

PRESENTACIÓN DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA RESPECTO DEL ACTUAL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.-

Señora Presidente
Senadora Diana Conti
Comisión Bicameral
Reforma, Actualización y Unificación
De los Códigos Civil y Comercial de La Nación
Presente:

De nuestra mayor consideración:

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba quiere, por intermedio de la presente, efectuar una serie de sugerencias de modificación a parte del articulado del actual Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en estudio en vuestra Comisión.-

Previo a ello, queremos destacar que se comparten los declamados aspectos valorativos del Proyecto, señalados en sus fundamentos: identidad cultural latinoamericana, constitucionalización del derecho privado, igualdad real plasmando una **ética de los vulnerables**, con especial regulación de los derechos del niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor y las comunidades originarias, reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva y, finalmente, un sólido esfuerzo para promover la **seguridad jurídica** en todos los ámbitos.

Se coincide igualmente, en líneas generales, en el método adoptado, respecto del cual existe uniformidad de criterios en toda la doctrina jurídica argentina, así como la intención de que la redacción de las normas sea lo más clara posible, facilitando su entendimiento no solo por los profesionales sino, especialmente, por el ciudadano común.

Destacamos igualmente el correcto enfoque que se realiza en sus fundamentos, de la esencia de la profesión-función del notario argentino: **“brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes”**. De esta forma, el Estado Argentino reconoce una vez más la trascendencia institucional de la figura del notario de tipo latino, distinta del denominado “notary public” del sistema anglosajón de Derecho, comúnmente denominado de “Common law”.

En efecto, en nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, de protección del ciudadano, en oposición al sistema anglosajón de seguridad únicamente económica, el legisla-

dor ha encontrado un eficaz camino para resguardar y proteger la moralidad, la buena fe, la igualdad, el equilibrio, la defensa de la ley, en todos los actos de la vida privada de los habitantes de la Nación, a través de su intervención directa, bajo la figura del notario argentino, investido de facultades fideicomitadas y con graves responsabilidades profesionales, en los actos más importantes de la vida de los ciudadanos, como acertadamente se mencionara en los fundamentos del Anteproyecto.

No obstante lo expresado, como lo manifestáramos al comienzo y con espíritu de colaboración, entendemos, luego de un período de profundo análisis y reflexión, que existen algunas cuestiones puntuales que deberían modificarse en el articulado bajo análisis a fin de cumplir con mayor precisión y claridad con los objetivos propuestos.

Así, estimamos pertinente efectuar al Proyecto las siguientes modificaciones, a saber:

1.-) LIBRO PRIMERO - Título IV - Capítulo 5 - Sección 3º:

“Artículo 288. Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.”

La norma transcrita reconoce su antecedente en el artículo 266 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, redactado por la comisión designada por Decreto P.E. N. 685/95 que, en su segundo párrafo, disponía: “...*En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla; y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”.*

La preocupación que genera la norma proyectada y bajo estudio, excede la incorrecta metodología utilizada al confundir acto jurídico con instrumento portante del mismo, toda vez que reconoce su causa en el hecho de desconocer absolutamente elementales principios jurídicos y, particularmente, la evolución legislativa operada en nuestro país y que concluyó en la ley 25506 denominada de “Firma Digital”.

En efecto y en materia de instrumentos privados, la norma general en nuestro Derecho, el artículo 1012 C.C., dispone expresamente que todo instrumento privado para considerarse tal, debe contener la firma – ológrafa- de sus otorgantes.

Bien sabido es que la firma, en nuestro Derecho, cumple una doble función: de identificación de la persona que la realiza, y de declaración de voluntad, adhiriendo al contenido del documento en el cual se encuentra inserta.

Esta doble función que cumple la firma, particularmente la segunda, la más importante, hace, precisamente, que la legislación deba arbitrar todos los medios a su alcance para que siempre se asegure su cumplimiento, cualquiera sea el soporte que se utilice.

Nótese en este sentido que en materia de instrumentos privados, es excepcionalísima la posibilidad de no contar con la firma, como requisito de existencia, en un instrumento privado –posibilitando la colocación de la impresión digital del otorgante con la firma a ruego de un tercero- contemplado casi con exclusividad cuando estamos dentro de la esfera de los instrumentos públicos, donde el oficial o funcionario público se constituye en la garantía del cumplimiento de la doble función referida.

