instrumentos de protección de la función notarial (15) y su alto cometido social.

Como tales documentos, los instrumentos notariales cumplen también esa triple función cuyos márgenes conviene ahora precisar con relación a la clase de daño que puede sufrir la función y su singular previsión tuitiva en las distintas modalidades comisivas previstas en el tipo:

a) En primer lugar, una función de perpetuación, esto es, de fijación material de las manifestaciones del pensamiento, que se ve afectada básicamente cuando el documento es alterado, destruido o deteriorado.

b) En segundo término, una función probatoria, que conecta al documento con su adecuación para producir pruebas. Esta se verá lesionada cuando la alteración del documento afecte a aquello que el documento debe y puede probar.

c) Finalmente, la función de garantía, esto es, de posibilitar el conocimiento del autor de las manifestaciones, que resultará afectada cuando la falsedad no permite identificar el autor de la declaración de voluntad.

La conducta falsaria buscará atentar contra alguna de esas tres funciones o contra todas ellas.

La fe pública que el notario ejerce dentro de su respectiva demarcación o “distrito no-

tarial” tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos (16); b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

De lo anterior se colige que el notario tiene encomendadas, dentro de su respectivo territorio, distintas funciones, siendo la principal la dación de fe en las relaciones y de negocios jurídicos en los que interviene ejerciendo su ministerio; lo cual determina que el documento que autoriza o instrumenta adquiera los caracteres de “documento público”, con sus correspondientes efectos. La importancia, social y jurídica, de la dación de fe notarial hace que el nivel de exigencia en el cumplimiento de la *lex artis* (17) sea particularmente intenso, como así ha venido expresándolo la jurisprudencia. Al tiempo, aunque la confección del documento está sujeta a rogación, podrá negarse el notario requerido a dar fe de cualquier acto público cuando concurra justa causa.

La falsedad documental exige que queden afectadas las funciones básicas de todo documento: función de perpetuación (que fija la manifestación de voluntad de alguien), función probatoria (que juega como prueba) (18) y función de garantía (que permite identificar al autor de la declaración de voluntad) (19).

Al estudiar la falsedad documental hemos de partir, en cualquier caso, del concepto de “documento” y que puede definirse como todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. Dichos soportes materiales deben cumplir una triple condición: 1) ser atribuibles a una o más personas, aunque no estén firmados; 2) tener capacidad para producir efectos en el tráfico jurídico; y 3) estar destinados a dicho tráfico. A su vez, el documento debe cumplir tres finalidades: a) la perpetuadora, en cuando fijación material con vocación de permanencia de unas manifestaciones de pensamiento; b) la probatoria, al haberse creado el documento para acreditar o probar algo; y c) la garantizadora, según la cual el documento sirve para asegurar que la persona así identificada es la que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento.

no se encuentran aprehendidas o alcanzadas por la noción de consumo jurídico (conf. ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire [Conflicts des lois dans le temps]”, Paris, Dalloz et Sirey, 2ª ed., 1960, nro. 42, p. 198 y nro. 68, p. 334, citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, A. “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, TR LALEY AR/DOC/1330/2015).

(12) “La llamada oferta de donación, en realidad, es una donación, unilateral, pero terminada para el donante desde el punto de vista obligacional y formal, a la que le está faltando solamente la aceptación del donatario, como es el caso de hipoteca otorgada solamente por el propietario que se complementará oportunamente con la aceptación del acreedor, o la de una escritura de permuta donde comparece solamente uno de los permutantes transmitiendo los derechos sobre el inmueble de su propiedad que oportunamente se complementará con la escritura en la que el otro permutante transmitirá el dominio del inmueble que constituye la contraprestación a su cargo” (Natalio Pedro Etchegaray, Dictamen de la Academia Nacional del Notariado, Consulta N° 304/2005).

(13) BERCOVITZ - RODRIGUEZCANO, Rodrigo, “Tratado de los contratos”, Tirant lo Blanch, Valencia, T.II, 3ª ed., 2020, p. 2873.

(14) CALERO MARTINEZ, José María - UBANO CASTRILLO, Eduardo de (coordinadores “Responsabilidad los Notarios”, 2022, p. 77.

(15) La ley 404 (Ley Orgánica Notarial), sancionada por la legislatura de la Ciudad de Buenos Aires el 15 de junio de 2000 derogó la ley 12.990 y sus normas modificatorias y complementarias, establece en su art. 133, dentro

del Capítulo de Responsabilidad Disciplinaria, que “Sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o administrativa, toda irregularidad profesional originará la específica responsabilidad disciplinaria”.

(16) ETCHEGARAY, Natalio, “Escrituras y actas notariales”, Astrea, Bs. As., 2016 (6ª ed.), ps. 25-26: “... en las actas hay un mero hecho: el notario solo tiene actividad de ver y oír; no entra al fondo del asunto, lo adapta al derecho solamente en la forma; narra el hecho y lo deja como es, no lo manipula ni lo altera; es copia del natural, queda al desnudo, el notario no lo viste; la firma de las partes no es otorgamiento ni consentimiento, es conformidad con lo narrado y leído por el notario, que es narración de lo sucedido en ese momento. Es solo medio de prueba, su eficacia es reflejo del orden jurídico; no es de creación autónoma, este hecho comprobado por el acta tendrá valor si existe un contrato preexistente donde las partes o la ley le exigen al requerido o al notificado una determinada actividad. No se cae en mora por requerimiento, sino que el hecho del requerimiento unido a la previsión del contrato o de la ley puede constituir en mora”.

(17) Con relación al modelo de profesional, el Cód. Civ. y Com. lo regula en sus arts. 1358 y 2026. El primer artículo norma la diligencia que corresponda a su profesión; y el segundo, las reglas del arte, de lo que se deduce la *lex artis* o *lex artis ad hoc*. PADILLA, Rodrigo, “Responsabilidad de los profesionales del derecho (abogados y escribanos)”, TR LALEY AR/DOC/1266/2017 “Así las cosas, para nosotros lo que debe hacer el juzgador a la hora de sentenciar una probable mala práctica notarial, será comparar la conduc-

ta de la profesional obrada en la emergencia, con la debida legal y contractualmente. Para lograr esa comparación deberá formar un modelo profesional (el buen profesional general, el buen especialista, etc.) que le servirá de parangón (arquetipo comparativo) de la conducta puesta en tela de juicio. Un criterio clave es el denominado “*lex artis*”, es decir los principios propios que inspiran una determinada ciencia. Pues el “buen escribano” debe conducirse conforme lo haría un buen profesional de su clase o categoría, cumpliendo con la labor encomendada y respetando los principios propios que informan su saber singular -*lex artis*- aplicados al caso concreto -*lex artis ad hoc*-”.

(18) CCiv. y Com., Pergamino, “Bonfanti, Guillermo Hernán vs. Saranitte, Eduardo s. Cobro ejecutivo”, 12/05/2011, “Resulta admisible la prueba documental destinada a acreditar la falsedad de la firma (en el caso, antecedentes de salud de la demanda, directamente vinculados a los hechos en que funda la imposibilidad de ser quién estampó las firmas que se le adjudican en la fechas invocadas por la contraria), pues su recepción no trasciende el examen formal del título incursionando en temas extracambiaros, en tanto se relaciona directamente con uno de los elementos esenciales del documento, la firma, versado sobre una circunstancia fáctica inherente a la persona a la que se atribuye la signatura”.

(19) C1aCrim., Formosa, “Pedretti, Héctor s. Falsedad ideológica - Villalba Augusto Javier s. Uso de instrumento falso”, 18/02/2013; “La naturaleza pública de los documentos con firmas certificadas por notarios públicos, emerge del art. 979 inc. 2º del Código Civil Argentino y desde el momento que el documento quede perfeccio-

nado con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren, nace la posibilidad de generar perjuicio (D’Alessio, Andrés, “Código Penal Comentado y Anotado”, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 987). En tanto la escritura pública notarial tiene valores de tipo objetivo: a) constitución que puede ser dispositiva o constitutiva, confesorio-normativa y de reconocimiento; tiene en sí misma el valor prueba; es la ley la que atribuye a la escritura, en su dimensión papel el carácter de acumulador de autenticidad. También posee valores de tipo subjetivo: las partes intervinientes, el notario mediante la configuración documental, autenticación, autorización, y reproducción “Gattari. Práctica Notarial, Tomo 6, Valores de la Escritura Pública. 1988”. En tanto en la certificación de firmas hay unidad de acto, hay dos documentos el privado y el libro de requerimiento, el referente estampa la firma en los dos y el notario certifica la firma en los dos; el documento privado no constituye objeto de certificación y menos su contenido; siendo relevante reseñar que lo que constituye documento público es la certificación del escribano, y no el contenido del documento privado. GATTARI, “Práctica. Notarial”, t. 5, 1988”. A su vez, es criterio constante que no se requiere la falsedad pública para constituir un perjuicio efectivo, sino que basta un perjuicio potencial emanado de un instrumento público cuya seguridad está garantizada con formas y reglas destinadas a satisfacer la confianza pública (CNPenal, sala II, “Banchini” 1/9/2006). (Del voto del Dr. Sala).

El notario (20) podrá incurrir en responsabilidad contractual (21) o extracontractual (22) (23); sin perjuicio de lo expresado, la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual tiene un solo fundamento, al decir de Breccia (24), y consiste en que la primera nace del incumplimiento de una obligación preexistente, mientras que la segunda surge *ex novo* de una comisión de un hecho (25) ilícito (26). En el primer caso el deudor viola el deber de realizar la prestación que es objeto de la obligación y con ello el derecho de crédito del acreedor, a quien causa un daño, como consecuencia de su incumplimiento (27); en el segundo supuesto se dice que el ofensor viola el de-

ber genérico de no dañar a otro (*neminem laedere*) (28).

Es verdad que también la doctrina en general ha entendido que cuando se trata de un perjuicio sufrido por un tercero, al quedar subsumida dicha responsabilidad en el ámbito extracontractual (que todavía mantiene sus diferencias con el contractual —v.gr. art. 1728 del nuevo Código—, más allá del intento unificador) (29), “el deber negocial de fines se transforma en deber de medios o de prudencia y diligencia”, en vista del pluralismo de relaciones jurídicas que puede tener génesis en su actividad (30).

(20) PADILLA, Rodrigo - PADILLA, Javier, “Sobre la función del notario y su consecuente responsabilidad civil”, LA LEY, 2017-B, 292. Como regla debe entenderse que el actor -ex paciente, cliente o requirente de servicios médicos, jurídicos y notariales, respectivamente- debe demostrar los denominados presupuestos de la responsabilidad civil. En ese aspecto los arts. 1734, 1736 y 1744 del Código hoy vigente establecen que en principio el actor debe acreditar el factor de atribución de responsabilidad (culpa profesional, por regla), la relación de causalidad y el daño alegado. Ello salvo disposición legal en contrario -referido a los factores de atribución- o que se impute o presuma la relación de causalidad o el daño (o que tales perjuicios surjan notorios, *in re ipsa loquitur*). Obviamente quien invoque una circunstancia eximente, causa ajena o imposibilidad de cumplimiento, también corre con su prueba, según lo indican claramente esas mismas normas.

(21) ROPPO, Vincenzo, “Il contratto”, Giuffrè, Milano,

2001, Consiste en “responsabilidad por incumplimiento de una obligación preexistente”.

(22) MAYO, Alberto Jorge - PREVOT, Juan Manuel, “Responsabilidad Contractual”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007. “Etimológicamente; la voz “responsabilidad” (“responsabilité” o “responsabilità”) proviene del vocablo responsable, que a su vez deriva del latín *responsus*, participio pasado del verbo *respondere*, que aproximadamente significa algo así como *constituirse en garante*”.

(23) PADILLA, Rodrigo, “La responsabilidad civil profesional. Con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, RCyS 2016-I.

(24) BRECCIA, Umberto, “Le obbligazioni”, Giuffrè, Milano, 1991, p. 665.

(25) MONATERI, Pier G., “Trattato di diritto civile”, Utet giuridica, Torino, p. 2.

(26) BRECCIA, Umberto, op. Cit., p. 665.

