

LA RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO EN LA JURISPRUDENCIA DEL SIGLO XXI*

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI**

I. PRELIMINARES. METODOLOGÍA. PUNTOS DE PARTIDA Y SUS CONSECUENCIAS

En 1998, casi al final del siglo XX, la prestigiosa revista *Lecciones y Ensayos*, publicó un artículo de mi autoría titulado “Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez”;¹ el trabajo tenía origen en una conferencia pronunciada en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños, celebrado en Lima, Perú, poco tiempo antes. Una parte de ese artículo, la referida a la responsabilidad del notario, fue publicada con el título “Breves reflexiones sobre la responsabilidad del escribano”, por otra revista universitaria, la de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba,² en un número que se dedicó a la memoria del profesor Enrique Carlos Banchio.

* Esta obra fue escrita en el marco del aniversario N° 60 de la revista, en homenaje al artículo de la autora “Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez”, originalmente publicado en *Lecciones y Ensayos*, N° 72, 73 y 74, 1998/1999.

** Doctora en Derecho (Universidad de Mendoza). Miembro de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba; Académica Honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Academia Internacional de Derecho Comparado; Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Cuyo; Profesora honoris causa de las Universidades de Paris Val de Marne, y Nacionales de Rosario, Córdoba, el Comahue y Mendoza; profesora honoraria de universidades argentinas y de otros países.

1. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Responsabilidad del abogado, del escribano y del juez”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 72, 73 y 74, Buenos Aires, Eudeba, 1998/1999, p. 37.

2. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Breves reflexiones sobre la responsabilidad del escribano”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. 6, N° 1-2, 1999, p. 371.

Quienes hoy dirigen *Lecciones y Ensayos* me han pedido reflexionar sobre el mismo tema, para comprobar si todo sigue como entonces, pese a la sustitución del Código de Vélez, o si algo ha cambiado, si "nosotros, los de entonces, ya no somos los mismos".³ Acepté el desafío,⁴ entre otras razones, por haber entrado en vigencia el Código Civil y Comercial (de ahora en adelante CCyC), pero he limitado el campo a la responsabilidad civil⁵ de uno de esos operadores jurídicos (el escribano), pues el tema original (que cubriría también abogados y jueces) requeriría una extensión superior a la que razonablemente admite una revista. Dado que este trabajo es una continuación de aquel, omito la doctrina allí citada.

Seguiré, aproximadamente, el mismo método que utilicé entonces, o sea, analizaré el tema desde la óptica de los grandes lineamientos de la jurisprudencia. Originariamente, justifiqué esa metodología en la carencia

3. Utilizo la poética expresión de Pablo Neruda en su inolvidable Poema n° 20, obviamente, con un sentido diferente.

4. Llamativamente, este tipo de trabajos para verificar si la jurisprudencia ha confirmado, modificado o "*aggiornado*" su posición en lo relativo a la responsabilidad notarial también ha acontecido en Italia. Ver LANZANI, C., "Responsabilità del notaio: tra orientamenti consolidati e nuove tendenze", en *Danno e responsabilità*, N° 1, Assago, Ipsoa, 2009, p. 67. En ese caso, la labor comprendía un período mucho menor (dos años).

5. Lamentablemente, la jurisprudencia publicada sigue mostrando numerosos procesos *penales* en los que participa algún escribano público que utiliza la profesión para la comisión de ilícitos. En alguno, ha sido procesado por asociación ilícita conjuntamente con funcionarios y empleados de reparticiones públicas (Ver, por ej., Cám. Nac. Crim. y Correccional, Sala II, 29/12/2010, LL 2011-B-133). En otro, se lo condenó, conjuntamente con el acreedor hipotecario, por el delito de usura, desde que se había demostrado que ambos conocían la situación de necesidad de los deudores, su ligereza e inexperiencia, existiendo una evidente desproporción pecuniaria en el acuerdo, al convenirse un 60% de interés anual y un 57% en concepto de honorarios (CSJ Salta, 20/9/2011-1099, AR/JUR/49919/2011, Publicado en *La Ley Noroeste*, con nota en p. 1189, de ZURUETA, F., "El delito de usura"). Un caso, muy interesante, llegó a la Corte Suprema de la Nación; por escasa mayoría, el Superior Tribunal del país declaró arbitraria la sentencia que había condenado, a los términos del art. 292 del CP, a un escribano que (i) había insertado falsamente en una escritura un reconocimiento de filiación; (ii) encargó a una colega el trámite de anotación marginal de ese instrumento en su acta de nacimiento a fin de que se presentara en la sucesión; (iii) indujo a engaño al juez y (iv) logró que la reconocida fuera declarada única heredera, permitiéndole vender parte de los bienes del acervo (CSN 12/4/2011, LL 2011-D-278; la sentencia fue comentada por CABULI, E., "Actuación notarial y falsedad ideológica", en LL 2011-E-155). El análisis de la responsabilidad penal excede en mucho los propósitos de estas líneas.

de normas específicas en el Código de Vélez sobre responsabilidad profesional, por lo que, esencialmente, estructuré el trabajo sobre las bases construidas por los jueces. El aserto no ignoraba alguna norma particular, por ej., el art. 3671 del Código de Vélez (hoy sustituido por el art. 2471 del CCyC, sin variantes significativas).⁶

El CCyC vigente cuenta con una norma específica para la responsabilidad del profesional liberal (art. 1768)⁷ y en diversas ocasiones menciona expresamente obligaciones a cargo del escribano (ver, por ej., arts. 301 y ss.); no obstante, dos razones explican por qué me mantengo en la misma ruta: (i) el art. 1768 del CCyC regula la responsabilidad de los profesionales liberales en general, sin ingresar en las especificidades del deber de responder del notario, cuya naturaleza sigue siendo discutida, dada su función fedataria, aunque en los últimos tiempos las opiniones tienden a uniformarse alrededor de la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación;⁸ (ii) el CCyC acepta un método de interpretación que abre las puertas al razonamiento judicial, poniéndole límites (art. 3), por

6. Art. 2471, CCyC, "Obligación de denunciar la existencia del testamento. Quien participa en el otorgamiento de un testamento o en cuyo poder se encuentra, está obligado a comunicarlo a las personas interesadas, una vez acaecida la muerte del testador".

7. Art. 1768, CCyC, "Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ma., de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757". Para una explicación sintética de la norma ver, entre otros, OSSOLA, F., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 338.

8. CSJN, 10/5/2005, Badaro, M. c/Provincia de Santiago del Estero. B. 488. XL. ORI, disponible en <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>. La Corte se remite al dictamen del procurador que, para negar la competencia originaria afirma: "no es óbice a lo expuesto la pretensión de atribuirle a la Provincia la actuación del escribano público que intervino, puesto que es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos, vinculados al comercio jurídico privado dan fe de esas relaciones privadas, pero no expresan la voluntad del Estado como este normalmente la exterioriza a través de sus órganos. Esto es, no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan demandarla por las consecuencias de su desempeño, ya que no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración (Fallos: 306:2030)".

lo que la jurisprudencia sigue siendo una base importante en el análisis de cualquier tema.⁹

Dos puntos de partida del trabajo originario, que no eran demasiado difundidos en la doctrina que por entonces analizaba la responsabilidad profesional, hoy están recogidos por los arts. 1 y 2 del CCyC y aceptados por la doctrina mayoritaria. Me refiero concretamente a los siguientes:

- (a) la aplicación e interpretación de las normas y la valoración de la prueba de los hechos están guiadas por las garantías constitucionales implicadas (así, por ej., la responsabilidad médica debe analizarse a la luz del derecho a la salud; la del abogado, según el derecho a la tutela judicial efectiva; la del notario, conforme la garantía de seguridad jurídica, etc.);
- (b) el derecho de los consumidores también incide, pese a lo dispuesto por el art. 2 de la ley específica,¹⁰ si se trata de servicios vinculados a "la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno" (art. 42 CN).