El Código Civil no ha definido a la firma en ninguno de sus artículos, siendo la única conceptualización aquella que consta en la nota al art. 3639: “La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido, es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente lleva el apellido de la familia, pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de ésta manera”.

De lo expuesto, podemos concluir que la primordial función de la firma la constituye la función declarativa, que es la que exige una actuación personal del firmante, imponiendo al documento una grafía. Y esta firma del otorgante es esencialmente la manifestación del consentimiento con el contenido del documento: por ello constituye un elemento esencial del negocio y del documento.

De allí que, en materia de instrumentos generados por medios electrónicos, el artículo 2° de la ley 25506 define a la firma digital como “el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.”

Conforme la legislación actualmente vigente en nuestro país, la “firma digital” –única, a nuestro criterio, compatible con el régimen de la firma hológrafa- goza de lo que llamamos una presunción “iuris tantum” a su favor, esto es: un documento generado por medios electrónicos y firmado digitalmente, se presume salvo prueba en contrario, que proviene del suscriptor del certificado asociado al mismo, y que su contenido no ha sido modificado. Es el titular quien deberá demostrar que la firma –digital- no le pertenece.

De aprobarse la norma proyectada, automáticamente quedaría derogado no solamente el artículo 2°, sino toda la ley 25506, atento que únicamente se exigiría “... un método que asegure razonablemente (¿?) la autoría e inalterabilidad del instrumento.”

Llama poderosamente la atención que una legislación que se autodefine como de avanzada por sus propios autores, contenga en el segundo párrafo del art. 288 transcripto, la única referencia a una cuestión

de tanta trascendencia para la actual y las próximas generaciones de argentinos, como lo constituye la problemática vinculada con la firma digital, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada.

Y mayor preocupación produce, lo reiteramos, que la única referencia que se realiza, produzca lisa y llanamente, la caída integral de un sistema de seguridad jurídica en materia de documentos electrónicos que, lentamente, había comenzado a implementarse en el país, empezando por las administraciones públicas.

Entendemos por ello que para evitar las graves consecuencias que eventualmente podrían producirse, simplemente debería suprimirse el segundo párrafo del proyectado artículo 288 del Proyecto, manteniendo así, incólumes, las disposiciones de la ley nacional 25.506 que ya cuenta con más de diez años de vigencia.

La única alternativa a éste camino, a nuestro criterio, sería, siguiendo el método adoptado de integrar al Código Civil diversas leyes especiales (13.512 de propiedad horizontal, 19.724 de prehorizontalidad, 14.394 que regula diversas materias, 18.248 del nombre de las personas, 25.509 de derecho real de superficie forestal, etc.), incorporar las disposiciones de la ley nacional 25.506 al Proyecto, en una Sección especial dentro del Capítulo 5 del Título IV del Libro Primero.

2.-) LIBRO PRIMERO – Título IV - Capítulo 5 - Sección 6°.

“Artículo 313.- Firma de los instrumentos privados. Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento”.

Conforme esta redacción, desaparece el principio, en nuestro Derecho, de que todo instrumento privado, para constituirse en tal, debe estar firmado por las partes u otorgantes.

Además, la norma se contrapone con dos de los grandes objetivos del Anteproyecto, planteados en sus fundamentos, cual lo constituyen la **desjudicialización** de la vida civil y una **adecuada protección de todos los habitantes de la Nación**, en particular, las personas **vulnerables**, o sea, aquellas que presentan debilidades económicas y culturales.

Corresponde recordar que conforme el sistema vigente en nuestro país desde la sanción misma del Código Civil, salvo contadas y puntuales excepciones taxativamente determinadas, la inserción de la impresión digital del otorgante de un acto o negocio jurídico, junto a la firma a ruego de una persona capaz y conocida por el autorizante, está únicamente prevista y contemplada en el otorgamiento y posterior autorización de actos y negocios jurídicos instrumentados mediante escrituras e instrumentos públicos. La razón de ser de esta solución receptada en forma pacífica desde tiempos inmemoriales por toda la doctrina y jurisprudencia nacional y, en especial, por toda la población del país, se encuentra esbozada en los mismos fundamentos del Anteproyecto: la intervención de un oficial público y en especial de un escribano público, resguarda ade-

cuadramente la seguridad jurídica en la contratación privada, toda vez que además de exigir una adecuada justificación de identidad de los otorgantes, lleva implícita la prestación del deber de consejo y asesoramiento, impidiendo además la presencia de vicios en la voluntad del otorgante, asegurando igualmente el equilibrio contractual, evitando abusos de todo tipo, y generando en el oficial público una gravosa responsabilidad ante el caso de incumplimiento de las tareas a su cargo.