(27) BETTI, Emilio, “Teoría Generale delle obbligazioni”, Giuffrè, Milano, 1954, vol. I, p. 108.

tensión se articuló afirmando que se habría insertado con posterioridad una enmienda en su cláusula tercera para posibilitar la referida aceptación y salvar de ese modo su invalidez original a tenor de lo dispuesto por el art. 1790 Cód. Civil. La mencionada disposición en su texto reza: “Establece el donante que la aceptación de esta Promesa de Donación se efectuará (y acá aparece el interlineado que se aduce como agregado “/en vida o/”) con posterioridad a su fallecimiento y del fallecimiento de su cónyuge mencionada, importando esa aceptación la transmisión del dominio pleno del inmueble en la forma expuesta, conforme lo establecido por el artículo 1795 del Cód. Civil. Para proceder a la aceptación de la presente oferta de donación, el fallecimiento del donante y su cónyuge deberá ser acreditado por ante mí, Notaría Autorizante, en este Registro Cinco a mi cargo, mediante la presentación de las pertinentes Partidas de Defunción debidamente expedidas por el Registro Provincial de las Personas”. 3) Hizo lugar con costas a la acción promovida por el Sr. Campanella (heredero y administrador judicial en la sucesión de la cónyuge del donante Delfina Elena Campanella vda de Mazzoco fallecida el 19/03/2017 Expte. ZCB 32087-2017) contra la Sra. Puglisi por reivindicación del inmueble y al reclamo de daños y perjuicios determinados conforme valores locativos informados pericialmente desde el 12/11/2017 hasta la efectiva restitución con más intereses. 4) Desestimó en cambio el reclamo indemnizatorio contra la Escribana Bosch “puesto que además de no ser ocupante del inmueble actuó dentro de sus funciones”.

II. Apelaron Zulma Puglisi patrocinada por el Dr. Yaber el 03/05/2023, el Sr. Horacio J. Campanella patrocinado por el Dr. Dentella el 05/05/2023 y la Escr. María M. Bosch patrocinada por el Dr. Marino el 08/05/2023.

Radicadas las actuaciones el 12/07/2023 en este tribunal y puestas en estado expresaron sus agravios: a) la escribana Bosch el 04/08/2023 solicitando se revoque la sentencia apelada en cuanto a la declaración de abstracto y se rechace íntegramente demanda e incidente instaurados contra ella por el

## V. Colofón

Para que pueda atribuirse responsabilidad civil (31) a un sujeto determinado, deben concurrir, además de la antijuridicidad, un factor de atribución subjetivo u objetivo y el daño, la relación de causalidad que vincula a este directamente con el hecho antijurídico, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva. “Es el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de

(28) GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho civil uruguayo”, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992, 3ª ed., t. XVIII, p. 26 y ss.

(29) Entre otros: PICASSO, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com. 2014 (nov.), p. 151; SAGARNA, Fernando A., “Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com. 2014 (nov.), 143; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código”, LA LEY, 2015-B, 834; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 31; GAGLIARDO, Mariano, “Delimitación y contenido de la responsabilidad (civil)”, LA LEY, 2020-A, 951.

(30) PADILLA, Rodrigo - PADILLA, Javier, op. cit., ver texto nota 20, LA LEY, 2017-B, 292.

Sr. Campanella, con expresa imposición de costas a la actora vencida; b) la Sra. Puglisi el 16/08/2023 sosteniendo la vigencia y validez del acto celebrado en 2009 no puede ser decretado cancelado por una ley de 2015 ni por una sentencia judicial en 2023 y en consecuencia de la aceptación formalizada sobre la base de un derecho adquirido, y la inaplicabilidad del art. 1545 Cód. Civ. y Com. de la Nación. Se disconforma también de lo resuelto en el incidente de redargución de falsedad, postulando su rechazo y no la declaración de abstracto, con costas al actor. Peticiona finalmente se revoque la sentencia en cuanto hace lugar a la reivindicación y la indemnización de daños y perjuicios ya que habiendo salido el bien del patrimonio del Sr. Mazzocco nada se le transmitió mortis causa al Sr. Campanella, ni existió una retención indebida siendo posterior ese título hereditario a su posesión desde el año 2009 y c) el Sr. Campanella el 22/08/2023, criticando la declaración de abstracto de su planteo de redargución de falsedad y solicitando su favorable recepción, con argumentos similares a su demanda y análisis de elementos probatorios para establecer la responsabilidad de la escribana demandada y ampliar la condena hacia ella y las costas en ambas instancias.

Ejercieron su derecho a réplica, resistiendo las impugnaciones, la Sra. Puglisi el 04/09/2023, la Escribana Bosch el 14/09/2023 y el Sr. Campanella el 15/09/2023

Todo ello con argumentos a los que por razones de brevedad me remito.

Firme el llamado de autos para sentencia, se está en condiciones de resolver (art. 263 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

III.A- En esa tarea y recordando que la CSJN ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.) y que tampoco tiene el deber de ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (Fallos: 274:113; 280:3201;

otro. Es un elemento objetivo, porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa” (32). No cabe duda que la notaría interviniente haya actuado con la *lex artis* debida y por lo tanto la sentencia resolvió condenándola en costas, en forma concurrente (arts. 850, 1751, 1766, 1768, Cód. Civ. y Com.), la obligación de reparar los daños y perjuicios por los que fuera condenada la demandada. Y ello, por cuanto con su incorrecto accionar profesional dio lugar a la apariencia de un derecho que determinó esa ilegítima permanencia, privando a los herederos de su detentación y uso.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/232/2024

(31) Cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad civil, existe consenso doctrinal y jurisprudencial en el sentido que para que aquella exista, o sea para que pueda hacerse gravitar sobre una persona, el deber de resarcir el daño inferido a otra, es necesaria la presencia de un nexo causal entre ese daño y el hecho que se imputan al responsable (Conf. BOFFI BOGGERO, Luis, “Tratado de las obligaciones”, Astrea, Bs. As., t. II, p. 312, BUSTAMANTE ALSINA, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1997, p. 361, Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, “Tratado de la responsabilidad civil”, Astrea, Bs. As., 2011, t. I, p. 582).

(32) Conf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)*, Kemelmajer de Carlucci, Aida (dir.) - Bueres, Alberto J. (dir.), 1997, Lexis N° 1010/001125).

144:611), paso a ocuparme —directamente y sin reseñarlas por su extensión y abundantes reiteraciones— de las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto, inclinándome por los medios probatorios que produzcan mayor convicción. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragoñes Alonso llama “jurídicamente relevantes” (su obra “Proceso y derecho procesal”, Ed. Aguilar, Madrid, 1960, p. 971, párr. 1527), o “singularmente trascendentes” como los denominados Calamandrei (“La génesis lógica de la sentencia civil”, en “Estudios sobre el proceso civil”, ps. 369 y ss.).

III.B- Dicho esto, parece importante comenzar memorando que cuando estaba en trámite de sanción el Proyecto de 2012, con el texto del actual art. 1545, las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA 2013) por unanimidad recomendaron “Al regularse la caducidad de la oferta, debe mantenerse como excepción la oferta de donación”. También la 38 Jornada Notarial Bonaerense celebrada en Bahía Blanca en noviembre de ese mismo año concluyó “Oferta de donación o donación sujeta a aceptación Se recomienda que el proyecto mantenga la posibilidad de que la oferta de donación pueda ser aceptada aun después de la muerte o de la incapacidad sobreviniente del donante, ya que constituye un instituto útil, contemplado hoy por nuestro Cód. Civil. Se fundamenta en que, quien en vida quiso donar, a fortiori quiso legar...”

También en el LXIV Seminario Laureano A. Moreira que se había llevado a cabo en noviembre de 2012, Ángel Francisco Cerávol en “Algunas cuestiones del proyecto de unificación en materia de donaciones” decía:

“Vélez se apartó, en la materia, de las normas generales de los contratos; en todos los supuestos (excepto en la donación) la muerte del oferente hace caducar la oferta si esta no hubiese sido aceptada con anterioridad. Pretendió, de algún modo, acercar las ofertas de donación a los testamentos suponiendo, según alguna doctrina, que “quien en vida quiso donar, a fortiori quiso legar”. Destacaban la practicidad de la disposición Segovia, Machado y Salvat.

Texto completo de fallo de p. 3

2ª Instancia.- Junín, noviembre 2 de 2023.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Guardiola* dijo:

I. El 2 de mayo del corriente año la Sra. Jueza Dra. Daniela K. Ragazzini dictó sentencia única en los autos “Puglisi, Zulma Rosa s/ Acción declarativa (expte: JU-2825-2017); “Campanella, Horacio José c. Puglisi, Zulma Rosa y Ot. s/ Incidente de redargución de falsedad” (Expte. N° JU-9480-2018) y “Campanella, Horacio José c. Puglisi, Zulma Rosa s/ Acción Reivindicatoria” (Expte. N° JU1604-2018).

Por la misma resolvió: 1) Rechazar con costas la acción declarativa tendiente a lograr la inscripción registral de la transferencia de dominio por donación del inmueble que individualiza de la ciudad de Chacabuco, conformada por la escritura N° 143 del 17/09/2009 del registro notarial N° 5 de esa ciudad de promesa de donación otorgada por el Sr. Santiago Antonio Mazzoco en favor de la Sra. Puglisi y la escritura de aceptación de la misma instrumentada por escritura N° 74 de fecha 29/03/2017 autorizada por la Escribana María Marta del Pilar Bosch, titular del mismo registro notarial.

Consideró la sentenciante, con cita de doctrina y jurisprudencia, que habiendo fallecido el donante el 14/11/2009 (ver certificado de fs. 3 Expte. ZCB 22074/2010) por aplicación de los arts. 7 y 1545 Cód. Civ. y Com. de la Nación había caducado la posibilidad de aceptación que posibilitaba el art. 1795 del Código Civil derogado.

2) Sobre la base de la anterior decisión declaró abstracto el tratamiento del incidente de redargución de falsedad incoado por el Sr. Campanella respecto de la adulteración material de la mencionada escritura N° ..., imponiendo las costas por su orden. Esa pre-

Otros autores han destacado la inconveniencia de la excepción, así como que esta norma no tiene prácticamente correlato en el derecho comparado. Expresa Belluscio, que se trata de una disposición anómala que se aparta de la regla en materia de contratos prevista en el artículo 1149, “consagrando una especie de contrato *post mortem*, ya que queda perfeccionado después de la muerte de una de las partes contratantes”. Ya en el Anteproyecto de 1954 (art. 1347), el Proyecto de 1993 (art. 1008), y el Proyecto de Cód. Civil unificado de 1998 (art. 1424) se suprimía la excepción.

Lo cierto es que la modificación puede generar, más allá del obvio cambio para el futuro, un importante problema con relación a las ofertas ya efectuadas.

La aplicación inmediata de la ley, a partir del día de su vigencia, hará caducar de pleno derecho las ofertas de donantes que hubiesen fallecido, en tanto no hayan sido aceptadas por el donatario; no parece que en la materia pueda alegarse un derecho adquirido respecto de una oferta de donación no aceptada.

Se ha propuesto en presentación efectuada por el Consejo Federal del Notariado, la modificación de norma proyectada, basándose en la practicidad de la normativa que se pretende derogar y en la arraigada costumbre de utilizar la figura.”

Sin embargo, la ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014 y promulgada el día 7 de ese mes de aprobación del Cód. Civ. y Com. de la Nación no aceptó esas sugerencias, manteniendo el texto proyectado. Está claro que con la supresión de este instrumento notarial frecuentemente utilizado para la planificación patrimonial del donante, se quiso “evitar la creciente tendencia que existe por parte de la sociedad a eludir el sistema judicial “en materia sucesoria (Pablo Luis Manganaro, “Oferta de donación en el Cód. Civil de Vélez y en el Cód. Civ. y Com. de la Nación. Comparación entre fuentes” - Revista *Aequitas* Vol. 8 Núm. 8 (2014) p. 85 y ss.)”.

El 16 de noviembre de ese mismo año se sancionó la ley 27.077 que anticipó la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento para el 15 de agosto de 2015. Es decir que desde ese momento (art. 8 Cód. Civ. y Com. de la Nación) se supo que las ofertas o promesas de donación anteriores con donante fallecido contaban con ese período de aproximadamente 9 meses para ser aceptadas.