Este aserto tiene fuertes incidencias. Así, por ej., cabe preguntarse si el deber de información y asesoramiento del notario alcanza para imputarle responsabilidad por permitir la inclusión de cláusulas que la ley declara abusivas.¹¹

Otro punto de partida, en cambio, había sido suficientemente desarrollado por entonces, y sigue vigente en el derecho actual, cual es que, aunque el notario no es un funcionario público,¹² es un profesional del derecho

9. Art. 3, CCyC, "Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

10. Art. 2 (redacción Ley 26.361): "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación".

11. Ver ANGELONI, F., *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milán, Giuffrè, 1999.

12. Ver jurisprudencia de la Corte citada en nota 8. La calificación tiene efectos en el ámbito penal. Así, por ej., en torno a la prescripción penal; la Convención Interamericana contra la

con atributos que, en parte, lo equiparan a la gestión pública, en tanto sus actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones civiles.¹³

Las consecuencias de estos tres puntos de partida son, entre otras: (i) una mayor severidad al juzgar la conducta profesional y (ii) un control más extendido de las decisiones de grado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II. UNA MODIFICACIÓN RELEVANTE. LA UNIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

El CCyC ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Los hechos dañosos posteriores al 01/08/2015 no plantearán, entonces, una serie de dificultades referidas, especialmente, a los plazos de prescripción y a la legitimación,¹⁴ según quién sea el sujeto dañado.

Corrupción, ratificada por ley 24.779, suspende el curso de la prescripción respecto de los delitos cometidos por funcionarios públicos mientras estos permanecen en sus cargos; se ha entendido que esa norma no rige para los escribanos públicos, por lo que esa causal de suspensión no puede ser invocada (ver, por ej., Cámara de Acusación de Córdoba, 4/6/2012, en Foro de Córdoba, n° 156, agosto 2012, p. 285). También en lo referido a la posibilidad de aplicar o no la denominada *probation* (ver AGUIRRE, G. J., "El escribano público en la suspensión de juicio a prueba", RC D 297/2016). Deciden que la prohibición legal no se aplica al notario por no ser un funcionario público, entre otros, CFCP, Sala I, 22/12/2015, Rubinzal *online*, Cita: RC J 1929/2016; STJ Córdoba, 30/6/2015, Resolución N° 243, año 15 t. 7 folio N° 1861/1872 (la sentencia contiene extensas citas de doctrina nacional en uno y otro sentido).

13. CCC Mercedes, Sala II, 6/5/2015 (y sus citas de la jurisprudencia de la Corte Nacional), ED 264-109, con nota de GARCÍA ARNÓ, O., "El art. 1277 del CC. Omisión del consentimiento del cónyuge. Nulidad de la constitución del usufructo. Responsabilidad del escribano". Para las diferentes posiciones sobre la naturaleza jurídica de la función notarial ver, entre otros, COMPAGNUCCI DE CASO, R., "Responsabilidad de los escribanos", LL 1999-B-16, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.), *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, p. 1605, y sus eruditas citas; TRIGO REPRESAS, F. A., "Responsabilidad civil del escribano público", en *Revista del Notariado*, n° 871, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2003, p. 41, reproducido en la misma obra dirigida por Alterini, ya citada, p. 1615.

14. *Cfr.* TANZI, S. Y., "La responsabilidad profesional y el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de Derecho Privado*, año 1 n° 3, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 169. Así, por ej. se decidió que "la cónyuge del propietario del inmueble puede

Los fundamentos que acompañaron al proyecto de CCyC dicen: “La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)”.¹⁵

III. OTRA MODIFICACIÓN SIGNIFICATIVA. LA FUNCIÓN PREVENTIVA

Todas las actividades desarrolladas por el notario son significativas, pero la doctrina coincide en que la más importante, o como mínimo, la que la hace peculiar respecto de otros profesionales, es su función fedataria.¹⁶ En los últimos tiempos, el principio de buena fe y el derecho de los consumidores han extendido significativamente su obligación de información y de consejo. La función preventiva atribuida a la responsabilidad civil en forma expresa en los arts. 1708 y 1710/1713 también incide sobre estos y otros deberes.¹⁷

fundar en la esfera *extracontractual* la acción de daños y perjuicios intentada por un error en la consignación del estado civil de su esposo plasmado en la escritura, pues es ajena a la relación contractual habida entre su cónyuge, la entidad bancaria y el escribano” (Cám. Nac. Civ. Sala H, 13/8/2010, en *Rev. Resp. Civil y Seguros*, febrero 2011, año XIII, n° 2, p. 164, AR/JUR/51623/2010); “que la responsabilidad del escribano en un contrato de renta vitalicia declarado nulo por lesión es contractual, sea que hubiese sido propuesto por uno o por ambos contratantes, pues el no cliente, al aceptar que el notario sea el autorizante, se integra al negocio jurídico y, por lo tanto, a la locación de obra” (Cám. Nac. Civ. Sala M, 20/8/2010, JA 2011-1-244, con nota de MOISSET DE ESPANÉS, L., “Lesión en los contratos aleatorios”). Para los diferentes casos que se incluían en uno y otro ámbito, ver TRIGO REPRESAS, F. A., “Responsabilidad civil del escribano público”, en *Revista del Notariado*, n° 871, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2003, p. 41, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. II, p. 1626, y sus eruditas citas; SAUCEDO, R., “La responsabilidad notarial civil aplicada a las escrituras públicas que contienen negocios inmobiliarios”, JA 2013-IV-1515. 15. Para el tema de la unificación de ambas órbitas, ver diversos trabajos publicados en *Revista de Derecho de Daños* 2015-2, “Unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.

16. TRIGO REPRESAS, F. A. y LÓPEZ MESA, M. J., *Tratado de la responsabilidad civil*, 2° ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV, p. 358.

17. Compulsar, de mi autoría, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código

IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD

IV.A. Preliminares

La incorporación de una norma específica sobre la responsabilidad de los profesionales liberales no implica sostener que, para ellos, exista una responsabilidad a la que no se apliquen los presupuestos generales; se trata de un capítulo que, simplemente, puede estar teñido de algunas características particulares.¹⁸

Corresponde, pues, analizar la responsabilidad del notario a la luz de esos presupuestos.

IV.B. Antijuridicidad

El concepto de antijuridicidad evolucionó profundamente durante todo el siglo XX; la antijuridicidad *formal* que parecía requerir el art. 1066 del Código de Vélez fue sustituida por la doctrina y la jurisprudencia por la llamada antijuridicidad *material*; los textos debían, pues, ser sustituidos para adecuarlos a los criterios prevalecientes.

Para cumplir esa tarea, el legislador de 2014 podía elegir entre dos posiciones:

(a) la que se inclina por la eliminación del requisito de la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad.¹⁹ Las razones invocadas son muy variadas²⁰ pero, en esencia, se mueven en torno al desplazamiento de la noción de sanción hacia la de daño. También incide la necesidad de ampliar el campo de los daños reparables, cada vez más importantes, en la

Civil y Comercial de la Nación”, en PEYRANO, J. W. y ESPERANZA, S., *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, p. 357 y sus citas.

18. Cfr. con esta posición PADILLA, R., “Responsabilidad civil profesional, con especial atención a la responsabilidad de los médicos, abogados y escribanos”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XVIII n° 1, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 19; SAUCEDO, R., “La responsabilidad notarial civil aplicada a las escrituras públicas que contienen negocios inmobiliarios”, JA 2013-IV-1508.

19. La obra más seria sobre el tema es, en nuestro país, la de DE LORENZO, M. F., *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

20. Ver AGOGLIA, M. M., *El daño jurídico. Enfoque actual*, Buenos Aires, La Ley, 1999, p. 43.

llamada "sociedad de riesgos".²¹ Se afirma que para responder a esa nueva visión "los autores se ven forzados a dilatar a tal punto la noción de antijuridicidad que, en definitiva, se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema de resultados ex post facto". En realidad, "la antijuridicidad está herida de muerte"; su existencia está limitada a su mención didáctica;²²

(b) otra corriente, mayoritaria, que entiende que el presupuesto debe mantenerse, pero reformulado: la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva), todo bajo el principio cardinal del ordenamiento que prohíbe dañar a otro. Por eso, es antijurídico todo hecho que daña, salvo que exista una causa de justificación y sin que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material).²³

A esta posición responde el art. 1717 del CCyC, que mantiene la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil;²⁴ la norma compren-

21. GESUALDI, D. M., "La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XV n° 7, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 5; GESUALDI, D. M., "La antijuridicidad en el proyecto de reformas del Código Civil y Comercial de 2012", en *Revista de Derecho de Daños* 2012-3-229 y ss. Aclaro que la autora no comparte esta posición.

