

## LA EQUIDAD: EL INSTITUTO EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL\*

Por **Nelly A. Taiana de Brandi**

Si bien nuestro Código Civil no enumera en forma expresa a la **equidad** entre las fuentes subsidiarias del derecho, su vigencia resulta de una lectura armónica de su articulado, ya sea que se la invoque en forma directa o cuando se hace referencia a criterios, manifestaciones o conceptos pilares que le son propios.

Respecto del primer supuesto, el Código velezano hace referencia expresa a la **equidad** en los artículos 1069 y 907<sup>1</sup> cuando acude a ella como medida del resarcimiento del daño no doloso, en el artículo 1198<sup>2</sup> para impedir la resolución del contrato por aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad sobreviniente, en el artículo 1306<sup>3</sup> al disponer sobre la carga de los alimentos pasados por un cónyuge al otro durante el juicio de divorcio, en el artículo 1316

---

\*Especial para *Revista del Notariado*.

(1) Artículo 1069: “[...] Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere **equitativo** [...]”. Artículo 907: “[...] Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de **equidad**, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima [...]”.

(2) Artículo 1198: “[...] En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato [...]”.

(3) Artículo 1306: “[...] Los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio se imputarán en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez, fundado en motivos de **equidad** derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlos pesar sobre el alimentante [...]”.

bis<sup>4</sup>, al prever el reajuste de los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal en disolución, en el artículo 515<sup>5</sup> al definir la obligación natural, en el artículo 954<sup>6</sup> al prever la nulidad del acto celebrado con error, dolo, violencia o intimidación o, en su defecto, un reajuste del convenio, en el artículo 1638<sup>7</sup> cuando habilita al juez a reducir el resarcimiento al locador, cuando el locatario desiste de la ejecución de la obra, en el artículo 1825<sup>8</sup> al reconocer carácter oneroso a las donaciones remuneratorias, en el artículo 3477<sup>9</sup> al regular el valor que se dará a las sumas de dinero recibidas por los herederos que se deben la colación entre sí, en el artículo 3754<sup>10</sup> cuando prevé el pago del heredero al legatario del valor de la cosa ajena legada adquirida por el último a título oneroso.

A su vez, hay numerosas disposiciones que hacen aplicación directa de los criterios propios de la **equidad**, entre ellos, el artículo 1071<sup>11</sup> al rechazar el ejercicio abusivo del derecho y el artículo 1627<sup>12</sup> al prever el arbitraje para establecer el precio de un trabajo o servicio.

Por su parte, la **equidad** preside los tan mentados nuevos medios alternativos de solución de conflictos: la mediación y el arbitraje.

Pertenezco al grupo de hombres de derecho que creemos que sin **equidad** no hay justicia, sino tan sólo juridicidad que, por supuesto, no son términos equivalentes. En consecuencia, postulamos que la **equidad** presida la interpretación del derecho; su aplicación lineal y rígida al caso concreto no satisface en plenitud las necesidades de los integrantes de la comunidad, que pierde así la justificación natural y ética de su existencia y permanencia.

Más allá de su reconocimiento por el derecho vigente, el operador tiene ante sí un dilema a resolver en el que confrontan dos principios de igual jerarquía; por un lado, la ausencia de norma suficiente aplicable a un caso concre-

(4) Artículo 1316 bis: “[...] Los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos **equitativamente** [...]”.

(5) Artículo 515: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales [...] Naturales son las que, fundadas sólo en el derecho natural y la **equidad**, no confieren acción para exigir su cumplimiento [...]”.

(6) Artículo 954: “Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación [...] El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste **equitativo** del convenio [...]”.

(7) Artículo 1638: “El dueño de la obra puede desistir de la ejecución de ella por su sola voluntad [...] Empero los jueces podrán reducir **equitativamente** la utilidad a reconocer [...]”.