Ello explica también porque no se introdujo ninguna disposición especial de derecho transitorio.

Si bien se ha dicho que “La ley debió haber contemplado ciertas soluciones para los casos particulares que traerían dificultad como este” (XVIII Jornada Notarial Cordobesa 2015) o que existe una “carencia de disposiciones legales claras y específicas acerca de la aplicación de la ley en relación al tiempo” (39 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 2015), lo cierto es que dichas manifestaciones, al igual que la de ciertos autores, estaban inspiradas más en la crítica a la solución adoptada o en el deseo de otorgarle ultraactividad al art. 1795 del Cód. Civil derogado, que en dificultades interpretativas reales.

Sabido es que conforme el art. 7 del nuevo ordenamiento (similar al art. 3 del Código anterior reformado por la ley 17.711) “las situaciones jurídicas en proceso de formación (continua o sucesiva): son regidas por la nueva ley, siendo el corolario de su efecto inmediato; lo propio del efecto inmediato establecido por el primer párrafo es que la situación sea regida por ella” (José Tobías com. al art. 7 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada Jorge H. Alterini Director T. I).

Por la naturaleza contractual de la donación (en ambos regímenes), es necesario para su perfeccionamiento el acuerdo de voluntades que resulta una consecuencia de la oferta y su aceptación. Dicha aceptación no es, por cierto, una condición de forma sino que es parte esencial de la substancia misma del contrato de donación. Y si bien en materia contractual la aceptación de la donación puede ser expresa (manifestada verbalmente, por escrito o por signos inequívocos; art. 1145, Cód. Civil parte segunda) o tácita (en el mismo sentido 1545 Cód. Civ. y Com. de la Nación); se entiende que distinta solución se impone en el caso de que se trate de una donación de un bien inmueble a la cual el art. 1810 Cód. Civil y 1552 Cód. Civ. y Com. de la Nación impone como solemnidad absoluta la escritura pública y su falta no puede considerarse suplida con la posesión ejercida sobre el inmueble. (CSJN “Estado Mayor General de Ejército c. Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa 06/08/2013; SCBA C 97616 S 07/10/2009 “Lazzarini”).

Hago aquí un alto para desechar en base a lo anterior la incidencia que Puglisi pretende asignar a una presunta posesión de su parte del inmueble. Aun dando por comprobada la misma desde la formalización de la promesa de donación en septiembre de 2009 —lo que es más que discutible teniendo en cuenta la permanencia en la ocupación del bien por parte de la cónyuge de Mazzocco fallecido éste y a tenor de la cláusula tercera de la que luego me ocuparé— no solo está desprovista del alcance de aceptación sino que desde el reclamo de su entrega se vio interrumpida en tiempo hábil en sus efectos adquisitivos por vía de la prescripción (arts. 4015, 4016 Cód. Civil, 2537 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Retomando el hilo del alcance temporal de la nueva regulación, faltando esa aceptación no estamos frente a una situación jurídica agotada, sino *in fieri*, en formación, por lo que el art. 1545 Cód. Civ. y Com. de la Nación es inmediatamente aplicable, en tanto es la normativa vigente al momento de la aceptación.

III.C- Y así lo entendió la doctrina: Aída Kermelmajer de Carlucci (“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes” Rubinzal Culzoni 2015 p. 157 y Segunda Parte misma edit. 2016 p. 225/266), Carolina Dell’ Orefice, Hernán V Prat (“La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio” en RCCyC 2015 (julio), 19), Catalina Moggia (“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Ricardo L. Lorenzetti Rubinzal-Culzoni, T. VII p. 686), María Florencia Rodríguez Amat - Marcelo W. Suarez Belzoni (“Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Código Civil ante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial Ley 26.994” Revista del Notariado N° 920 - febr. 2016 p. 142 y ss.), Carlos Marcelo D’Alessio (“El contrato de donación en el Código Civil y Comercial” en <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1719-contrato-donacion-codigo-civil-y-comercial>), Gustavo A. Bono (“El artículo 7º frente a los derechos reales: esquema general y consideración especial de las adquisiciones por usucapión y por donación” en RDPYC Rubinzal-Culzoni 2015 - I p. 377/380), Cristina Armella (“El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial”, Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), TR LALEY AR/DOC/1132/2015), José Ignacio Pastore (“Donaciones: oferta, aceptación y fallecimiento del donante” RCCyC2021 (octubre), 205), Inés María Eastman (en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, José María Curá Director, LA LEY 2a ed. To. V p. 51), Augusto Luis Piccon (“Oferta de donación: una oferta distinta” Revista Notarial Córdoba Año 2015/01 N° 92 p. 137 y ss.) y Esteban D. Otero (“Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado”, Dir. Herrera-Ca-

ramelo-Picasso Infojus Tomo IV p. 266 y en “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado” de Rivera-Medina, LA LEY, T. IV p. 675/676).

Este último autor (en “Situación actual de la oferta de donación como tradicional modalidad de planificación sucesoria” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* Rubinzal Culzoni 2019 I Sucesiones II p. 141-188), luego de destacar que “no hay aplicación retroactiva de la norma si se concluye en la imposibilidad de aceptar una donación con donante fallecido y oferta emitida antes de la nueva ley, ya que rige a tal efecto la regla de la aplicación inmediata, como principio rector, atento al reconocimiento de los actos en crisis y sus consecuencias”, se encarga de rebatir —a mi modo de ver acertadamente— la opinión que minoritariamente sostiene una parte del notariado (Natalio Etchegaray, Gastón Di Castelnuovo y Néstor Lamber) ya que “siguen desdibujando en alguna medida los límites entre lo que es una oferta y el contrato en sí mismo, y con ello, las fronteras de lo que se entiende por situaciones jurídicas consumadas y sus efectos” o porque “pareciera inferirse que la oferta por sí sola generaría las obligaciones propias del contrato, lo cual no resulta coincidente con la naturaleza contractual de la obligación. Es decir, no podría atribuírse a esa declaración unilateral los efectos del contrato, ya que no los tiene”.

III.D- La jurisprudencia ha seguido el mismo camino:

- Además del fallo de la CCiv. y Com. Azul, de Azul Sala I 14/07/2016 autos “Bustamante Noemí R s/ Sucesión *ab intestato*” TR LALEY AR/JUR/44251/2016 que citó en aval de su solución la colega de grado anterior, la CCiv. y Com. de Mar del Plata, sala II, 02/06/2016, autos “Irigoyen, Agustín A. s/ Sucesión *ab intestato*” Registro 132-S Folio N° 679/83 Expte. N° 161276 y luego 30/04/2020 “Aguinaga, Ernesto Esteban s/ Autorizaciones” Registro 62 Folio 467 Expte. 169104 dictó sentencias en el mismo sentido.

En la última se expresó: “... no ostenta un derecho contractual adquirido...El autor (Llambías) señalaba, a continuación, que “la noción *derecho adquirido*” se contraponen a la de “derecho en expectativa”, que en verdad no es un derecho, sino una esperanza o posibilidad de que pase a serlo cuando se reúna los presupuestos legales, los que por ahora no son sino una mera eventualidad” (ob. cit., p.131. Pablo Heredia destaca que la “Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido en forma reiterada que la Constitución Nacional no impone una versión reglamentaria en materia de validez intertemporal de leyes, por lo que el legislador o el juez en sus respectivas esferas, pueden establecer o resolver que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente” (“El derecho transitorio en materia contractual” RCCyC 2015 (julio) 01/07/2015, 30, TR LALEY AR/DOC/2137/2015) Partiendo de esa idea, el autor afirma que “no existe afectación de derechos adquiridos cuando la aplicación de la nueva norma tan solo afecta los efectos en curso de una relación jurídica aun nacida bajo el imperio de la ley antigua”. Sostiene así que en los casos en que la fase precontractual es sucesiva, progresiva o de larga duración, “la nueva ley tiene sobre la fase de una situación en curso de constitución un efecto inmediato y no retroactivo, en el sentido de que la nueva ley no puede volver sobre los elementos de la formación contractual que constituyen ya hechos que se han cumplido; pero la ley nueva puede modificar los elementos que están por reunirse, o imponer nuevas condiciones de validez, en tanto el contrato no se encuentre perfeccionado. De tal manera, la regla de que la nueva ley no tiene efectos sobre los contratos en curso, no se aplica a los contratos en curso de constitución, sino solamente a los contratos constituidos. Ello da

cuenta de una observación esencial: desde el punto de vista del derecho transitorio, el período precontractual no puede ser asimilado al contrato mismo” En síntesis el peticionario no cuenta con “situación jurídica perfeccionada” con la vieja regulación, como afirma y la manifestación de su voluntad para aceptar la donación y tener por celebrado el contrato se debe ajustar a la ley vigente al momento en que ésta se produzca (arts. 7 y 1545 Cód. Civ. y Comercial)”

Por este criterio también se expidieron:

- CNCiv., Sala M, “Drucaroff, Diana s/ sucesión *ab intestato*” 22/04/2021 (Cita: TR LALEY AR/JUR/15977/2021) “En la donación nos encontramos ante una situación jurídica en formación, que solo se concluye con la aceptación y, por ello, se le aplica la ley vigente al momento de la aceptación. En consecuencia, las ofertas de donación efectuadas antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial podrán ser aceptadas, pero no será posible después de la muerte del oferente o del destinatario. De acuerdo con el art. 1545 del Cód. Civ. y Comercial, las donaciones emitidas con anterioridad a su entrada en vigencia no pueden ser aceptadas después de la muerte del oferente, desde que no existe una situación o relación ya nacida o agotada”

- CCiv. y Com. Azul, Sala II, “Borrego. N. Á. c. Valtuille. L. A. y otros s/ cumplimiento de contratos civiles/ comerciales” 10/02/2022 (Cita: MJ-JU-M-136077-AR | MJJ136077 | MJJ136077 y Rubinzal Online /// RC J 929/22) “Puesto que el art. 1545 del nuevo Cód. Civ. y Comercial es de aplicación inmediata (art. 7 del Cód. Civ. y Comercial), la vigencia de esta norma vino a aniquilar el derecho a aceptar la donación que hasta ese momento ostentaba el donatario, actor de las presentes actuaciones; en efecto, las ofertas emitidas con anterioridad a su entrada en vigencia no podrán ser aceptadas después de la muerte del oferente, desde que no existe, al tiempo de la entrada en vigencia del nuevo código, una situación o relación ya nacida o agotada.”

- Recientemente el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en sentencia N° 115 del 11/09/2023 dictada en autos “Chaves, Alberto y Mesas, Francisca s/ Sucesión *ab intestato* s/ Casación” (Expte. N° RO-71516-C-0000) tuvo por caduca una oferta de donación fallecido el donante y no aceptada durante la vigencia del Código anterior. En el voto del ministro Apcrian, que hizo mayoría, luego de señalarse que “la nueva solución del Cód. Civ. y Comercial recoge las críticas de la doctrina mayoritaria, que señalaban la incongruencia de la solución adoptada por el Cód. Civil con la naturaleza contractual de la donación; pues si antes de producirse el acuerdo de voluntades fallece una de las partes, no puede haber contrato”, se expresó:

“nos encontramos ante una situación jurídica en formación, que solo se concluye con la aceptación y, por ello, se debe aplicar la ley vigente a ese último momento (cf. Rodríguez Amat, María Florencia - Suárez Belzoni, Marcelo Walter, “Situación de las donaciones de inmuebles y ofertas de donación realizadas en vigencia del Cód. Civil ante la entrada en vigencia de la ley 26.994 (nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)”, public. en *Revista del Notariado* 920, 142, TR LALEY AR/DOC/2532/2016; cf. CNCiv., Sala M, “Papini, Francisco José c. Papini, Andrea Fabiana y otro s/ fijación y/o cobro de valor locativo” del 21/05/2018; *idem* “Drucaroff, Diana s/ sucesión *ab intestato*”, del 22/04/2021).

En consecuencia, las ofertas de donación efectuadas antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Comercial podrán ser aceptadas, pero no será posible después de la muerte del oferente o del destinatario. (cf. Rivera, Julio C. - Medina, Graciela “Código Civil y Comercial Comentado”, T. IV, ps. 674/675, LA LEY, Buenos Aires, 2014).