22. Para una crítica a estas posiciones ver BURGUEÑO IBARGUREN, M. G., "La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XVII n° 6, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 29; TRIGO REPRESAS, F. A., "La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista del CCyC*, edición especial II Congreso Internacional de Derecho de Daños, 2015, p. 8 y en *Revista del CCyC*, año I n° 4, 2015, p. 135.

23. PICASSO, S., "La antijuridicidad en el proyecto de Código", LL 2013-E-667; Cfr. RUGNA, A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial", en *Revista ADLA*, n° 21, 2016, p. 119; OSSOLA, F., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 59.

24. BUERES, A., *La responsabilidad por daños en el proyecto de código*, LL 2013-A-835; VÁZQUEZ FERREYRA, R., "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial", en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVII, n° 4, abril 2015, pp. 38 y ss; TRIGO REPRESAS, F. A., "Los presupuestos de la responsabilidad en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado", en *Rev. Derecho de Daños* 2012-3-136 y ss; del mismo autor, "La antijuridicidad en el Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación", en *Rev. CCyC, edición especial, II Congreso Internacional de Derecho de Daños*, noviembre 2015, p. 3; CALVO COSTA, C., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2016, t. 2, pp. 69

de las conductas positivas y negativas, o sea, las acciones y omisiones,²⁵ y a los actos voluntarios e involuntarios. Se consagra, pues, una antijuridicidad amplia o genérica, no específica, que comprende toda conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico íntegramente considerado.²⁶

Coincido con esta posición que argumenta, entre otras, con las siguientes razones:

- (i) la exigencia de la antijuridicidad se adecua a la interpretación sistémica y dinámica del art. 19 de la CN que dispone en su última frase: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. O sea, la Constitución admite un amplio espacio a la libertad, que no puede ser coartado indicando, como regla, la indemnizabilidad de todo daño. Eliminar la antijuridicidad material implicaría, entonces, el aniquilamiento de la libertad personal del agente.²⁷ Por lo tanto, la discusión podría circular por el método de interpretación (si se exige tipicidad o no, mayor o menor flexibilidad, etc.) pero no respecto de la necesidad del requisito;²⁸
- (ii) el hecho de que los daños se hayan multiplicado no implica que todo daño deba ser reparado. La vida cotidiana es una fuente incesante de daños: ocasiona daño quien se impone a sus competidores en un concurso determinado, quien consigue un puesto de

y ss; CERUTTI, M. del C., “Antijuridicidad. Eximentes”, en MÁRQUEZ, J. F. (dir.) *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, p. 76; PIZARRO, R. D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2º ed., Buenos Aires, Astrea, 2016, t. 1, n° 35 y ss; RAMOS MARTÍNEZ, M. F., “La antijuridicidad en el derecho de daños: Reflexiones sobre el régimen del nuevo Código Civil y Comercial: consolidación del principio constitucional *alterum non laedere*”, en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVIII, n° 6, junio 2016, p. 13; BANCOFF, P., “La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el Código Civil y Comercial de la Nación”, RCyS 2016-VIII, p.16, cita *online*: AR/DOC/1727/2016.

25. GALDÓS, J. M., *La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto*, LL 2012-C-1264.

26. CERUTTI, M. del C., “Antijuridicidad. Eximentes”, en MÁRQUEZ, J. F. (dir.) *Responsabilidad civil en el código civil y comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, p. 72.

27. IBARLUCÍA, E. A., *Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional*, LL 2012-A-561.

28. BURGUEÑO IBARGUREN, M. G., “La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños”, en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVII, n° 6, junio 2015, p. 30.

trabajo relegando a otras personas, quien obtiene las últimas entradas para ver un espectáculo determinado impidiendo que otras puedan conseguirlas, etc. La enumeración puede ser infinita, pero es evidente que estos perjuicios no resultan resarcibles.²⁹ No lo son, porque falta antijuridicidad. En este sentido la Corte Federal afirma que “para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil resulta insoslayable verificar la existencia de un daño *injustamente* causado por un comportamiento imputable al autor, porque no existe en nuestro ordenamiento –como tampoco en la experiencia del derecho comparado– un deber genérico de resarcir ante la sola materialización del perjuicio”;³⁰

- (iii) no sería coherente que se exija antijuridicidad para la función preventiva y no para la función reparadora. En efecto, el art. 1711 dice que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión *antijurídica* hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

En fin, el juez que resuelve un caso de responsabilidad profesional, en primer lugar, debe preguntarse si el demandado infringió alguna norma –genérica o específica– que establece pautas de conducta a su cargo. Si esa norma existe dentro del sistema, cualquiera sea su naturaleza (penal,³¹ administrativa, deontológica,³² etc.), tendrá por acreditado el primer requisito de la responsabilidad.

Así, por ej., por no darse el requisito de la antijuridicidad, se ha liberado al escribano: que no solicitó al registro el certificado de dominio

29. CALVO COSTA, C., “Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial”, en *Rev. Responsabilidad civil y seguros*, año XVII, n° 4, abril 2015, p. 81.

30. CSJN, “Rodríguez, M. B. c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 28/10/2014, voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda.

31. La lucha contra el lavado de dinero ha dado lugar, en muchos países, a leyes específicas. Para la normativa “*antiriciclaggio*”, en Italia, ver MUSOLINO, G., *La responsabilità dell'avvocato e del notaio*, Milán, Giuffrè, 2005, p. 285.

32. Para la situación en Italia, ver CELESTE, G., *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, Ed. Jovene, 2007, p. 11: “El rol de la deontología, como fuente integrativa del contrato de obra profesional es notoria si se considera la tendencia a extender el ámbito de las normas técnicas. La diferencia entre norma deontológica y reglas del arte se va atenuando progresivamente por la dificultad, cada vez mayor, de distinguir el plano técnico del deontológico”. “Frecuentemente, se recurre a la cláusula de buena fe para asumir preceptos deontológicos en la regulación de la relación”.

e inhibiciones de la vendedora al momento de la firma del *boleto*, “desde que las normas imponen ese deber cuando se va a escriturar, pero no en los actos previos, sea que el profesional resulte ser el autor del contrato o que se limite a certificar las firmas de las partes”;³³ que no verificó la falta de aprobación municipal de la vivienda construida en el inmueble vendido, que resultó carecer de calidad antisísmica prometida por el vendedor, “si las partes, todas capaces y en pleno ejercicio de sus derechos, celebraron el contrato sin mencionar la vivienda”, por lo que no estaba obligado a verificar esas circunstancias.³⁴

IV.C. El factor de atribución. Aceptación expresa de la clasificación de obligaciones de medio y de resultado. La carga de la prueba

Más allá de las críticas formuladas por la doctrina, el CCyC acepta expresamente la distinción entre obligaciones de medio y de resultado (arts. 774, 1723 y 1768).

Esto incide sobre el factor de atribución, desde que, según el art. 1723 del CCyC “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Si es objetiva, “la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario” (art. 1722).

Por eso, como señalaba el juez Sebastián Picasso antes de la sanción del nuevo Código, si la obligación a cargo del escribano puede ser calificada de resultado, no se responde por culpa, sino de manera objetiva, por lo tanto, no lo exime la ausencia de culpa sino la prueba del rompimiento del nexo causal.³⁵

33. Cám. Nac. Civ. Sala F, 6/6/2007, Doc. Jud. Año 2007-3-1065 (voto del Dr. Eduardo Zannoni; se declara desierto el recurso en este punto por falta de agravios suficientes).

34. SC Mendoza, 1/9/2014 en *Rev. Resp. civil y Seguros*, noviembre 2014, año XVI, n° 11, p. 119, y en Doc. Jud. Año XXXI, n° 1, enero 2015, p. 35, AR/JUR AR/JUR/46357/2014.

35. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382 y en elDial.com - AA7891, publicado el 14/08/2012. Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, R., “Responsabilidad de los escribanos”, LL 1999-B-16, reproducido en ALTERINI, J. H (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. 2, p. 1613.

Ahora bien, según las reglas de las obligaciones de hacer (art. 774 y ss.) a las que remite el art. 1768 ya transcrito, la prestación de un servicio puede consistir: (a) en realizar cierta actividad, *con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito* (por ej., el médico se compromete a realizar sus mejores esfuerzos, actuar conforme las reglas del arte de la profesión, etc., pero no a curar al enfermo); (b) en procurar al acreedor *cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia* (por ej., el abogado se compromete a presentar un recurso en término, pero no a ganar el proceso); (c) en procurar al acreedor *el resultado eficaz prometido*.

A su vez, entre las disposiciones comunes al contrato de obras y servicios, el art. 1252 dispone que “...si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad *independiente de su eficacia*. Se considera que el contrato es de obra cuando *se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega*” y el art. 1256, en lo que aquí interesa, entre las obligaciones del prestador del servicio enumera: “...ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada; informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida; ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole”.

Conforme esta normativa, ¿cuándo ingresa la responsabilidad del escribano en el ámbito de la responsabilidad objetiva?

Dos prestigiosos juristas cordobeses aprueban una de las conclusiones de las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, realizadas en 1982, según la cual “la obligación del escribano de autorizar una escritura *instrumentalmente* válida es de resultado”. La fórmula, dicen con razón, recoge la distinción entre el acto *instrumental* y el acto *instrumentado*; o sea, entre continente y contenido; la recomendación se refiere al acto instrumental, propio de la actividad del notario autorizante; la validez de ese acto es la que configura la obligación de resultado; si el instrumento padece defectos que lo tornen inválido el escribano es “objetivamente responsable”.³⁶

36. MOISSET DE ESPANÉS, L., y MÁRQUEZ, J. F., “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano y participación en el juicio”, JA 2009-I-909; de los mismos autores, “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano”, en *Rev. del Notariado* n°

Con este criterio, se ha responsabilizado al notario que autorizó un testamento sin advertir que una testigo era madre de la beneficiaria, por lo que el título fue observado cuando posteriormente intentó vender el inmueble heredado; dijo el tribunal: "Es innegable que cuando una persona decide testar por acto público, el rol del escribano no se limita a la función mecánica de recibir la comunicación de la voluntad y volcarla en la escritura. Como profesional del derecho que es, debe analizar la declaración de voluntad, formular las preguntas necesarias, proporcionar las explicaciones a las dudas que se planteen y traducir jurídicamente todo aquello que la persona le indique, lo que quiere realizar, para que el acto represente en la medida más fiel posible su voluntad, pero sin errores o vicios. Fundamentalmente antes de redactar el testamento deberá informar al testador cuáles son aquellas formalidades que deben cumplirse de manera inexcusable, tratando de evitar que, por un mal asesoramiento, se frustre el acto o una parte de este". No es dudoso, agregó, que "un vicio en el testamento puede provocar que la transmisión *mortis causae* torne observable el título, cuanto menos hasta que este quede saneado por el paso del tiempo".³⁷

Los supuestos de vicios en el *contenido* del acto son muy diversos. En algunos casos, median obligaciones de resultado eficaz; en otros, de mera diligencia.

La responsabilidad del notario es objetiva si autorizó un usufructo constituido por una persona casada sobre un inmueble ganancial sin requerir el asentimiento del cónyuge.³⁸

En otros, el profesional puede ser totalmente ajeno al vicio del contenido del acto, por lo que debe entenderse que se había comprometido a sus mejores esfuerzos. Así, por ejemplo:

897, 2009, p. 289, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II, p. 1643.

37. Cám. Nac. Civ. Sala M, 17/08/2016, en elDial.com - AA99FA. La sentencia confirma la de primera instancia, pero redujo el monto en razón de que las chances de que el título fuese observado eran muy escasas desde que la testadora había muerto sin herederos.

38. Cám. Apel. CC Mercedes, sala II, 6/5/2015, ED 264-109. Con nota de GARCÍA ARNÓ, O., *El art. 1277 del CC. Omisión del consentimiento de la cónyuge. Nulidad de la constitución del usufructo. Responsabilidad del escribano*. El tribunal argumentó que "la función del notario no se limita a la faz instrumental, sino que comprende el asesoramiento idóneo y actualizado a las partes orientado a la validez sustancial del negocio".

- si el acto se anula por lesión, la procedencia de la acción de responsabilidad civil contra el escribano implica que se pueda acreditar, como mínimo, su participación en una maniobra para captar la necesidad, inexperiencia o necesidad del sujeto perjudicado;³⁹
- si la parte carece de discernimiento en el momento de realizar el acto, pero no ha sido declarada persona con capacidad restringida con anterioridad, puede acontecer que el escribano afirme que es persona capaz, pero que en realidad no lo sea; el acto puede adolecer de nulidad (art. 261, inc. a CCyC), pero la responsabilidad del notario que afirma que está frente a una persona capaz dependerá de si hubo o no culpa de su parte (art. 1724); en este sentido, se liberó a la escribana que afirmó que la persona era capaz, según su conocimiento, si pudo creer, según las circunstancias probadas de la causa, que se encontraba ante una persona que estaba en el pleno goce de sus facultades mentales;⁴⁰
- hace muchos años, Isaac Halperín criticó con razón una sentencia que liberó a un notario que había informado, erróneamente, que la operación de adquisición de un sepulcro podía hacerse sin peligro, pero al pretender inscribir el instrumento, el municipio se opuso por cuanto la bóveda en cuestión había sido concedida gratuitamente con el fin de que en ella se guardaran los restos del concesionario y su familia;⁴¹
- sea de medios o de resultados, el notario se libera si acredita el rompimiento del nexo causal, por ej., la culpa de las partes o de

39. Cám. Nac. Civ. Sala M, 20/8/2010, JA 2011-1-244, con nota de MOISSET DE ESPANÉS, L., "Lesión en los contratos aleatorios". Para la distinción entre acto instrumental e instrumentado en las acciones de simulación ver Cám. Civ. y Com. de Junín, 01/11/2016, elDial AA9B4A, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales. El tribunal afirma que la falta de legitimación del notario puede ser verificada de oficio por el juez.

40. Cám. Nac. Civ. Sala E, 1/7/2009, *Rev. Derecho de Familia y de las personas*, Año 1, N° 3, noviembre 2009, p. 245, con nota de CROVI, L. D., "El discernimiento de los actos jurídicos y el juicio de capacidad notarial" (La nota no se refiere a la responsabilidad del notario, sino a la validez o nulidad del acto). Para el tema de la responsabilidad ver LLORENS, L. R., "El notario y el análisis del discernimiento de los otorgantes a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", en *Rev. Notarial* n° 965, p. 375.

41. HALPERIN, I., "La responsabilidad civil de los escribanos", en *Rev. del Notariado* n° 444, 1938, p. 367, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II, pp. 1573 y ss.

un tercero ajeno.⁴² De cualquier modo, como siempre sucede con los temas relativos a la relación de causalidad, no siempre es fácil subsumir los hechos en el concepto jurídico. Según la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, no cabe responsabilizar al notario si su actuación "se limitó a instrumentar un contrato ya celebrado por las partes; el negocio estaba resuelto y él se limitó a acercar a las partes un instrumento idóneo para que el comprador pudiese otorgar, más adelante, la necesaria escritura traslativa de dominio".⁴³ La actora fundó la demanda en que "después de haber firmado el boleto de compraventa con firmas certificadas y de haberse expedido un mandato con poder especial irrevocable extendido por los vendedores a los compradores, el inmueble fue subastado por un tercero". El comentador aprueba la solución, pero aclara que el escribano, aunque no esté involucrado en la autoría material del documento, debe tener la íntima convicción de que las partes conocen los riesgos de los actos que están otorgando; así, si el comprador entrega la totalidad del precio, sin que se le haya escriturado ni entregado la posesión, el profesional tiene el deber de informar sobre tales riesgos.