(8) Artículo 1825: “Las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos a título oneroso, mientras no excedan una **equitativa** remuneración de servicios recibidos”.

(9) Artículo 3477: “Los ascendientes y descendientes [...] deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto [...] Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un **equitativo** reajuste según las circunstancias del caso”.

(10) Artículo 3754: “Si el testador ordenare que se adquiriera una cosa ajena para darla a alguna persona, el heredero debe adquirirla y darla al legatario [...] Si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario, antes del testamento, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido a título oneroso y a precio **equitativo**”.

(11) Artículo 1071: “[...] La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos [...]”.

(12) Artículo 1627: “El que hiciere algún trabajo o prestare algún servicio a otro puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiere ajustado [...] entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros”.

to y, por la otra parte, una necesidad humana que requiere una respuesta justa, no sólo legal. No se me escapa que la decisión no depende sólo de una valoración jurídica. Entran a tallar otras disciplinas conexas, todas ellas de base filosófica. Si la resolución prioriza los intereses individuales y la pacífica convivencia, habrá de imponerse la necesidad de recurrir a la equidad.

Mas no creemos que la **equidad** sea privativa del ámbito adversarial, jurisdiccional o arbitral. El dilema planteado también deberá ser resuelto por el notario en cada oportunidad en que ejerza su ministerio como magistrado de la paz y la seguridad jurídica. Así, los invoca el Fuero Juzgo “*mandaderos de la paz y avenidores*”. Negarse al requerimiento de un particular pretextando la ausencia de norma expresa es un acto de arbitrariedad que confunde roles y constituye al notario en juez inapelable, causante de daños irreparables.

En lo personal, estamos convencidos de que la actividad notarial es pionera, desde sus inicios, en el ejercicio de la **equidad**. La ejerce cuando concilia pretensiones antagónicas y conduce a los contratantes hacia la coincidencia que permitirá el alumbramiento de la norma particular –el negocio jurídico– que dé respuesta válida y eficaz a las expectativas de todos los involucrados. La **equidad** supone el desarrollo de habilidades y aptitudes necesarias en la labor profesional que permitan al notario actuar con imparcialidad, en una actitud neutral, con capacidad profesional, especialización calificada y responsabilidad ética frente al requerimiento de los intervinientes, ofreciendo alternativas y naturales variantes que recepten las peculiaridades negociales, en una labor integrativa y de colaboración que merezca el respeto de la comunidad. Allí reside justamente la utilidad de nuestra función que asegura nuestro prestigio y supervivencia y nos mantiene vigentes e irremplazables.

Este tema tan actual y, a la vez, tan controvertido, fue el que desarrolló para nosotros el notario español Isidoro Lora Tamayo.

## La persona del disertante

Quienes tuvimos la gratisima oportunidad de escucharlo el día 11 de junio de este año, accedimos en su disertación a la palabra de un colega que no pierde oportunidad de transitar los temas que nos son caros a nuestro desempeño, de un jurista de excepción y de un maestro por la claridad con que comunica sus conocimientos profundos y su rica experiencia.

Al escuchar gente de la talla de nuestro expositor siento deseos de escribir sobre las dotes que hacen de algunos un Maestro, título que pocos pueden ostentar porque corresponde al ejercicio de un ministerio que requiere virtudes no muy comunes en el ser humano, poco dispuesto a dar sin retaceos ni reservas en una actitud de servicio generosa y abierta. De lo que no cabe duda que **Isidoro Lora Tamayo** lo es.

## Desarrollo de la disertación

### Ubicación del concepto en el derecho

Nuestro disertante caracteriza a la **equidad** como una fuente del derecho

que tiende a obtener una solución más justa del caso, que busca “concretar la idea del derecho”, que nace de la necesidad de particularizarlo, de circunstanciarlo, dado su carácter general y abstracto.