Las razones que conducen a seguir esta conclusión son variadas: a) como antes se dijo, no se trata de una situación agotada, o concluida a la que se le aplique la ley vigente al momento de su formulación, sino de una actuación en formación, pues no hay contrato mientras no exista aceptación; b) no se está en presencia de una ley supletoria, pues aún no hay contrato, por lo que mal puede hablarse de voluntad contractual presumida; c) las únicas donaciones no aceptadas reconocidas por el Cód. Civ. y Comercial son las del art. 197 para las fundaciones y por el especial sistema del nacimiento de esta nueva persona jurídica. Por todo ello, el art. 1545 es inmediatamente aplicable y las ofertas emitidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civil no pueden ser aceptadas después de la muerte del oferente, desde que no existe, al tiempo de su entrada en vigencia, una situación o relación ya nacida o agotada. (Cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, ps. 157/158, Rubinzal Culzoni, 2015).

En definitiva, a la luz de una mirada conjunta de los arts. 7, 1545 y 796 del Cód. Civ. y Comercial, cabe señalar que las ofertas emitidas con anterioridad a la entrada en vigor del citado Código unificado no podrán ser aceptadas después de la muerte del donante.”

III.E- Descartada la posibilidad de aceptar una oferta que había caducado, recursivamente se apela a la infracción constitucional y/o convencional de la aplicación de la norma vigente.

Y llegado a este punto no puedo resistir la tentación de transcribir algunas reflexiones de Julio César Rivera (“Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia” LA LEY 11/11/2020, 1): “Lo que “no es” la constitucionalización. El peligro que encierra la generalización de la idea de “constitucionalización” es que el derecho privado codificado o legislado sea sustituido por una serie de principios vaporosos que habiliten a los jueces a apartarse de la ley y sustituirla por su propio sentimiento de justicia... Pero lo más grave es que estas ideas calan en la jurisprudencia, y así aparecen émulo locales del *bon juge* Magnaud, que, lisa y llanamente, prescinden de las soluciones del Cód. Civ. y Comercial o de la ley aplicable al caso, para resolver lo que les indica su conciencia, para lo cual siempre van a encontrar el apoyo de algún principio establecido en alguna convención internacional... Y sobre esto ya hemos dicho que no hay nada tan peligroso para el ordenamiento jurídico —en concreto, para la seguridad jurídica garantizada por las decisiones judiciales— como un juez que aplica una teoría prescindiendo de los cánones interpretativos y del método legalmente establecido (en particular, del sistema de fuentes)... Si todo se reduce a la aplicación de una serie de principios más o menos vagos —el interés superior del niño, la familia integrada—, no solo se está limitando el derecho a su función de resolución de casos judiciales, sino, peor aún, se está restando toda relevancia al derecho infraconstitucional y abriendo el cauce a lo que Irti denuncia como puro subjetivismo judicial, absolutamente contradictorio con el funcionamiento de un Estado de derecho... hemos dicho antes de ahora —siguiendo a Elías P. Guastavino— que los “...principios no abren la puerta a una especie de derecho libre o recurso mágico para dejar de fundar una decisión, lo que desafiaría todos los moldes de las construcciones jurídicas propias del legalismo y escaparía a cualquier consideración sistemática del derecho privado”.

No resiste el menor análisis descartar la operatividad inmediata de la norma con el “argumento” de su carácter discriminatorio por violación de la protección integral de las mujeres, en tanto ninguna distinción en fun-

ción del género consagra. Tampoco por lo que he dicho por una presunta e inexistente retroactividad de la ley, que afectara un “derecho adquirido” desconociendo la voluntad del donante.

Y es en relación a este último aspecto que resurge la cuestión que fue incorrectamente desplazada por abstracta en la sentencia en revisión, ya que al margen de su influencia respecto de la validez de la aceptación, en cuanto cuestionamiento a la promesa, también lo tiene en materia de costas y responsabilidad profesional. Y de ella me ocuparé seguidamente.

IV. ¿Por qué la Sra. Puglisi no aceptó la donación en el largo período transcurrido hasta el año 2017?

Ella misma dio la siguiente explicación: “...la cláusula Tercero es bien clara y contundente: Para proceder a la aceptación de la presente oferta de donación, el fallecimiento del donante y su cónyuge deberá ser acreditado por ante mí, Notaria autorizante en este Registro cinco a mi cargo, mediante la presentación de las Pertinentes Partidas de Defunción debidamente expedidas por el Registro Provincial de las Personas. O sea, que para poder inscribir la donación en el Registro de Propiedad a nombre de la donataria, debía indefectiblemente cumplimentar dos pasos: Primero acreditar con las partidas de defunción expedidas por el Registro de las Personas, la muerte de ambos: de Santiago Antonio Mazzocco y de Delfina Elena Campanella. Segundo, dejar constancia de su aceptación por acto notarial. Ambos pasos se cumplieron en el tiempo prefijado por el donante. No podía hacerse antes” (textual de su fundamentación del recurso).

Esta reconocida exigencia, que resulta del párrafo final de la cláusula escrituraria transcrita en el punto I, incontestablemente imponía como condición el fallecimiento del donante. Así incluso resulta de la cláusula primera de la escritura N° ... de aceptación.

Y ello estaba alcanzado por la prohibición del art. 1790 del Cód. Civil (reiterada en el art. 1546 del actual). Como explica Zago (*Cód. Civil*, de Bueres-Highton Hammurabi To. 4D p. 7/8) “La norma, que reproduce la postura de Freitas, quita validez a la promesa que se realiza para que se cumpla luego del fallecimiento del promitente... Ello resulta consecuencia lógica de lo que hemos manifestado respecto a que Vélez consideró a la donación no como simple acto jurídico sino como un contrato celebrado entre el donante, que se obliga a entregar gratuitamente el bien, y el donatario, que debe aceptar prestando su consentimiento para que se formalice la convención bilateral de contenido patrimonial... para que la disposición contenida en el artículo sea aplicable y la promesa de donación sea nula como tal, resulta indispensable que el acto se realice para tener efectos después de la muerte del donante” O como señala Moggia de Samitier (“Código Civil Comentado. Contratos”, Parte Especial Rubinzal Culzoni, To. II, p. 226) “no es admisible que la muerte del donante constituya el hecho que origina la situación jurídica”, como especie de actos mortis causa vedados, a diferencia de los actos *inter vivos in dies mortis dilatati* (ver Guastavino en su comentario a la sentencia *Kodama c. Ferrari*, ED, 173-387).

La imposición de ese requisito era, por otra parte, evidentemente contradictoria con el interlineado “o en vida”, que no aparece en la fotocopia que se acompañó (ver fs. 5/6 del Expte. 9480/2018) y ha sido causa de la redargución de falsedad.

Obviamente la pericia del Calígrafo Hidalgo del 18/11/2021 Expte. 9480/2018 no pudo determinar que haya sido insertada y salvada con posterioridad, teniendo en cuenta la posibilidad de que a través del fo-

tocopiado se hayan suprimido esas partes. Pero ello constituye un elemento indiciario de gran importancia que debe ser conjugado con la declaración testimonial de la Escr. Delménico (fs. 67/68 Expte. 9480/2018), quien al advertir que “estaba condicionado a aceptar después de la muerte y eso no estaba aceptado conforme las normas del Código vigente” le recomendó que fuera a ver a un abogado.

No se me escapa que en la denuncia en el Juzgado Notarial (Expte. 45183/2019 agregado el 09/11/2020 en causa 2825/2017) no se pudo determinar pericialmente en la matriz la adulteración en cuanto al tiempo de ejecución por la inalterabilidad de las tintas empleadas. Empero ello no descarta su falsificación.

El encuadernado del libro de protocolo correspondiente al año 2009, sin haber sido remitido al archivo departamental del Colegio de Escribanos tampoco descarta esa adulteración mecanográfica, ya que no se sabe —y tampoco la Escr. Bosch lo intentó acreditar— cuando ocurrió.

Así como lo obvio no requiere explicación, es imposible justificar lo absurdo. Y por ello al contestar la demanda la escribana Bosch nada dice sobre una interpretación contextual mínimamente aceptable de la inserción de esa cláusula: si la Sra. Puglisi pudiese aceptar la donación en vida de Mazzocco —tal como resulta de la aclaración “casualmente” interlineada— porqué tenía que justificar su fallecimiento para efectuarla (art. 1064 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Ningún sentido inteligente puede asignarse a la cláusula tercera del cuerpo de la escritura con lo incorporado en forma mecanográfica: es totalmente imposible aceptar la oferta en vida de una persona si para ello es necesario acreditar su fallecimiento.

Ello es la prueba más categórica de que el agregado “o en vida”, aunque estuviese salvado de puño y letra de la autorizante al final, no podía estar al momento del otorgamiento de la promesa de donación.

Aunque inválida por la prohibición del art. 1790 Cód. Civil, tiene en cambio coherencia si esa aceptación estaba condicionada al fallecimiento del donante, tal como resulta de la fotocopia.

Ya no se trababa del incumplimiento de su obligación de “operar y asesorar con cautela” (39 Jornada Notarial Bonaerense) en relación a una aceptación con donante fallecido entrado en vigencia el nuevo código, sino de posibilitarla salvando la invalidez originaria de la oferta. Y ello únicamente podía intentarse adulterando materialmente la escritura con la expresión interlineada y salvada (arts. 375,384, 163 inc. 5, Cód. Proc. Civ. y Comercial; 993,994 1001 Cód. Civil; 294,296 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El mal desempeño profesional de la Escr. Bosch (art. 35 incs. 3 y 7 ley 9020) en cuanto a la instrumentación (con lo requisitos formales para su validez como testamento o eventualmente su conversión que permitiese asignarle la calidad de legado) de lo que palmariamente era la voluntad del Sr. Mazzocco (dejar el inmueble a la Sra. Puglisi una vez producido su fallecimiento y de su cónyuge) se “corrigió” con ese interlineado, sin siquiera advertir que con la aceptación, dejando constancia en la cláusula primera (“procede a la entrega de las pertinentes Partidas de Defunción del señor Santiago Antonio Mazzocco... conforme lo estipulado en la escritura de Promesa de Donación Gratuita...”; ver fs. 19/20 Expte. 2825/2017), estaba dando cuenta de ello e imposibilitando su registración (art. 9 inc. a ley 17.801; 1044, 1047 Cód. Civil, 386/7 Cód. Civ. y Com. de la Nación); y ello al margen de resultar extemporánea (Orden de

Servicio 45/2015 Registro de la Propiedad Inmueble Pcial.).

V. Así las cosas, corresponde imponer las costas por la acción de redargución de falsedad en ambas instancias a cargo de la Escribana Bosch (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). No se hacen extensivas las mismas a la codemandada Puglisi en tanto no existe prueba de connivencia en los hechos inherentes a su actuación notarial (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Asimismo se le hace extensiva, con costas, a la notaria demandada, en forma concurrente (arts. 850, 1751, 1766, 1768 Cód. Civ. y Com. de la Nación), la obligación de reparar los daños y perjuicios por los que fuera condenada la Sra. Puglisi. Y ello por cuanto con su incorrecto accionar profesional dio lugar a la apariencia de un derecho que determinó esa ilegítima permanencia, privando a los herederos de la Sra. Campanella de Mazzocco de su detentación y uso.

Así lo voto.

Los doctores *Castro Durán* y *Volta*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Guardiola* dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: —artículo 168 de la Constitución Provincial—, estimo que corresponde: 1) Confirmar la sentencia en cuanto a la invalidez de la aceptación de la promesa de donación; con costas de Alzada a la Sr. Puglisi (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 2) Hacer lugar a la acción de redargución de falsedad de la escritura de promesa de donación, con costas de ambas instancias a la demandada María Marta del Pilar Bosch (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 3) Hacer extensiva, en forma concurrente, la obligación indemnizatoria de daños y perjuicios decidida en la instancia anterior a la codemandada María Marta del Pilar Bosch, con costas de ambas instancias a su cargo 4) Comunicar la presente al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires Delegación Junín a los fines que corresponda. 5) Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria).

Así lo voto.