Para decidir en los casos de responsabilidad subjetiva, el juez debe tener especialmente en cuenta los arts. 1734 y 1735.

Conforme el primero, "...excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega".

La "novedad" legislativa (aunque no jurisprudencial) aparece en el art. 1735 que dice: "No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa".

Quizás, esta norma sea la más analizada por la doctrina nacional que

42. SC Bs. As., 217/8/2011, *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2012, año XIV, n° 5, p. 35, AR/JUR/46357/2014, con nota de CABULLI, E., "La responsabilidad notarial de asesorar".

43. *Ibid.*

se dedica al llamado Derecho de Daños. El espectro de opiniones semeja a un péndulo que va de un extremo a otro, aunque la mayoría de las veces se detiene en opiniones equilibradas.

En una punta están quienes lo tildan de inconstitucional por violar el derecho de defensa en juicio, afirmando –erróneamente– que el artículo establece una inversión de la carga probatoria.⁴⁴

En el otro, aparecen quienes defienden la constitucionalidad y, sin perjuicio de señalar algunas discrepancias, aprueban su incorporación.⁴⁵

Así, se ha dicho: "...la doctrina de las cargas probatorias dinámicas ha desembarcado en el Código, el cual –en definitiva– no ha hecho más que receptar una acentuada tendencia doctrinal y jurisprudencial que había venido cobrando fuerza a lo largo de los años (...) Con criterio lógico el código establece que el juez si determina que hará uso de dicha facultad, tiene el *deber* de comunicarlo a las partes, y permitirles ofrecer y producir prueba, recogiendo los codificadores una de las principales críticas que se le realizaban a dicho instituto, ya que antes la aplicación de la referida teoría se hacía sorpresivamente en la sentencia y afectaba el derecho de defensa en juicio. No hace más que otorgar seguridad jurídica a los justiciables, y evitar la arbitrariedad que se consumaba en ciertos precedentes jurisprudenciales en los cuales, con su sola invocación, se producía un arbitrario y sorpresivo desplazamiento del *onus probandi*, vulnerando el derecho de defensa en juicio".⁴⁶

44. BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A., "Inconstitucionalidad del artículo 1735 del nuevo Código Civil y Comercial", SJA 2015/11/11-3 y en JA 2015-IV-995; BORAGINA, J. C. y MEZA, J. A., "Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al art. 1735 del proyecto de unificación del año 2012", MJ-DOC-6494-AR, MJD6494; GONZÁLEZ DA SILVA, G., "Inconstitucionalidad de las disposiciones procesales contenidas en el proyecto de Código", La Ley 2013-C-911.

45. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M. y GONZÁLEZ ZAVALA, R., "Las cargas dinámicas en el nuevo Código Civil", Semanario Jurídico, nro. 1995, 12/3/2015, C.8 T. 111, A. 2015-A, p. 341 y en MÁRQUEZ, J. F. (dir.) *Responsabilidad civil en el código civil y comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, t. I, p. 341; BARACAT, E., "La doctrina de la carga probatoria dinámica en el nuevo código", en *Rev. CCyC*, año I, n° 6, dic. 2015, p. 141; PICASSO, S., "Comentario al art. 1735", en LORENZETTI, R. L. (dir.) *CCyC de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal, 2015, t. VIII, p. 458; ALFERILLO, P., "Comentario al art. 1735" en ALTERINI, J. H. (dir.) *Código civil y comercial comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2015, t. VIII, p. 156.

46. QUADRI, G. H., "Daños en el contrato de tiempo compartido y cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial", en *RCCyC* 2016, p. 140 y en DJ 15/06/2016, p. 17; cita *Elonline* AR/DOC/584/2016; QUADRI, G. H., "Las cargas probatorias dinámicas en el

En el medio, los que hubiesen preferido su incorporación con una fórmula semejante a la del art. 710, o sea, sin necesidad de “avisos” por parte del juez.⁴⁷

Las argumentaciones de quienes sostienen que el art. 1735 es inconstitucional son fácilmente rebatibles. Efectivamente, hay una inexacta comprensión del texto. Federico De Lorenzo enseña que quienes se oponen a la norma:

(i) No advierten que la carga dinámica es residual, es decir, rige en ciertos supuestos –como lo señalaba la jurisprudencia anterior, y lo sigue haciendo la actual– pues la regla es la del art. 1734.⁴⁸ Dicho en otros términos, el art. 1735 no se aplica de modo automático;

(ii) Confunden la solución legal vigente con la del proyecto del 87, que no solo invertía la carga de la prueba, sino que, por vía de interpretación, se podía llegar, incluso, a cambiar el factor de atribución.

No ocurre esto en el CCyC, por cuanto si la obligación no es de resultado, el deudor se libera del incumplimiento y de la mora con la prueba de la no culpa. Dicho en otras palabras, la norma no modifica el objeto de la obligación. Si el deudor se comprometió a una “actividad” (obligación de medios) la prestación no cambia por el hecho de que, por contar con una posición llamada dominante con relación a la producción de medios probatorios o conservación de pruebas, el juez le indique –oportunamente– que deberá activar la prueba. No por eso su prestación pasa a ser el remedio milagroso para ganar o perder el pleito. La deuda es la misma;

(iii) Cierran los ojos a la realidad. Hace casi dos décadas, en 1997, en el caso “Pinheiro”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación observó: “la alzada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad

Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” (arts. 1734 y 1735), JA 2014-III-1212; “Incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en materia probatoria (breves reflexiones a poco de su vigencia)”, RCCyC, nro. 2, agosto 2015, y “Las cargas probatorias dinámicas en el CCyC: primeras reacciones jurisprudenciales”, en LLBA 2015-11-1177; *Cfr.* VALLANIA, C., “El art. 1735 del Código Civil y Comercial y su aplicación en el marco de los procesos de Córdoba, LLC 2016 (mayo), p. 1, AR/DOC/1371/2016.”

47. DE LOS SANTOS, M., en PEYRANO, J. (dir.) *Nuevas herramientas procesales*, Bs. As., Rubinzal, 2013, p. 375. *Cfr.* ZALAZAR, C. E., “Implicancias procesales del nuevo CCyC de la Nación”, en *Rev. de Derecho Laboral*, Buenos Aires, Rubinzal, 2015-2-581.

48. BANCOFF, P., “La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el código civil y comercial de la Nación”, en RCyS 2016-VIII, p.16, cita 18) *Elonline*: AR/DOC/1727/2016.

que le cabía a la demandada en el orden de las cargas probatorias por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que la desaparición de esas pruebas –cuya custodia incumbía al nosocomio demandado– no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que esta se encontraba al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlínico demandado”;⁴⁹

(iv) Incorporan a la norma supuestos que ella no contempla. No es cierto que en estos casos se prescinda de la autoría. Al acreedor le corresponde la *prueba prima facie de la autoría material*, para que luego se dispare una presunción causal que es destruible por la prueba en contrario.

Específicamente, con relación al escribano, los casos de responsabilidad (subjettiva y objetiva) más frecuentes que llegan a los tribunales están vinculados a las siguientes obligaciones:

1) Identificar a los intervinientes del acto autorizado

El resultado de la demanda por la que se reclaman daños causados por comparecer al acto un impostor está en estrecha relación con el modo como la ley exige al escribano justificar la identidad de los comparecientes.

Como es sabido, el art. 1002 del Código de Vélez fue modificado por la ley 26.140 que incorporó el siguiente texto: “La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano; b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación; c) Por exhibición que se hiciere al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes”.

A partir del 01/08/2015, conforme el art. 306 del CCyC “La identidad

49. Fallos 320:2715. Compulsar también, especialmente, Fallos: 324:2689, considerando III del Dictamen del Procurador General al que se remite el Máximo Tribunal: “En materia de mala praxis, en los que se trata de situaciones complejas que no resultan de fácil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida”, que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo”. Para otros casos de responsabilidad médica ver BANCOFF, P., “La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el código civil y comercial de la Nación”, RCyS 2016-VIII, p.16, Cita 18) *Elonline*: AR/DOC/1727/2016.

de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano”.