Limitar la **equidad** a los principios generales del derecho, el derecho natural, el poder corrector del juez, la consideración de la igualdad, la ponderación de las circunstancias de hecho es reducirla en su verdadera amplitud y alcances, para quedarnos en manifestaciones parciales de ella olvidando el todo.

Nuestro expositor invoca a Aristóteles para afirmar que no se trata de una clase de justicia, sino que lo equitativo es justo. Por consiguiente, rechaza su carácter de adjetivo calificador de la justicia y predica que se trata de un criterio que debe primar en la determinación, interpretación e integración del derecho positivo de tal manera de obtener una solución “humanitaria”, adecuada al caso particular. “**Equidad**” es sinónimo de “justicia individualizada”, es el criterio capaz de acotar y atenuar el rigorismo de la norma expresa vigente.

Con Castán Tobeñas rechaza la idea que ve en la **equidad** una forma de hacer más benévola la justicia y se inclina por ver en ella la manera de obtener un derecho más flexible, más humano.

Reproduce textualmente de su connacional Pinto Ruiz que “la **equidad** como principio directivo se desenvuelve en la praxis como un modo de bien juzgar o de bien prevenir o proveer que [...] depende más que del derecho positivo de la sensibilidad, formación, prudencia, exquisitez de quien la acoge [...]”.

Su vigencia es hoy derecho positivo consagrado en el Título preliminar del Código Civil español.

#### La equidad y el notario

En el contexto descrito, el ejercicio de la **equidad** en el campo notarial es propio de la función y constituye un deber profesional, presente en su labor de consejo y al configurar el negocio. Dice con Castán Tobeñas que los notarios acuden a ella “como elemento constitutivo del derecho convenido tanto en su determinación como a efectos interpretativos e integrativos de las normas”.

Al rescatar con vehemencia el ejercicio de la **equidad** en la “aplicación de las normas jurídicas”, rechaza que se trate de una materia reservada exclusivamente a jueces y árbitros.

Con el español Rodríguez Adrados ve en la **equidad** el procedimiento que posibilita la aclimatación de las nuevas normas y la apertura a nuevas necesidades. Si bien coincide con el mismo autor en que el notario debe prescindir en su actuación de toda opinión puramente personal, al igual que los notarialistas italianos, se niega a que éste “sea intérprete de segundo grado”, propicia que tenga el “coraje de no andar a remolque [...] informado pasivamente de la jurisprudencia” y provea lo que Cándido Paz Ares llama la “ordenación privada”, comportándose como un “legislador sustituto” productor de un derecho más nutrido, fruto de su pericia jurídica y su experiencia acumulada.

Para algunos autores, no hay vacíos legislativos porque parten del supuesto de que la **equidad** permite enunciar aquello que el legislador hubiese dis-

puesto de haber previsto el hecho concreto. Para otros autores, existe ese vacío legal y la **equidad** permite resolverlo.

Desde cualquiera de ambas posiciones, la **equidad**, como “compañera inseparable de la justicia”, va más allá de la interpretación de la ley y de la analogía; se trata de aplicarla a supuestos que el legislador no previó en concreto, pero respecto de los cuales existe identidad de razones o principios. El procedimiento que le es propio permite al notario la elaboración notarial del derecho mediante la creación de negocios jurídicos válidos con más una adecuación de la voluntad a la norma vigente y a los principios y conceptos claves que la inspiran dentro de un marco de respeto a los intereses en juego; permite dar fuerza legal a nuestro diario quehacer.

Encuentra ejemplo de este auxilio inestimable en la aplicación por extensión de la ley de propiedad horizontal, nacida para regular la “propiedad de casa por pisos”, a otras edificaciones y urbanizaciones más complejas y a relaciones jurídicas no contempladas en la norma escueta.