Los doctores *Castro Durán* y *Volta*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso —artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: 1) Confirmar la sentencia en cuanto a la invalidez de la aceptación de la promesa de donación; con costas de Alzada a la Sr. Puglisi (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 2) Hacer lugar a la acción de redargución de falsedad de la escritura de promesa de donación, con costas de ambas instancias a la demandada María Marta del Pilar Bosch (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 3) Hacer extensiva, en forma concurrente, la obligación indemnizatoria de daños y perjuicios decidida en la instancia anterior a la codemandada María Marta del Pilar Bosch, con costas de ambas instancias a su cargo 4) Comunicar la presente al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires Delegación Junín a los fines que corresponda. 5) Diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria). Regístrese, notifíquese automáticamente, conforme lo dispuesto por el art. 10 del Ac. 4013 SCBA. y oportunamente remítanse al juzgado de origen. — *Ricardo M. Castro Durán*. — *Juan J. Guardiola*. — *Gastón M. Volta*.

# Jurisprudencia

## Cláusula penal

### Ocupación indebida de inmueble. Procedencia Readecuación.

- La ejecución de la cláusula penal es procedente, ya que los emplazados no acompañaron ningún acuerdo firmado con los actores que avale su ocupación una vez vencido el contrato de locación, más allá de las conversaciones mantenidas sobre el punto. Es así que el alegado derecho de retención de la cosa no es útil para detener el progreso de la acción.
- La cláusula penal moratoria implica la previsión del retardo en el cumplimiento de la obligación, cuyo efecto cumple una doble finalidad, no solo fija convencionalmente y por anticipado los daños y perjuicios que la demora imputable al deudor causa al acreedor, sino que, en su función compulsoria, es un medio para constreñir a su acatamiento.
- El importe fijado como cláusula penal se debe readecuar al 8% del arriendo pactado, toda vez que, teniendo en cuenta las circunstancias socioeconómicas al tiempo de celebrar el contrato, en conjunto con el análisis de la finalidad de la cláusula acordada, cabe concluir que la estipulación de dicha cláusula penal suscripta por la partes voluntariamente no se circunscribe exclusivamente a mensurar la privación de la posibilidad locar nuevamente el inmueble, sino que va más allá, tal como la imposibilidad de disponer de su propiedad en el plazo convenido, máxime teniendo en cuenta que se trata de un inmueble utilizado como hotel.

CNCiv., sala K, 29/12/2023. – Crivaro, Ángel Alberto y otro c. González, Ramiro Celestino y otros s/Ejecución.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/181583/2023]

### Jurisprudencia vinculada

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 14/11/2016, "Bedincol S.A. c. Freddo S.A. s/ daños y perjuicios", TR LALEY AR/JUR/96697/2016

### Costas

Se imponen en el orden causado.

### Intereses

Se aplica la tasa activa.

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, 29 de diciembre de 2023.

I- Vienen los autos a conocimiento de este Tribunal a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora, el locatario y los fiadores (todos con fecha 10 de julio de 2023), contra la resolución dictada el 29 de junio de 2023. Los señores Crivaro y Fernandez fundaron el recurso el día 8 de agosto de 2023 y el señor González y los garantes lo replicaron (ver aquí y aquí respectivamente). El locatario y los señores Ana María, Rosa Graciela y Gustavo Daniel D'Alessio y Benito Arnaldo Barletta presentaron los memoriales (fojas

484 / 491 y fojas 484/490) y los actores los replicaron el día 7 de septiembre de 2023 (ver aquí y aquí). Asimismo, el señor Gustavo Daniel D'Alessio fundó el recurso de apelación concedido con efecto diferido el día 7 de junio de 2022 (v. memorial del 9 de julio de 2023) y los accionantes lo contestaron el 14 de agosto de 2023.

II- En la resolución impugnada, el juez de la anterior instancia rechazó la excepción de inhabilidad de título articulada por los señores González y Fernández -locatarios- y por los fiadores, señores Ana María, Rosa Graciela y Gustavo Daniel D'Alessio y Benito Arnaldo Barletta. Asimismo, admitió la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por la señora María Rosa Cea, con costas a los actores y no receptó el pedido de morigeración de la cláusula penal prevista para el caso en que no se restituyera el inmueble en tiempo oportuno. Respecto de esta última incidencia impuso las costas en el orden causado. En consecuencia, ordenó llevar adelante la ejecución hasta que los ejecutados hagan íntegro pago a los actores de las sumas adeudadas, con más sus intereses, de conformidad con lo pactado en el contrato de locación y las costas de la ejecución.

Los ejecutantes cuestionaron los intereses fijados, pues entendieron que corresponde aplicar la tasa activa que solicitaron en la demanda. Recalaron que se vieron privados por un año de un inmueble de gran envergadura por lo que no debe beneficiarse a los demandados con una tasa que fue fijada en un contexto económico inexistente a la fecha.

Además, se agravieron de la imposición de costas por su orden en la incidencia respecto al pedido de morigeración de la cláusula penal.

El locatario y los garantes también apelaron el pronunciamiento de grado en cuanto rechazó la excepción de inhabilidad de título.

Sostuvieron que la negativa a tramitar el expediente bajo la modalidad del proceso ordinario perjudicó su defensa. Señalaron que alquilaban el inmueble de la parte actora desde hacía muchos años y que para conseguir el certificado de habilitación correspondiente al inmueble como hotel resultó necesario equiparlo e incorporar numerosos baños a las habitaciones que no lo tenían. Precisaron que en el último contrato de locación vigente entre las partes, se pactó en la cláusula segunda una duración de tres años "con opción a dos años más a el locatario (sic) previo acuerdo de las partes". No obstante, indicaron que los actores frustraron cualquier negociación con peticiones impracticables, forzando la pérdida de todo lo invertido sin siquiera aceptar mantener una reunión con un grupo interesado en continuar con la explotación del inmueble.

Así, sostuvieron que aun antes del vencimiento del plazo contractual y sin respetar la opción del locador para continuar el contrato por dos años más, los actores remitieron cartas documentos intimando la entrega del inmueble en el plazo de 48 horas, cerrando así toda posibilidad de negociar el nuevo valor locativo para hacer uso de su derecho a prórroga por dos años y planteando un plazo en el cual resultaba imposible desalojar a todos los pasajeros del hotel.

Destacaron que ante el fracaso en la renovación del alquiler, comenzaron las reuniones para negociar el valor llave del fondo de comercio, integrado principalmente por la

habilitación para afectar el inmueble a la explotación hotelera y el equipamiento necesario para poner en marcha un hotel (camas, colchones, sábanas, toallas, televisores, etcétera). Señalaron que luego de numerosas reuniones donde se propusieron diferentes alternativas, acordaron que permanecerían explotando el inmueble hasta el 28 de febrero de 2019 sin abonar alquiler y que les sería devuelto el depósito en garantía de U\$7.000 sin ninguna deducción. Asimismo, luego comenzaron a discutir una suma adicional en dólares que debían abonar los actores para cerrar la operación. Dijeron que los accionantes ofrecieron U\$12.000 y su parte reclamaba U\$20.000.

En el marco de estas negociaciones una pasajera se quitó la vida dentro del hotel, lo que tomó estado público y motivó que los actores -asustados por esa novedad- reclamaran la restitución del inmueble mediante carta documento (CD del 19 de diciembre de 2018).

Así las cosas, dijeron los apelantes que el 20 de diciembre contestó la carta documento intimando a los actores a ratificar o rectificar si desistían unilateralmente de su propuesta de recibir el hotel el 28 de febrero de 2019 y de compensar los perjuicios mediante los mecanismos acordados hasta ese momento (no percibir alquileres por el mes de septiembre hasta la entrega del bien, devolución de U\$7.000 y abonar una suma entre U\$12.000 y U\$20.000 sobre la que aun no había acuerdo). Así, entendieron que el silencio de los actores al respecto implicaba un negocio jurídico completo que no podía desconocerse. Por estos argumentos, señalaron que su parte contaba con el derecho a retener la cosa locada hasta que los actores cumplieran con lo acordado.

Cuestionaron, además, que el magistrado de grado mandara llevar adelante la ejecución por los importes reclamados por impuestos, tasas y servicios sin fundar tal decisión.

Finalmente, se agravieron de que el magistrado de grado rechazara la morigeración de la cláusula penal pactada en el contrato -20% del arriendo mensual por cada día de ocupación indebida (v. cláusula décimo tercera)-.

Sostuvieron que el monto de la pena resulta manifiestamente desproporcionado que, según sus cálculos, implica un 600% de incremento del alquiler los meses de 30 días y de 620% los de 31. Por ello, solicitaron que se deje sin efecto la sentencia en este punto y se fije un límite razonable al valor a abonar por el uso del inmueble por la duración de la negociación con los propietarios y hasta su efectiva entrega que cuantifican en el doble del alquiler mensual.

El fiador, señor Gustavo Daniel D'Alesio, apeló la imposición de costas dispuestas en la decisión del 23 de mayo de 2022 que rechazó la caducidad de instancia planteada el 10 de mayo de 2022.

III- Corresponde, en primer término, examinar el recurso de apelación concedido con efecto diferido el 7 de junio de 2023 (articulado el 31 de mayo de 2022), contra las costas impuestas en resolución del 23 de mayo de 2022.

Hemos sostenido en reiteradas oportunidades que el Tribunal de segunda instancia, como juez del recurso de apelación puede rever el trámite seguido en la instancia anterior, tanto en lo relacionado con su concesión, como en lo referente a la presentación de los memoriales.

En efecto, la Cámara de Apelaciones tiene la potestad de examinar la admisibilidad del recurso, así como la forma de su concesión, pues sobre el punto no se encuentra ligado por la conformidad de las partes ni por la resolución del juez concedente, aun cuando esta se encuentre consentida. Este examen, por lo demás, puede hacerlo de oficio.

Desde esta perspectiva, se advierte que el artículo 317 del Código Procesal dispone que la resolución sobre la caducidad de instancia solo será apelable cuando fuere declarada procedente.

La regla de inapelabilidad establecida por el citado artículo abarca tanto a la decisión principal de rechazo de la caducidad de la instancia como el pronunciamiento accesorio sobre costas, toda vez que no resultaría posible emitir juicio acerca de estas sin hacerlo también respecto de aquella. El principio de inapelabilidad no cede, aun cuando la pretensión de hacer viable el recurso cuestiona el fundamento en que se basó el señor juez a quo al rechazar el pedido de caducidad (conf. Roberto G. Loutayf Ranea; Julio C. Ovejero López "Caducidad de la instancia", 2ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión, p. 626, Editorial Astrea).

Así pues, siguiendo dicha línea argumental, este tribunal considera que debe declararse mal concedido el recurso de la apelación articulado el 31 de mayo de 2022 ya que, como se dijo, las costas -al ser accesorias al fondo de la cuestión- siguen la misma suerte. Lo contrario implicaría revisar en la alzada los fundamentos del incidente de caducidad, situación está vedada por la ley adjetiva para el caso en examen (conf. CNCiv., esta Sala, "F. L. E. c/ E. G. S. SA s/Ds y Ps", del 27/9/2022; íd., "Cons. de Prop. R. c/ M., A. M. s/ Interdicto", del 25/9/2015, íd. "R., M. I. c/ S., C. G. s/ Ejecución de acuerdo-Mediación, del 15/2/2014).

IV- En cuanto al fondo de la cuestión y a fin de decidir las diversas cuestiones sometidas a consideración de este Tribunal, resulta de utilidad destacar que, en el caso, los accionantes, señores Ángel Alberto Crivaro y Eugenio Raúl Fernández, promovieron demanda ejecutiva por el cobro de cláusula penal por la ocupación indebida del inmueble ubicado en la Avenida de Mayo ... una vez vencido el contrato de alquiler -período septiembre 2018 a marzo 2019-. Demandaron al locatario, señor Ramiro Celestino Gonzalez y los fiadores, Ana María D'Alesio, Rosa Graciela D'Alesio, Benito Arnaldo Barletta, Gustavo Daniel D'Alesio y María Rosa Cea (ver escrito de demanda de fojas 105 / 113).

Los demandados contestaron esta primera intimación de pago y opusieron excepción de inhabilidad de título. Además solicitaron la revisión y morigeración de la cláusula penal (escritos de fojas 162/175 y 239/50).