El 19/06/2003, cuando aún regía el texto originario del Código de Vélez,⁵⁰ la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por escaso margen (4 votos contra 3) revocó una sentencia que había condenado al escribano con el argumento que el escribano no había cumplido adecuadamente su deber de identificar porque se había conformado con la mera presentación de un documento de identidad. La mayoría de la Corte entendió que la sentencia era arbitraria porque había omitido datos relevantes, entre otros: (i) que ninguno de los asistentes al acto advirtió ninguna irregularidad; (ii) que el número del documento coincidía con el consignado en el título del inmueble que la escribana tenía a la vista; (iii) que la firma que estampó el impostor era semejante a la del auténtico propietario; (iv) que no existían indicios para dudar de la identidad; (v) en suma, que no se había basado en el DNI sino que tenía suficientes elementos de juicio para convencerse que quien estaba ante ella era el auténtico propietario.⁵¹

Un sector de la doctrina entiende que la ley 26.140 (y lo mismo podría afirmarse del CCyC) alivió la responsabilidad del escribano, pues la identidad de los comparecientes al acto se acredita suficientemente mediante la exhibición del documento idóneo (DNI para ciudadanos argentinos y pasaporte para los extranjeros, debiendo agregarse copia del instrumento).⁵²

Algunos tribunales califican la obligación de resultado:⁵³ si así fuese, el notario no se liberaría con la prueba de que tomó todas las diligencias del caso, como fue aceptado por la Corte Federal en el caso antes reseñado. Por eso, como regla, puede afirmarse que la función principal del escribano es suministrar fe pública y velar porque las relaciones entre las partes se

50. El texto originario decía: “Si el escribano no conociere las partes, estas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia, y dando fe que los conoce”.

51. CSJN 19/6/2003, LL 2003-E-413.

52. MOISSET DE ESPANÉS, L., y MÁRQUEZ, J. F., “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano y participación en el juicio”, JA 2009-I-912.

53. Cám 2° CC Mendoza, 23/4/2015, en *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2016, año XVIII, n° 5, p. 103, cita *Elonline* AR/JUR/38431/2015.

lleve a cabo en el marco de legalidad y de legitimación, *por lo que resulta responsable si no tomó las diligencias necesarias para la identificación de las personas.*

Por eso, se lo ha condenado si:

- (a) no estuvo presente personalmente y no respetó la unidad del acto;⁵⁴
- (b) omitió confrontar la firma y la fotografía del DNI con la persona que lo presentaba, por lo que no existe caso fortuito, en tanto las señas particulares y firma del sujeto impostor y del substituido difieren notablemente;⁵⁵
- (c) la maniobra fraudulenta vinculada a la errónea identidad de quienes comparecieron al acto es imputable a uno de sus dependientes del escribano;⁵⁶

En cambio, no responde si:

- Frente a un supuesto de sustitución de persona, obró con el cuidado y diligencia propia de su función, "por lo que es tan víctima de la circunstancia como la parte perjudicada, y no el victimario".⁵⁷ En el caso, la mujer que se hizo pasar por la vendedora, no pudo ser ubicada, ni siquiera en el proceso penal, y se acreditaron las siguientes circunstancias fácticas: la impostora, antes de ponerse en contacto con el notario demandado, había engañado a otra escribana, de quien obtuvo su confianza para conseguir la certificación de la firma, utilizando un DNI falsificado y, de esa manera, logró un segundo testimonio del inmueble; los testigos declararon que su conducta en el acto de venta con garantía hipotecaria fue

54. Cám. Nac. Civ. Sala M, 16/5/2012, en *Rev. Resp. civil y Seguros*, febrero 2013, año XV, n° 2, p. 73, AR/JUR/26698/2012, con nota de CABULI, E., "La evolución de la fe de conocimiento y la responsabilidad del escriban" (el comentarista se enrola entre quienes sostienen que la obligación de notario de dar fe es de medios).

55. Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala I, 17/4/2012, en *Rev. Resp. civil y Seguros*, setiembre 2012, año XIV, n° 9, p. 69, AR/JUR/19922/2012.

56. Cám. Nac. Civ. Sala A, 18/11/2013, *Doc. Jud. Año XXX*, n° 23, junio 2014, p. 87 y en *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2014, año XVI, n° 3, p. 87; AR/JUR 97411/2013.

57. Cám. Nac. Civ. Sala H, 16/10/2012, *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2013, año XV, n° 3, p. 129, AR/JUR/59084/2012.

totalmente normal y parecía que todos los participantes se conocían con anterioridad.

El tribunal consideró irrelevantes: (A) la diferencia entre el precio pagado y el del mercado, porque "...los escribanos no son martilleros y no tienen por qué conocer con precisión los valores de los inmuebles"; (B) la diferencia de la firma de la vendedora en el acto de adquisición y en la venta realizada veintiún años después, porque la firma suele variar en tal amplio espacio de tiempo;

- el acreedor hipotecario fue estafado por un impostor que se presentó portando un documento de identidad apócrifo al del verdadero titular dominial del inmueble "pues se trató de una sustitución de persona que no pudo ser prevista, en tanto el notario no fue quien acercó el presunto deudor a los acreedores y tomó todos los recaudos necesarios al celebrar la escritura pública, comprobando los datos del documento de identidad y el consignado en el título del inmueble". En disidencia, el recordado camarista Dr. Mayo entendió que el escribano no había tomado los resguardos necesarios que requerían las circunstancias del caso, esto es, verificar las firmas y advertir las notorias diferencias evidentes para un profano.⁵⁸

2) Controlar el estado civil de los intervinientes

Se ha decidido que el escribano que intervino en la escrituración de un inmueble no resulta responsable por el error en la consignación del estado civil del propietario (figuraba como soltero cuando en realidad era casado) pues dicho profesional debe dar fe de la identidad de las partes intervinientes en la operación, pero no de los datos de familia manifestados por aquellas.⁵⁹

Es verdad que el documento nacional de identidad no menciona el estado civil; sin embargo, si de otra documentación obrante en manos del escribano (por ej., el título de adquisición del inmueble que se pretende

58. Cám. Nac. Civl Sala H, 5/5/2010, *Rev. Resp. civil y Seguros*, octubre 2010, año XII, n° 10, p. 211.

59. Cám. Nac. Civ. Sala H, 13/8/2010, *Rev. Resp. civil y Seguros*, febrero 2011, año XIII, n° 2, p. 164, AR/JUR/51623/2010, JA 2011-I-625. El daño invocado era sumamente confuso: la esposa invocó que la omisión le causó problemas en un juicio de cobro de expensas al no poder presentarse a defender sus derechos.

disponer) surge una discordancia con el estado que la parte invoca, el notario actúa diligentemente si realiza todos los actos necesarios para encontrar la justificación de la falta de coincidencia.

3) Controlar la representación de quien actúa por otro

El art. 307 del CCyC dispone: "Documentos habilitantes. Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año".

Se condenó al pago de los daños sufridos –incluso extrapatrimoniales⁶⁰ a la escribana interviniente que autorizó una escritura de cesión de derechos sobre un inmueble que ya se encontraba adjudicado a una tercera persona porque conforme el estatuto de la cooperativa cedente, este tipo de actos debía ser suscripto no por el presidente, sino también por el secretario y el tesorero, y en el caso actuó solo el primero.

4) Realizar estudio de títulos

Entre las obligaciones del notario, la mayoría de las regulaciones locales enumera realizar el estudio de títulos.

Los autores discrepan sobre si esta obligación implica comprometerse a un resultado eficaz. Para un sector, con el que coincido, se trata de una

60. Cám. 4° CC de Mendoza, 2/9/2011, en *La Ley Gran Cuyo* 2011-1080 y en *Rev. Resp. civil y Seguros*, enero 2012, año XIV, n° 1, p. 53, AR/JUR/57563/2011, con nota de VÁZQUEZ, F. y BERTERO, M. T. L., *Cesión de derechos*. En el caso, el tribunal condenó a pagar daño extrapatrimonial por cuando la cesión, finalmente nula, impidió el acceso a la vivienda de la actora. Llamativamente, los autores del comentario dudan sobre si puede atribuirse culpa a la conducta de la escribana dada las grandes complicaciones que presentaba la administración de la cooperativa. La sentencia también fue publicada en *Rev. de Derecho de Familia y de las personas*, año III, n° 11, diciembre 2011, p. 79, con comentario de BAROCELLI, S. S., "Convivir con los suegros. ¿Un supuesto de daño moral?" Este comentario no analiza los presupuestos de la responsabilidad del escribano, deteniéndose exclusivamente en el del daño extrapatrimonial contractual.

obligación de resultado;⁶¹ por lo tanto, para liberarse, el escribano deberá acreditar el rompimiento del nexo causal.