#### La equidad en el Código Civil español

Una primera lectura del texto del Título preliminar que la prevé parece restringirla a los casos en que la ley la admite, alcance que condice con los enunciados desarrollados en la Exposición de Motivos. Deja claro Lora Tamayo, en coincidencia con la mayoría de los autores españoles, que la admisión del instituto no requiere el empleo estricto de la palabra. Sin embargo, nuestro expositor glosa a Castán Tobeñas y a Vallet, quienes se niegan a restringir el ejercicio de la **equidad** a los supuestos de remisión legal expresa para reconocer su andamio en muchísimos casos en los que actúa “disfrazadamente” a través de la previsión de un derecho flexible o de la invocación de institutos o criterios que la desarrollan y pone como ejemplos el arbitrio judicial, el arbitraje de la **equidad**, el abuso del derecho, la buena fe, la justa causa, la diligencia del buen padre de familia, las buenas costumbres, la realidad social, y así continúa en una amplia enumeración.

Sigue Lora Tamayo refiriéndose a la postura de Vallet que, si bien sostiene que la **equidad** no puede rectificar ni contradecir la norma, puede determinar la no aplicabilidad de ella en tanto resulte inadecuada para obtener una sentencia justa en el caso concreto.

Por otra parte, el expositor observa con agudeza que la aplicación de la **equidad** no significa en todos los casos atemperar la norma, en algunos supuestos puede justificar la exigencia de un rigor mayor.

Por último, invocando a Vallet, el expositor ratifica la interrelación integrativa entre **equidad** y analogía por ser una característica de la primera la similitud.

De lo expuesto infiere el conferenciante que el juicio de **equidad** no es ni subjetivo ni arbitrario, sino conclusión prudente, consecuencia de los principios generales que informan el derecho de una comunidad.

La equidad en el quehacer diario notarial

El disertante señala numerosos campos en los que el notario ejerce la **equidad** y acude para ello a sus experiencias: **a) en la aplicación de las normas**, a fin de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, reducir costos siempre que no queden comprometidos los intereses de la parte menos informada en la relación, hacer distinciones sobre la base de las peculiaridades de los hechos concretos, allí donde la norma no distingue; **b) en el campo negocial** al momento de la configuración de la norma particular voluntaria, oportunidad en la que debe aplicar criterios propios de la **equidad**, conjugando en un conjunto situaciones que aisladas son insuficientes, en un desempeño prudente y de buen sentido, que recorte los excesos de una solución puramente legalista, exigiendo la buena fe y rechazando supuestos de abuso del derecho y de fraude a la ley para la salvaguarda de intereses que de lo contrario podrían carecer de protección jurídica; y **c) en las comprobaciones notariales, los juicios por notoriedad y la esfera administrativa**, o sea, en aquellas escrituras o parte de ellas en las que el protagonista es el notario y no los comparecientes, situaciones en las que su proceder equitativo puede evitar perjuicios irreparables y, aun, las consecuencias de la actuación arbitraria de la Administración o de los funcionarios individuales.

Sus observaciones son muy agudas cuando se refieren a la necesidad de una buena redacción que permita conocer las circunstancias que han llevado al notario a actuar con **equidad** y mayor diligencia, sin abandonar la imparcialidad formal y sustancial que debe presidir su limitado asesoramiento en este tipo de actos.

Muy interesante resulta su referencia a los requerimientos que reciben los notarios de los inmigrantes indocumentados que llegan a España y sus consideraciones sobre actuaciones notariales dictadas por un criterio de **equidad** que, si bien pueden tildarse de fracasadas, pueden resultar útiles como indicios a ser apreciados por las autoridades españolas en beneficio de los requirentes.

Específicamente justifica supuestos de intervención en actos de referencia o de prevención a partir de julio de 2001, aun en actos de requerimiento en sentido técnico.

Hacemos votos para que la Universidad Notarial Argentina, ámbito en el que escuchamos a Isidoro Lora Tamayo, publique completa su exposición para satisfacción de tantos colegas que no tuvieron la oportunidad de estar presentes en el desarrollo de un tema de siempre, planteado en su trascendencia actual desde un enfoque netamente notarial.