La señora Cea, por su parte, opuso excepción de falta de legitimación pasiva por no suscribir el contrato de locación. Los actores se allanaron a la excepción articulada y pidieron la imposición de costas en el orden causado. Conferido el traslado de rigor (fojas 291), la ejecutada se opuso (fojas 314).

Luego, en lo que aquí interesa, los actores ampliaron la ejecución, reclamando el pago de la cláusula penal por los meses de marzo a agosto de 2019 -\$838.400, v. escrito de fojas 329- y el pago de los impuestos y servicios adeudados -\$288.525,91 v. escrito de fojas 333-. El día 17 de diciembre de 2019 el juez de grado tuvo por ampliada la ejecución en los términos del artículo 540 del Código Procesal y a los fines de la intimación al

pago, ordenó librar el correspondiente mandamiento a todos los ejecutados.

No obstante, antes de que ello suceda, el día 11 de agosto de 2020 se dictó la sentencia de remate que este Tribunal revocó el día 20 de abril de 2021, pues el magistrado hizo mérito de las cuestiones que integraban la ampliación de demanda admitida el 17 de diciembre de 2019 cuando esta no había sido aun sustanciada.

Así las cosas, esta Sala dejó sin efecto la sentencia dictada por prematura y encomendó a la instancia de grado continuar el trámite de las actuaciones con el nuevo juez a cargo de ese órgano.

En este contexto, una vez recibidas las actuaciones en primera instancia se dio cumplimiento con la intimación de pago ordenada respecto de la ampliación admitida el 17 de diciembre de 2019. Al contestarla, los ejecutados plantearon excepción de inhabilidad de título. Además, solicitaron nuevamente la limitación de la cláusula penal y cuestionaron los importes reclamados en materia de servicios, tasas y contribuciones.

Los accionantes contestaron el traslado y señalaron que la cláusula penal pactada fue fijada de común acuerdo con el locatario y garantes en vista a la envergadura del inmueble y al destino que se le iba a dar, ya que es un inmueble de cuatro pisos y 20 habitaciones y durante la ocupación indebida -desde el 7 de septiembre de 2018 al 9 de agosto de 2019- arrojaba una ganancia sustancialmente mayor a la fijada como cláusula penal.

Destacaron que los servicios se dejaron de pagar y que las reparaciones no se hicieron, provocando la desvalorización del inmueble.

En este contexto, el 29 de junio de 2023 se dictó la nueva sentencia de remate que: (i) tuvo presente el allanamiento formulado y, consecuentemente, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la señora María Rosa Cea, rechazando la ejecución respecto de ella, con costas a la parte ejecutante; (ii) mandó llevar adelante la presente ejecución hasta hacerse a los acreedores íntegro pago del capital adeudado con más los intereses que convinieran las partes en el contrato de locación y las costas (art. 558 del mismo cuerpo legal) y (iii) rechazó el planteo de morigeración de la cláusula penal efectuado por los ejecutados, con costas por su orden, atento la naturaleza de la cuestión debatida y su directa relación con una pauta interpretativa efectuada por el suscripto respecto del contrato que los uniera (conf. arts. 68 y 69 del CPCCN).

IV-1. Por una cuestión de orden metodológico, en primer término se estudiarán los agravios articulados por el locador y los garantes atinentes a la excepción de inhabilidad de título.

Como es sabido, esta excepción se configura cuando se cuestiona la idoneidad jurídica del título, sea por no constar entre los mencionados por la ley, por no reunir los requisitos a que está condicionada su fuerza ejecutiva o a la falta de legitimación procesal del ejecutante o ejecutado por no ser las personas que figuran en el título como acreedor o deudor (Conf., Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", Tº VII, p. 414 y 424; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tº 2, p. 763).

Solo puede discutirse bajo esta excepción los casos en los cuales quien se presenta como ejecutante no es el titular del derecho invocado o el demandado no es el obligado al pago o del título no resulta obligación alguna o está pendiente de plazo o de condición suspensiva o la obligación expresada en

el título no es de dar suma líquida de dinero (conf. Highton-Areán, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo 10, p. 255, Ed. Hammurabbi).

Como se advierte de la síntesis efectuada precedentemente, en el caso, los actores no reclamaron el pago del canon locativo, sino el de la cláusula penal por los meses en que alegaron que duró la ocupación indebida (una vez vencido el contrato firmado el 7 de septiembre de 2015) y el pago de los impuestos y servicios relativos al inmueble (v. escrito del 11 de diciembre de 2019). Así, por el primer concepto, los actores reclamaron la suma de \$2.112.000 (ver escritos de inicio y de fojas 329) y por el segundo la de \$288.252,91 (ABL -40%-: \$37.685,96; AYSA: \$212.253,95; Edesur: \$11.412; Metrogas: \$26.901).

El artículo 520 del CPCC, en lo que hace al debate propuesto ante esta Alzada, establece que se procederá ejecutivamente siempre que en virtud de un título que traiga aparejada ejecución, se demandare por obligación exigible de dar cantidades líquidas de dinero o fácilmente liquidables (primer párrafo). Además, en el caso de los contratos de alquileres de inmuebles -como es este supuesto- la acción ejecutiva se extiende a cualquier otra deuda derivada de la locación, encontrándose amparados con el proceso ejecutivo la repetición de impuestos y suministros que estaban a cargo del inquilino (art. 1208,CCCN).

En lo que refiere a la cláusula penal la defensa de los emplazados apunta a cuestionar la procedencia de la multa en tanto entendieron que no se trató de una ocupación ilegítima sino que su parte contaba con derecho a retener la cosa locada.

Señalaron que en el marco de la relación contractual que los unía se pactó en la cláusula segunda un plazo de duración del alquiler por tres años con opción a dos años más a el locatario, previo acuerdo de partes. Resaltaron que antes del vencimiento del plazo contractual, y sin respetar la opción del locador para continuar el contrato por dos años más, los actores remitieron cartas documentos intimando a la entrega del inmueble, cerrando toda posibilidad de negociar el nuevo valor locativo.

Acompañaron esas cartas documentos y prueba documental -intercambios de correos electrónicos- que dan cuenta del proceso de negociación en el que se encontraban. Sin embargo, indicaron que esa instancia negocial se frustró porque los actores efectuaron lo que calificó de peticiones impracticables.

Ahora bien, como se indicó en el trámite ejecutivo, la defensa articulada -inhabilidad del título- solo puede fundarse en las irregularidades que el título pueda adolecer en sus formas extrínsecas, lo que no sucede en el caso.

Nótese que, en su defensa, de los demandados alegaron haber ejercido su derecho a retener el bien en el marco de la negociación que estaban llevando a cabo con los actores para determinar la prórroga del contrato o la forma en la que se entregaría el bien y sus derivaciones. Empero, lo cierto es que el vencimiento del contrato operó el día 7 de septiembre de 2018 y no se probó en autos que el mismo se haya prorrogado.

Por el contrario, surge de la carta documento enviada el día 18 de agosto de 2018, es decir, un mes antes del vencimiento del contrato, que los actores intimaron a desocupar el inmueble (CD N°942968554 y N°942968537 agregadas a fojas 14 y 15 del expediente conexo "Crivaro, Angel Alberto y otro c/ Gonzalez, Ramiro Celestino s/ desalojo", n°9395/2019).

Aun en la hipótesis que plantearon los apelantes, no es posible atribuir al período de negociación las proyecciones que pretenden. Ello pues, en el marco cognoscitivo que este tipo de procesos ofrece, lo cierto es que se logró acreditar el vencimiento del contrato pactado el día 6 de septiembre de 2018 y la efectiva desocupación realizada el día 9 de agosto de 2019, luego del acuerdo celebrado en el juicio de desalojo (v. fojas 171 y fojas 175/179 del expediente n°9395/2019 que en este acto se tiene a la vista).

Y los emplazados no acompañaron ningún acuerdo firmando con los actores que avalen su ocupación una vez vencido el contrato, más allá de las conversaciones mantenidas sobre el punto. Es así que el alegado derecho de retención de la cosa no es útil para detener el progreso de la acción. Nótese que no hay prórrogas firmadas, ni otro extremo que acredite la conformidad de los actores en la ocupación del inmueble.

La sola previsión contractual a la que refieren los ejecutados respecto a la posibilidad de prorrogar por dos años más el contrato no justifica su proceder puesto que esa opción estaba supeditada al acuerdo de las partes (v. cláusula segunda), lo que claramente no ocurrió en el caso.

En lo que respecta al agravio relativo al reclamo por impuestos y servicios tampoco puede ser admitido. En efecto, atento lo pactado por las partes en el contrato que funda la ejecución (ver cláusula cuarta) y en vista a su naturaleza, deben ser considerados como deuda derivada de la locación, en los términos del artículo 1208 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que justifica su reclamo en el presente juicio ejecutivo y su correspondiente pago al acreedor en la forma en la que fueron acordados.

En base a estas consideraciones, corresponde confirmar la sentencia de grado que desestimó la excepción de inhabilidad del título.

IV-2 Respecto de la morigeración de la cláusula penal por el incumplimiento de restituir el inmueble en el plazo acordado, debe destacarse que la cláusula penal moratoria implica la previsión del retardo en el cumplimiento de la obligación, cuyo efecto cumple una doble finalidad, no solo fija convencionalmente y por anticipado los daños y perjuicios que la demora imputable al deudor causa al acreedor, sino que, en su función compulsoria, es un medio para constreñir a su acatamiento.

Cabe apreciar que, al haberse celebrado válidamente, el contrato es obligatorio para quienes lo suscribieron, pues, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes fijaron libremente sus cláusulas (contrato paritario). Sin embargo, como su inmutabilidad es relativa, quien juzga tiene la potestad para reducir las penas a sus justas proporciones si se configuran los requisitos previstos en el artículo 794, segundo párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación. Incluso tal facultad puede ser ejercida de oficio. Así pues, el análisis de la exorbitancia o no del monto de la pena se encuentra librado al prudente arbitrio judicial.

En efecto, la citada norma legal autoriza a los jueces y juezas a reducir las cláusulas penales cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta el valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configura un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

Dos son los presupuestos para su procedencia, uno objetivo (monto desproporcionado de la pena pactada) y otro subjetivo (el aprovechamiento de la situación del deudor).

Desde este punto de vista, se aprecia que la multa pactada en concepto de cláusula penal de 20% del valor del arriendo mensual por cada día de la ocupación indebida resulta manifiestamente excesiva. Nótese que el alquiler pactado ascendía entre los meses de septiembre de 2017 y agosto de 2018 a la suma de \$32.000 mas IVA (cláusula tercera del contrato) y la cláusula penal -20% diario del arriendo mensual- ascendería a la suma de \$192.000 mensuales, lo que representa un 500% del valor del alquiler. Así pues, siendo que en el supuesto de notable desproporción, hipótesis que se presenta en estos obrados, se presume el elemento subjetivo y corresponde su morigeración.

De manera que, teniendo en cuenta las circunstancias socioeconómicas al tiempo de celebrar el contrato, en conjunto con el análisis de la finalidad de la cláusula acordada, cabe concluir que la estipulación de dicha cláusula penal suscripta por la partes voluntariamente no se circunscribe exclusivamente a mensurar la privación de la posibilidad de locar nuevamente el inmueble, sino que va más allá, tal como la imposibilidad de disponer de su propiedad en el plazo convenido, máxime teniendo en cuenta que se trata de un inmueble utilizado como hotel. Por ello, por los fundamentos antes expuestos y en virtud de la facultad conferida por el ordenamiento legal (art. 794, CCCN) se considera que conforme el estudio de las presentes actuaciones y atento la facultad que posee la magistratura, se admiten los agravios sobre el punto y se readecua el importe fijado por las partes en concepto de cláusula penal al 8% mensual del arriendo pactado.

Finalmente, en cuanto al agravio relativo a la imposición de costas respecto de esta incidencia, en atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dado la forma en la que se decide, las costas se imponen en el orden causado valorando las particularidades y complejidad del caso de autos (arts. 68, segundo párrafo y 69, CPCCN).

V- El señor magistrado mandó llevar adelante la presente ejecución hasta hacerse al acreedor íntegro pago a los acreedores del capital adeudado con más los intereses que convinieron las partes en el contrato de locación y las costas.