En ocasiones, la culpa es clara, desde que el notario ha actuado en forma desaprensiva al hacerlo sin tener en cuenta los datos que surgían del certificado expedido por el registro.⁶²

5) Registrar en tiempo oportuno

El sistema registral argentino es declarativo; o sea, la inscripción no hace nacer el derecho, pero es el acto requerido para que el título sea oponible a terceros; por lo tanto, el incumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación de tramitar la inscripción de los instrumentos que él autoriza puede generar serios daños.

La obligación de inscribir tiene plazos legales, por lo que la mora se produce de pleno derecho, no siendo necesario interpelar previamente al responsable.⁶³

En consecuencia, no debe extrañar que los tribunales condenen al escribano que:

- no inscribió en término la copia de la escritura, especialmente si, como en el caso, la conducta negligente perduró por más de 10 años, “lapso que sobrepasa los límites de lo aceptable y razonable, resultando su incumplimiento inexcusable, desde que el hecho de que debieran modificarse los planos y existieran deudas impositivas no puede considerarse inevitable”.⁶⁴ Es verdad, como afirma el

61. Para las diferentes posiciones ver, entre otros, SAUCEDO, R., *El estudio de títulos y las transmisiones a non domino en materia inmobiliaria en el derecho privado vigente y en el proyectado*, JA 2013-II-1584. Para la posición más restrictiva, ver CASTAGNO, J. C., “Estudio de títulos y responsabilidad notarial”, en *Rev. del Notariado*, n° 852, 1998, p. 27, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II pp. 1597 y ss. Para este autor, el notario (i) está obligado a hacer el estudio de título si el negocio incluye la cláusula “títulos perfectos”; (ii) en cualquier caso, si hizo el estudio de títulos, responde si cobró los honorarios correspondientes y lo hizo mal; (iii) si debía hacerlo, incluido el caso en el que le fue encargado, responde si no lo hizo.

62. Cám. Nac. Civ. Sala E 2/10/2006, JA 2009-II-389, con nota de GASPAROTTI, V., *Responsabilidad civil del escribano*.

63. Cám. Nac. Civ. Sala K, 16/8/2011 JA 2012-I-546.

64. Cám. Nac. Civ. Sala G 10/11/2010, *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2011, año XIII, n°

tribunal, que la obligación del escribano “no cesa con la mera iniciación del trámite de inscripción, sino que debe ir sorteando todos los inconvenientes, obstáculos y observaciones que vaya indicando el registrador hasta lograr retirar el testimonio debidamente registrado; también que debe interponer todos los recursos previstos por el ordenamiento local”.⁶⁵ No obstante, en algunas oportunidades, el notario no puede superar esos inconvenientes sin el auxilio de las partes, porque son ellas quienes deben asumir los costos, no teniendo el notario obligación de adelantarlos sino solo informar sobre los riesgos que se corren frente al incumplimiento;

- inscribió tardíamente (ocho meses más tarde) la escritura aclaratoria que establecía el porcentaje de bien propio en el condominio, mora que permitió la toma de razón de un embargo por una deuda del condómino, encontrándose la actora, como consecuencia de la demora, ante el serio riesgo de ver rematada una importante porción indivisa de su propiedad.⁶⁶

6) Vinculadas al pago de impuestos y expensas comunes

El incumplimiento de la obligación impuesta a los notarios por la normativa fiscal de constatar la inexistencia de deuda o, en su caso, retener los importes respectivos, ha generado una gran cantidad de decisiones judiciales.

En primer lugar, la jurisprudencia se encarga de señalar que esa obligación se basa en una normativa propia, diferente a las obligaciones que comprador y vendedor contraen entre sí.⁶⁷

Conforme la tendencia mayoritaria, que comparto, se trata de una obligación de resultado; por lo tanto, la constatación del incumplimiento patentiza presume la responsabilidad,⁶⁸ siendo a cargo del profesional la prueba de la causa extraña.

5, p. 67, AR/JUR/745999/2010, con nota de CABULLI, E., “La responsabilidad del escribano y la inscripción registral”.

65. *Ibid.*

66. Cám. Nac. Civ. Sala K, 16/08/2011, elDial.com - AA7048, publicado el 25/10/2011.

67. Cám. Nac. Civ. Sala F, 26/6/2009, ED 237-420.

68. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382 y en elDial.com - AA7891, publicado el 14/08/2012. Voto del Dr. Picasso. Los jueces Li Rosi y Molteni, en cambio, estimaron que se trataba de una presunción de culpa.

Algunos casos no son dudosos; así, el escribano responde si retiene sumas para el pago de obligaciones que recaen sobre el comprador y no las paga;⁶⁹ más aún, si en la escritura manifiesta, falsamente, que según el certificado que ha tenido a la vista, no recaen deudas sobre el inmueble.⁷⁰

También se lo ha condenado si, para acreditar el pago, se limitó a aceptar los recibos acompañados por la parte vendedora, pues "debió requerir una certificación emitida por la entidad fiscal en la que conste la inexistencia de deuda, o bien, retener las sumas correspondientes hasta tanto se corroboraran los pagos". En otros términos, la presentación de los recibos por la vendedora no constituye un hecho de un tercero por quien no debe responder si, finalmente, las sumas se debían y el comprador debió afrontarlas.⁷¹

7) Restituir los títulos. Retención indebida

Se ha condenado a un escribano a pagar daño moral si la compraventa finalmente se frustró y el profesional retuvo injustificadamente el título entregado por la vendedora, que no estaba obligada al pago de los honorarios, ya pagados por la parte compradora.⁷²

En cambio, con razón, se lo eximió, si el título, al parecer, se perdió en el banco acreedor, el escribano nunca tuvo el título a la vista y su participación fue posterior a la celebración del mutuo.⁷³

IV.D. El daño

El requisito del daño no presenta peculiaridades.

Como es sabido, la mera antijuridicidad no genera responsabilidad si no hay daño. Por eso, con razón, se ha decidido que el escribano no debe

69. Cám. Nac. Civ. Sala C, 26/11/2009, JA 2010-II-439 y ED 238-630. No obstante, en el caso, se considera que el daño no fue probado por la actora, desde que la deuda había sido pagada, al parecer por otra persona, que se había subrogado en los derechos del consorcio.

70. Cám. Nac. Civ. Sala F, 26/3/2013, Doc. Jud. Año XXIX, n° 31, julio 2013, p. 72, AR/JUR/10939/2013.

71. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382.

72. Cám. Nac. Civ. Sala L, 8/11/2013, JA 2014-II-533. El juicio se inició por cobro de pesos; la frustrada vendedora reconvino por daños (materiales y extrapatrimoniales); el tribunal rechazó la demanda e hizo lugar parcialmente a la reconvenición (acogió el daño extrapatrimonial).

73. Cám. Nac. Civ. Sala M, 10/6/2011, JA 2011-IV-451.

ser condenado por la mera transcripción en un acta notarial de una llamada telefónica efectuada al domicilio del actor, pues si bien no cumplió con las formalidades legalmente establecidas, en tanto omitió identificarse ante la persona que atendió el teléfono, ni tampoco le mencionó su derecho a no responder, el contenido de la conversación transcrita tiene poco o nada de reservado y el único dato privado que surge de ella, en el caso, lugar en donde se encontraba el hijo del actor, no posee virtualidad nociva alguna en relación a su vida privada".⁷⁴

La pérdida de la chance ha sido expresamente aceptada; así se ha entendido que el escribano es responsable por la pérdida de la chance de cobrar un crédito con garantía hipotecaria por no hacer un correcto estudio de títulos,⁷⁵ por no verificar la identidad de uno de los deudores,⁷⁶ etc.

V. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO POR EL HECHO DE LOS ADSCRIPTOS

La jurisprudencia ha seguido dando pasos firmes en el sentido de responsabilizar al escribano por los daños antijurídicos causados por los adscriptos, aun tratándose de actos dolosos, como por ej., extender un testimonio falso.⁷⁷

74. Cám. Nac. Civ. Sala A, 18/4/2013, LL 2013-E-9, AR/JUR/15404/2013, con nota de COBAS, M., "Derecho a la intimidad y prueba de los daños".

75. Cám. Nac. Civ. Sala E 2/10/2006, JA 2009-II-389, con nota de GASPAROTTI, V., "Responsabilidad civil del escribano".

76. Cám. 2° CC Mendoza, 23/4/2015, *Rev. Resp. civil y Seguros*, mayo 2016, año XVIII, n° 5, p. 103, cita 18) *Elonline* AR/JUR/38431/2015. En el caso, el tribunal entendió que el crédito cedido era litigioso, que no se había aún trabado embargo y que la deudora tenía un inmueble que se había inscripto como bien de familia con anterioridad, por lo que fijó la chance de percibir en el 50%.

77. Cám. Nac. Civ. Sala M, 6/4/2009, LL 2009-C-504, con nota de CALVO COSTA, C., "La responsabilidad del escribano titular de registro por el hecho de su adscripto" y en LL 2009-C-696 con nota de GIRALT FONT, J., "Límites de la responsabilidad del escribano titular por los actos de su adscripto", reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II p. 1657. En contra, CERÁVOLO, F., "Incorrecta extensión al titular del registro de la responsabilidad incumbente al adscrito por la escritura autorizada por este", *Rev. del Notariado* n° 860, 2000, p. 219, reproducido en ALTERINI, J. H. (dir.) *Derecho notarial, registral e inmobiliario*, Bs. As., La Ley, 2012, t. II p. 1626.

VI. LOS SEGUROS CONTRA LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. EL FONDO DE GARANTÍA NOTARIAL

Conforme la jurisprudencia predominante, el Colegio de Escribanos responde en su carácter de Administrador del Fondo Fiduciario de Garantía por los daños causados por el escribano a los damnificados,⁷⁸ incluso si el ardid fue realizado por los dependientes del profesional.⁷⁹

Se insiste en que la responsabilidad es *subsidiaria*; de allí que numerosas sentencias dejan constancia de que el Fondo responde "*previa excusión de los bienes del deudor principal y de pagada la indemnización del seguro de responsabilidad civil, si lo hubiese*".⁸⁰

El debate surge respecto a cuáles son los actos por los cuales el fondo debe responder.

Conforme la tendencia mayoritaria, esa responsabilidad subsidiaria opera respecto de los *actos notariales*, no pudiendo ser expandidos discrecionalmente por vía judicial a otras actividades que, aunque se han realizado en el ámbito de la escribanía, no configuran esos actos notariales; por eso, se libera de responsabilidad al fondo fiduciario del Colegio por los daños derivados del ejercicio de la *intermediación financiera*, pues esta actividad no constituye una función notarial.

Otros, por el contrario, entienden que el fondo responde, en tanto se trata de daños nacidos con motivo de la función notarial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación puso fin al debate; en un caso, la actora reclamaba a la notaria la restitución de las sumas de moneda extranjera que le había entregado en calidad de depósito para que la profesional las colocara en hipoteca, autorizando los correspondientes mutuos asegurados con garantía real. El más alto tribunal del país entendió que recibir dinero en depósito para aplicar a futuros mutuos constituye una actividad de intermediación financiera totalmente ajena e incompatible con la función notarial. La profesional no intervino en calidad de tal sino como

78. Cám. Nac. Civ. Sala E 2/10/2006, JA 2009-II-389, con nota de GASPARETTI, V., "Responsabilidad civil del escribano". Ídem sala A, 09/05/2016, Rubinzal, cita *online*: RC J 3992/16.

79. Cám. Nac. Civ. Sala A, 18/11/2013, *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2014, año XVI, n° 3, p. 87.

80. Cám. Nac. Civ. Sala A, 1/6/2012, JA 2012-IV-382 y en elDial.com - AA7891, publicado el 14/08/2012.

asesora financiera. Por lo tanto, respondía ella del daño causado, pero no el Fondo.⁸¹

Por otro lado, se constata que el seguro de responsabilidad notarial está muy difundido. No son pocos los procesos en los que intervienen compañías aseguradoras.⁸²

VII. CLÁUSULAS ABDICATIVAS

¿Son válidas las cláusulas por las que las partes liberan al escribano de algunas obligaciones o, incluso, las que liberan de responsabilidad por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso?

Según el art. 1743 “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

En mi opinión se adecua a esta normativa, la sentencia que rechazó la demanda contra un escribano por los daños derivados de la demora en el trámite de afectación de la vivienda por considerar válida una cláusula mediante la cual el actor declaró que lo liberaba de responsabilidad porque el tiempo transcurrido hasta la constitución de la afectación obedeció a que

81. CSN 2/10/2012, JA 2013-I-684, con nota de SAUCEDO, R., “La responsabilidad del Colegio Notarial por el mal desempeño de sus miembros” y en LL 2013-B-79, con nota de MIHURA DE ESTRADA, B., “Responsabilidad del escribano por actos realizados fuera de su función”; elDial.com - AA7A5F, Publicado el 30/10/2012. La Corte revoca una decisión de la Sala H que había extendido la responsabilidad al Fondo de Garantía. La misma posición había sido asumida por la Sala I (Ver Cám. Nac. Civ. Sala I, 19/4/2011, LL2011-E-1, con nota de CALVO COSTA, C., “Responsabilidad civil notarial y extensión de la condena al fondo de garantía del colegio de escribanos”. Por el contrario, la posición finalmente sostenida por la Corte había sido sostenida por la Cám. Nac. Civ. sala F, 5/10/2011, AR/JUR/81063/2011, LL 2012-C-438, con nota de CABULI, E., “Fondo de garantía del colegio de escribanos. Irresponsabilidad por actos del escribano ajenos a su función”.

82. Ver, por ej., Cám. Nac. Civ. Sala H, 16/10/2012, *Rev. Resp. civil y Seguros*, marzo 2013, año XV, n° 3, p. 129, AR/JUR/59084/2012; Cám. Nac. Civ. Sala C, 26/11/2009, JA 2010-II-439 y ED 238-630.

él había extraviado el original de la escritura.⁸³ Adviértase que, en caso, (1) la renuncia fue posterior a los hechos dañosos (demora en la inscripción); (2) no se acreditó vicio alguno de la voluntad; (3) no afectaba un derecho indisponible, desde que la afectación de la vivienda depende de la voluntad del propietario; (4) en tales circunstancias, la renuncia no se muestra como abusiva, contraria a la buena fe, las buenas costumbres y leyes imperativas; tampoco aparece el dolo del deudor ni de las personas por las cuales debe responder.

Si se aplicara la ley de protección de los consumidores, la cláusula sería ineficaz; para liberarse, al notario no le bastaría invocar la cláusula, sino que efectivamente, la mora obedeció a hechos de quien se dice damnificado.

VIII. CONCLUSIONES PROVISORIAS

El CCyC ha recogido la jurisprudencia vigente al momento de su entrada en vigencia. Las normas incorporadas han servido para mejorar la posición del dañado por las conductas antijurídicas del notario; tales son las que: (i) califican expresamente como responsabilidad objetiva el incumplimiento de una obligación de resultado; (ii) en los supuestos de responsabilidad subjetiva, cuando existe especial dificultad de probar, las que distribuyen la carga de la prueba con quien está en mejores condiciones de aportarla; (iii) colocan los derechos fundamentales como faro iluminador de la problemática.

Así lo entiende la mayoría de los operadores jurídicos que, de buena fe, lo interpretan en forma sistemática y razonable.

83. Cám. Nac. Civ. Sala A, 29/8/2013, *Rev. Resp. civil y Seguros*, febrero 2014, año XVI, n° 2, p. 123.