Se quejan los apelantes en el entendimiento que resulta exíguo establecer por todo concepto la suma de 36% anual. Solicitaron, en consecuencia que se fije la tasa activa de cartera general del Banco Nación, como reclamaron en la demanda (v. punto 2 del escrito de fojas 105/113 y liquidaciones efectuadas a fojas 110, 329 y 333).

Partiendo de la base de que ninguna de las partes cuestionó la procedencia de intereses en el caso, lo que debe analizarse es qué tasa corresponde aplicar al incumplimiento del pago de la multa pactada por la demora en la restitución del inmueble locado una vez vencido el contrato y al pago de los impuestos y servicios referidos en el punto IV relativos al inmueble de la Avenida de Mayo ...

En primer lugar, cabe advertir que el magistrado de grado dispuso que los intereses que deben computarse son los que las partes acordaron en el contrato y no la de 36% anual que refiere el apelante. Nótese que al remitir a lo resuelto en el decisorio que fue revocado por esta Sala, lo hizo respecto a "la defensa opuesta por la señora Cea y su apartamento del proceso con costas a la parte ejecutante y a lo que resolviera en relación con la inhabilidad de título que opusieran los restantes ejecutados" (v. punto 2 de la resolución del 29 de junio de 2023). Pero al especificar la tasa de interés aplicable en la parte resolutoria, ordenó llevar adelante la ejecución hasta hacerse al acreedor "íntegro pago del capital adeudado con más los intereses que convi-

nieran las partes en el contrato de locación y las costas” (v. parte resolutive de la decisión apelada).

No obstante, se advierte que los intereses previstos por las partes en el contrato fueron los referidos a la mora en el pago de los alquileres, que -como se indicó- no es la obligación reclamada en este proceso. Al respecto acordaron que “la mora en el pago de los alquileres se producirá en forma automática por el mero transcurso del tiempo sin necesidad de interpelación ni gestión previa de ninguna naturaleza. Producida la mora, los alquileres deberán abonarse con interés compensatorio del uno por ciento mensual acumulativo y un interés punitivo del tres por ciento mensual acumulativo”.

Empero, no se pactaron los intereses para las obligaciones que aquí se ejecutan -multa y pago de impuestos y servicios- (ver cláusulas cuarta y decimotercera).

Por ello, es que no es posible acudir al pacto sobre los intereses previsto para el caso de mora en el pago de los alquileres para establecer la tasa de las demás obligaciones convenidas.

Como es sabido, los intereses moratorios constituyen la indemnización debida por el deudor de dinero que es el responsable por los daños e intereses que su morosidad causa al acreedor en el cumplimiento de la obligación, de modo que el pago de los acrecidos se anexa como accesorio a la prestación debida de dar el capital (ver esta Sala en “Dellavedova, Marcelo Fabián c/ Segura Gastón María y otros s/ daños y perjuicios” del 5 de noviembre de 2021).

Al respecto, el artículo 768 del Código Civil y Comercial establece que si no hay intereses acordados -como en el caso- en ausencia de disposiciones de leyes especiales, la tasa de los intereses moratorios se justiprecia según las reglamentaciones del Banco Central. Y en tal inteligencia, se resalta que tal entidad admite la tasa activa prevista en la doctrina plenaria “Samudio”.

En esta inteligencia, no se advierte ninguna razón -no hay tasa legal ni convenida al respecto- para apartarse de la tasa activa establecida en el fallo “S amudio de Martínez c/ Ttes. 270 S.A. s/ daños y perjuicios” que con la morigeración dispuesta en el punto IV (cfr. arts. 771 y 794, CCCN) se juzga prudente y razonable en atención a la realidad económica imperante en el país.

Por ello, esta Sala considera que asiste razón a los recurrentes en cuanto a que corresponderá aplicar la tasa activa.

VI- Por tales consideraciones, el Tribunal resuelve: 1) declarar mal concedido el recurso de apelación articulado el 31 de mayo de 2022, con costas en el orden causado en atención a la forma en la que se decide (arts. 68 y 69, CPCCN); 2) modificar la decisión apelada readecuando el porcentaje convenido por las partes en concepto de cláusula penal y se readecua el importe fijado por las partes en concepto de cláusula penal al 8% mensual del arriendo pactado, con costas en el orden causado; 3) modificar la tasa de interés estableciendo que debe aplicarse al caso la tasa activa conforme lo dispuesto en el punto V del presente pronunciamiento; 4) confirmar en lo demás que fue materia de agravios la decisión apelada.

Regístrese de conformidad con lo establecido con los arts. 1 de la ley 26.856, 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN; a tal fin, notifíquese a las partes por Secretaría. Cumplido ello, devuélvase a la instancia de grado. — *Beatriz A. Verón.* — *Silvia P. Bermejo.*

## Medidas cautelares

**Falta de cumplimiento de los requisitos. Rechazo. Reincorporación a Gendarmería.**

Se rechaza la medida cautelar innovativa peticionada a fin de pedir la reincorporación del actor a las filas de la institución, ya que en cuanto a la verosimilitud en el derecho, la sola mención de cuestiones de salud en el actor y en la existencia de hijos menores para sostener la presunta tacha de arbitrariedad o ilegalidad en el acto administrativo (la que tampoco está peticionada *stricto sensu*) de lo ocurrido en sede administrativa y que provocaron su destitución no alcanza para cumplimentar este recaudo, pues resulta necesario incorporar elementos de juicio contundentes que demuestren —en el grado provisorio del juzgamiento precautorio— la colisión del acto administrativo cuestionado con el derecho o garantía constitucional invocadas; pruebas efectivas que no menciona el apelante

**CFed. Posadas, 29/12/2023. - S., M. H. c. Gendarmería Nacional Argentina s/ Medida cautelar autónoma.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/182995/2023]

### Jurisprudencia vinculada

Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, 30/08/2022, “Acosta, Oscar y otros c. Estado Nacional - Mrio de Seguridad Gendarmería Nacional s/ Inc. de medida cautelar”, TR LALEY AR/JUR/122775/2022

**2ª Instancia.** - Posadas, diciembre 29 de 2023.

*Vistos:* 1) Que, en fecha 07/09/2023 el juez de grado resuelve rechazar la medida cautelar innovativa peticionada por el Sr. M. H. S., conforme los argumentos expuestos en los considerandos y la normativa aplicable al caso concreto e impone las costas al actor, en virtud de lo expuesto en los considerandos y conforme el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 18 de la Ley N° 26.854.

Que, para así decidir consideró que no están cumplidos los requisitos de las medidas cautelares, específicamente los de la Ley 26.854.

Sostuvo el magistrado de la anterior instancia que “respecto a la reincorporación del Sr. S. a las filas de la Institución hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, se debe tener presente la presunción de validez de la que gozan los actos administrativos y, estando frente a una medida cautelar innovativa que es aún más excepcional, la actuación del juez se debe limitar, atendiendo la correcta división de poderes y únicamente si surgen con claridad todos los requisitos previstos en el art. 14 de la Ley N° 26.854”.

En primer lugar, considera que no está acreditada la verosimilitud del derecho “en tanto el actor se limita a referenciar a cuestiones que van a ser tratadas en el objeto principal, sin incorporar ninguna prueba tendiente a acreditar aquella verosimilitud, requisito ineludible para la concesión de la misma” y que “no se debe perder de vista que la situación por la que se la deja afuera de las filas de la fuerza al actor, pudo generar la desconfianza de la Institución y, como se dijo con anterioridad, tratándose de actos que se presumen legítimos, no se pueden poner en dudas y menos otorgar este tipo de medidas que, al disponer la

reincorporación del Sr. S., se estaría afectando gravemente esa división de poderes”.

Que, no considera viables los certificados médicos presentados por el actor, expedidos por psicólogos y psiquiatras particulares ya que “no se debe perder de vista que lo que refiere a enfermedades mentales, se requieren pericias médicas que deben ser realizadas por profesionales designados por el tribunal, a los fines de tener un diagnóstico dotado de objetividad, no afectar derechos de ninguna de las partes y llegar a una solución ajustada a derecho”.

En cuanto a la introducción de tema respecto a que el actor tiene hijos menores que quedarían desprotegidos, el *a quo* sostuvo que “...desde ya se dejará aclarado que a diferencia de otros casos donde este mismo juzgador consideró la situación de salud de menores en cuestión de hijos de agentes desvinculados de las fuerzas de seguridad, en las presentes actuaciones no se invocó —y mucho menos acreditó— una enfermedad que exija un tratamiento médico concreto que pueda verse afectado en perjuicio de los hijos menores del actor, circunstancia que si se suscitó en otros supuestos, por lo que no resulta aplicable tal criterio”.

Que, en cuanto al interés público, el juez de grado consideró que “surge evidente, dado que es misión de la Gendarmería Nacional proteger a toda la comunidad y en cumplimiento de ese deber debe velar porque sus agentes obren acorde a su reglamentación y que, además, en virtud del acotado margen probatorio, no se advierte un obrar ilegítimo de la demandada y, que como ya se aclaró, para proceder a ordenar la reincorporación del accionante no es suficiente con sus dichos, ni las pruebas aportadas u ofrecidas, porque más allá de que para este tipo de medidas no se requiere certeza, por tratarse de una cuestión de seguridad pública, esta situación debe ser tratada de un modo restrictivo”.

En apoyo de su postura el *a quo* menciona jurisprudencia de esta Cámara *in re*: Expte. N° 820/10 Arregín, Luis Fernando y otros c. ENA - Min. De Justicia y DDHH - SPF s/ medida cautelar innovativa, donde se dijo: “...Cuando lo que se pretende es una medida innovativa, que por su propia naturaleza requiere ser más estricto al momento de juzgar la procedencia de la misma, dado que tiene por finalidad modificar un acto administrativo que se encuentra firme, ...a los restantes requisitos se adiciona la irreparabilidad del perjuicio, y su otorgamiento es de carácter excepcional. En igual sentido se ha expedido la doctrina: Dado que la medida cautelar innovativa altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, configurando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, requiere una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, más aún cuando se trata de revertir una actuación administrativa que en principio goza de presunción de legitimidad de la que deriva su ejecutoriedad”.

Finalmente, entiende el juez que nos antecede que admitir la medida precautoria implicaría emitir opinión sobre el fondo de la cuestión que, en definitiva, configuraría un anticipo sobre el pronunciamiento final del proceso, en consecuencia, tratándose de acto administrativo que se presume válido y que no surgen con claridad de las pruebas aportadas por el actor los requisitos imprescindibles para el otorgamiento de dicha medida precautoria, rechaza la cautela solicitada.

2) No conforme con ello, el actor apela y funda, sosteniendo en su memorial frente

a esta Alzada que el *a quo*, equivocadamente, hace una interpretación errónea respecto a la pretensión ya que su parte solicita que “prohíba innovar su situación de revista y por ello lo que se pretende es una medida innovativa, que por su propia naturaleza requiere ser más estricto al momento de juzgar la procedencia de la misma, dado que tiene por finalidad modificar un acto administrativo que se encuentra firme, y que la Resolución Interlocutoria que rechaza la procedencia de la medida cautelar está basada en la idea de que su parte solicita la “reincorporación” del actor a la Gendarmería Nacional, “constituyendo un error respecto al objeto de la medida cautelar, y conlleva a que todo el desarrollo de lo resuelto por el *a quo* termine por ser desacertado”.

Que, introduce la queja respecto al rechazo del *a quo* de los certificados médicos aportados a la causa ya que, “de hacerse efectiva la destitución de su parte, afectaría gravemente y de forma directa tanto al tratamiento de su salud mental como a la subsistencia de sus hijos menores de edad, quienes verán vulnerados por el mismo Estado cuyo deber es protegerlos, violando así los tratados y las leyes respecto a la protección de niños, niñas y adolescentes que rige en nuestro país (como la Convención de los Derechos del Niño), e ignorando completamente el interés superior del niño que actualmente es de vital importancia en nuestro sistema legal”.

Que, remarca “la falta grave que se ha cometido en este mismo proceso debido a que en ningún momento se ordenó correr traslado de las actuaciones al Ministerio Pupilar para darle la debida intervención al Defensor Público, lo cual constituye un vicio de nulidad, tomando en cuenta que hay menores de edad que se verán afectados por lo que se resuelva en el proceso, implicando este hecho una total falta de interés de parte del *a quo* en velar por los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y respecto del interés superior del niño”.

Que, en cuanto al peligro en la demora, sostiene que del propio escrito inicial de su parte y lo expuesto en este memorial, está más que demostrado, atento la prevalencia de una enfermedad mental que requiere de tratamientos continuados y la existencia de niños menores de edad que se verán indudablemente afectados por lo que se resuelva en este proceso y en el principal.

Que, aduce también discriminación a su parte ya que el *a quo* resolvió en la causa FPO 3024/2023 “Esteche, Erasmo Elicer c. Gendarmería Nacional Argentina s/ medida cautelar autónoma”, hacer lugar a la medida cautelar, debido a que en el mismo efectivamente se corrió vista al Ministerio Pupilar, y fue el Defensor Público quien se expresó al respecto, ya que había menores involucrados.

Por último, manifiesta que asumió “la responsabilidad de hacerse cargo de los perjuicios ocasionados en caso de que la medida cautelar solicitada no correspondiera por falta del derecho, con lo cual la contracautela, también está cumplimentada”.

3) Corrido el traslado pertinente, el ENA-GNA, contesta los agravios y aduce que “el actor funda la verosimilitud del derecho con argumentos y pruebas que hacen a la cuestión de fondo (nulidad del acto) no acreditando dicho requisito, mas solo lo remite a dichas circunstancias que deberán ser comprobadas en base a un debate probatorio mucho más amplio para llegar a una decisión fundada y ajustada a derecho” y que “respecto a la

reincorporación del Sr. S. a las filas de la Institución, se debe tener presente la presunción de validez de la que gozan los actos administrativos y, estando frente a una medida cautelar innovativa que es aún más excepcional, la actuación del juez se debe limitar, atendiendo la correcta división de poderes y únicamente si surgen con claridad todos los requisitos previstos en el art. 14 de la Ley N° 26.854”.

4) Así las cosas y cumplida la vista al Ministerio pupilar esta Cámara está en condiciones de resolver.

Que, en autos FPO 9454 /2022/CA “Peyra, Eliana Belén c. Gendarmería Nacional Argentina - Ministerio de Seguridad s/ nulidad de acto adm.”, del 13/09/2023, esta Cámara sostuvo que “la verosimilitud del derecho, en casos donde se enfrenta con el principio de ejecutividad de un acto administrativo, que a su vez se basa en la presunción de legitimidad y validez, solo

puede configurarse cuando la fuerza de convicción de los datos que debe aportar quien pide la suspensión o el cese de los efectos desvanezca tal presunción, sin entrar directamente en la cuestión de fondo”.

En efecto, en cuanto a los agravios expresados, no tienen la virtualidad suficiente para desacreditar lo resuelto por el *a quo* en fecha 07/09/2023.

En efecto, en cuanto a la verosimilitud en el derecho, la sola mención de cuestiones de salud en el actor y en la existencia de hijos menores para sostener la presunta tacha de arbitrariedad o ilegalidad en el acto administrativo (la que tampoco está peticionada *stricto sensu*) de lo ocurrido en sede administrativa y que provocaron su destitución, no alcanza para cumplimentar este recaudo, pues resulta necesario incorporar elementos de juicio contundentes que demuestren —en el grado provisorio del juzgamiento precautorio— la colisión

del acto administrativo cuestionado con el derecho o garantía constitucional invocadas; pruebas efectivas que no menciona el apelante.

Que, en efecto, de la lectura del acto administrativo cuestionado surge el hecho debidamente explicitado por el cual resultara procesado en sede penal el Sr. S., miembro de la Fuerza de Seguridad del Estado, Gendarmería Nacional Argentina, siendo el acto donde se lo deja fuera de las Gendarmería Nacional Argentina, dictado dentro de la discrecionalidad dada a las Fuerzas de Seguridad para el ejercicio de sus atribuciones.

5) Por otro lado, con respecto a la invocada afectación de los derechos de los niños, destácase que, sin perjuicio de la salvaguarda que merece el interés superior de los mismos, las causales que detalla el apelante no resultan idóneas para calificar de irrazonable la decisión del juez *a quo*.

En efecto, entiende este Tribunal que las falencias probatorias destacadas por el *a quo* se muestran como obstáculos para que se pudiera realizar una ponderación de las pretendidas circunstancias familiares alegadas y sopesarlas con las necesidades de servicio, por lo que no se constata arbitrariedad en la conducta de la demandada.

6) Por todo ello, confirmase lo resuelto en fecha 07/09/2023, en lo que fuera materia del recurso, lo que así se decide.

Con costas de Alzada por su orden, atento el actor pudo considerarse con derecho a recurrir (cfr. Art. 68, 2da. Parte del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Notifíquese. Publíquese en la forma dispuesta en la Acordada 15/2013 de la CSJN y procédase conforme Acordada 31/2020, Anexo II, Punto I) de la CSJN. Devuélvase. No interviene la Dra. Ana Lía Cáceres de Mengoni por encontrarse en uso de Licencia (art. 109 RJN). — Mario O. Boldu. — Mirta D. Tyden.

## Panorama | Corte Suprema

### Planteo de inconstitucionalidad del DNU 70/2023

Se hace saber que la Corte Suprema estudiará la impugnación del DNU 70/2023 sometida a decisión luego del receso correspondiente a la próxima feria judicial del mes de enero.

### CS, “Provincia de La Rioja c. Estado Nacional s/Incidente de medida cautelar - 2847/2023”, 29/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/182893/2023

### Exclusión de cobertura del seguro. Persona menor de edad al volante

No puede inferirse de la obligatoriedad del seguro prevista por el art. 68 de la ley 24.449, que la exclusión de cobertura fundada en la inhabilitación para conducir vehículos en la vía pública de quienes no cuenten con la edad mínima, prevista en el art. 11, inc. b, de la Ley Nacional de Tránsito 24.449, sea inoponible al damnificado; esto supone una interpretación contradictoria de la norma y soslaya que la falta de habilitación del conductor en el caso concreto no surge del contrato ni de la reglamentación dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación, sino del propio texto de la ley que consagra la edad de 17 años para la clase de vehículo siniestrado.

### CS, “Dromi, Antonio Rafael y otro c. Rueda, Carlos Alberto y otros s/daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte)”, 21/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/177626/2023

### Oponibilidad del límite de cobertura del contrato de seguro

El límite de cobertura previsto en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado y la sentencia no podrá ser ejecutada contra la aseguradora, sino en los límites de la contratación. No obsta a ello la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro (del voto del juez Lorenzetti y el conjuer Bruglia, según la doctrina sentada en “Flores”, Fallos: 340:765, TR LALEY AR/JUR/28172/2017 a la cual remite).

### CS, “Álvarez, Martín Lucero c. Moscatelli, Emanuel Guillermo y otro s/daños y perjuicios”, 14/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/171738/2023

### CS, “Gauna, Matías Nahuel y otro c. Andrada, Miguel Ángel y otros s/daños y perjuicios”, 14/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/171736/2023

### Asociación ilícita. Sobreseimiento arbitrario. Delitos de lesa humanidad

Si no estaba en discusión que las privaciones ilegales de la libertad y las torturas en las que habrían intervenido se cometieron como parte del plan de represión ilegal sistemática que se ejecutó durante el último gobierno *de facto*, por lo menos provisoriamente resulta incoherente negar que en el caso se haya demostrado la existencia de un grupo integrado por más de tres personas, vinculadas por el objetivo común de ejecutar el plan de represión ilegal, lo que implicaba la comisión de un número indeterminado de delitos mediante el aporte previamente determinado de cada miembro, y que ese vínculo tenía carácter estable y permanente; circunstancias que satisfacen plena e indiscutiblemente la descripción del tipo del art. 210 del Cód. Penal; por lo tanto el sobreseimiento de los imputados en orden al delito de asociación ilícita es arbitrario (del dictamen de la Procuración General que los jueces Maqueda y Lorenzetti hacen suyo en su voto).

### CS, “Bilesio, Mario José y otros s/legajo de apelación”, 14/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/171729/2023

### Expropiación e inadmisibilidad del recurso extraordinario

El recurso extraordinario, cuya denegación originó la queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

### CS, “EN - Sec. Gral. Presidencia y otro c. Dencanor SA y otros s/expropiación - servidumbre administrativa”, 14/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/172596/2023

### Mercadería falsa

Toda vez que se encuadraron los hechos en los términos del art. 31, inc. d, de la

ley 22.362, y que por el art. 33 de la ley se establece expresamente la competencia federal para intervenir en el juzgamiento de tales delitos, debe ser la justicia de excepción la que continúe con la investigación en la denuncia relativa a la comercialización en algunos centros comerciales de la Ciudad de Buenos Aires de indumentaria, accesorios y calzados presumiblemente apócrifos.

### CS, “N.N. s/incidente de incompetencia”, 14/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/171722/2023

### Contratos en moneda extranjera. Inadmisibilidad del recurso extraordinario

El recurso extraordinario, cuya denegación motivó la queja, —en el caso, una ejecución hipotecaria que fue pactada en moneda extranjera— resulta inadmisibile (art. 280 CPCyC).

### CS, “Saud, Luis Ariel y otro c. Argenwolf S.A. y otro s/ejecución hipotecaria”, 14/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/172844/2023

### Cobertura de tratamiento. TRHA

Es competente la justicia federal, *ratione materiae*, para entender en la acción de amparo interpuesta a fin de que una empresa de medicina prepaga brinde la cobertura integral de un tratamiento de reproducción médico-asistida de alta complejidad, pues la discusión conduce, prima facie, al estudio de las obligaciones impuestas por la ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, norma federal y de orden público, con vigencia en todo el territorio argentino, que abarca a todos los prestadores del servicio de salud de los ámbitos público, de la seguridad social y privado (arts. 8 y 10, ley 26.862; decreto reglamentario 956/2013) (del dictamen de la Procuración General que la Corte, por mayoría, hace suyo).

### CS, “C., M. M. c. OSDE s/amparo de salud”, 07/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/168308/2023

### Integración del Consejo de la Magistratura

La partición de un bloque —“Frente de todos”— en el Senado de la Nación que

arrojó como resultado la constitución de otro bloque —“Unidad Ciudadana”— no puede ser tenida en cuenta a la hora de determinar cuál es la segunda minoría que debe estar representada por un senador en el Consejo de la Magistratura. Esa conducta fue considerada fraudulenta e inoponible por la Corte Suprema en el precedente “Juez” —Fallo: 345:1269—, y no existe motivo alguno para que ella deje de serlo y se transforme en válida a los efectos de la conformación del referido órgano constitucional.

### CS, “Juez, Luis Alfredo y otros c. Honorable Cámara de Senadores de la Nación — disp. 86/22 s/amparo ley 16.986”, 07/12/2023, SJA 05/01/2024, 3 JA 2024-I.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/168327/2023

### Prisión perpetua e inadmisibilidad del recurso extraordinario

El recurso extraordinario, cuya denegación motivó la queja, —en el caso, en un proceso penal donde se debatió la constitucionalidad de la prisión perpetua— resulta inadmisibile (art. 280 CPCyC).

### CS, “Lasi, Gustavo Orlando y otros s/delito de doble homicidio calificado *criminis causa*, abuso sexual agravado y robo calificado”, 07/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/168868/2023

### Reparación integral arbitraria. Ausencia de nexo de causalidad entre el hecho y el daño

La sentencia que, con fundamento en el derecho civil, condenó a una empresa y aseguradora a la reparación integral de los daños padecidos por la actora con motivo del fallecimiento de su cónyuge atribuido a las insuficientes condiciones de salubridad del ambiente en el que desarrollaba su trabajo es arbitraria. Las constancias de la causa no permiten establecer el eventual nexo de causalidad entre el factor laboral y la enfermedad multisistémica que afectó al trabajador, extremo que impide atribuir a las demandadas responsabilidad civil por su muerte.

### CS, “Pérez Condorí, Teodora c. Montagne Outdoors S.A. y otro s/indemnización art. 212”, 07/12/2023.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/168319/2023