Finalmente, introduce y mantiene en una moderna legislación cual es el Anteproyecto, una figura que ha caído en desuetudo, no contemplada en ninguno de los mas recientes anteproyectos de modificación de nuestro Código Civil, ni en los instrumentos públicos ni, en menor medida todavía, en los instrumentos privados: los testigos instrumentales.

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 313.- Firma de los instrumentos privados.- Los instrumentos privados deben estar firmados por los otorgantes o sus representantes. Excepcionalmente, en los casos previstos en forma expresa por la legislación especial, si alguno de los firmantes no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital.

3.-) LIBRO PRIMERO – Título IV - Capítulo 8 - Sección 2º.

“Artículo 380. Extinción. El poder se extingue: a.) por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento; b.) por la muerte del representante o del representado; c.) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa; d.) por la renuncia del representante, pero éste debe continuar en funciones hasta que notifique aquélla al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que configure justa causa; e.) por la declaración de muerte presunta del representante o del representado; f.) por la declaración de ausencia del representante; g.) por la quiebra del representante o representado; h.) por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”.

Cabe destacar el esfuerzo de los autores no solamente en concentrar en esta norma todos los supuestos actualmente comprendidos en forma expresa en el Código Civil vigente, sino las distintas interpretaciones y construcciones doctrinarias y jurisprudenciales.

No obstante, se advierte la ausencia de regulación, y con ello atento los principios generales, la imposibilidad de aplicación, de una figura ampliamente utilizada en la actualidad, a fin de prever un sinnúmero de supuestos y contemplar la resolución de muchísimos problemas que se suscitan en la contratación diaria: el

poder especial irrevocable con validez post-mortem contemplado en especial por la norma del actual artículo 1982 C.C.: *“El mandato continúa subsistiendo aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero”*.

En idéntico sentido, la norma del actual artículo 1980 C.C. dispone, en un supuesto tampoco contemplado en la normativa bajo análisis, que *“La muerte del mandante no pone fin al mandato, cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de su muerte. El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo.”*

Como se expresara, el mandato con validez post-mortem, además de ser una herramienta legal ampliamente utilizada en la sociedad actual, contribuye igualmente en la declamada intención de **desjudicializar** fuertemente la vida de los argentinos, toda vez que evita innecesarias intervenciones judiciales, atento a que en la mayoría de los casos, los inmuebles y demás bienes que constituyen el objeto de éste tipo de poderes, ya salieron del patrimonio del mandante-causante.

El ejemplo más común es el caso en que se suscribe un boleto de compraventa en el que se satisface la totalidad del precio y se hace simultánea tradición de lo vendido. Sólo queda pendiente la obligación del vendedor de otorgar la escritura traslativa del dominio, para lo cual confiere un poder irrevocable y con validez post mortem: va de suyo que es interés de las partes, que el poder no pierda su vigencia, ni por revocación, ni por fallecimiento del obligado.

Advertimos respecto de éste mismo artículo, en especial su inciso h.), que por idénticas razones y siguiendo las modernas tendencias en la materia, debería igualmente contemplarse la posibilidad de regular la irrevocabilidad del poder para un negocio de disposición, especial y determinado, ante la pérdida o, mejor, restricción de capacidad del representado o del representante.

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 380. Extinción. El poder se extingue: a.) por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento; b.) por la muerte del representante o del representado; la muerte del representado no pone fin al mandato cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de su muerte, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo; c.) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, y continuar subsistiendo aún después de la muerte del representado, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, determinado o determinable, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa; d.) por la renuncia del representante, pero éste debe continuar en funciones hasta que notifique aquélla al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que

configure justa causa; e.) por la declaración de muerte presunta del representante o del representado; f.) por la declaración de ausencia del representante; g.) por la quiebra del representante o representado; h.) por la restricción judicial al ejercicio de la capacidad del representante o representado, sólo en cuanto a los actos o tipo de actos cuyo ejercicio la sentencia limite. El poder continuará vigente para aquellos actos que deban realizarse dentro de la órbita de actuación permitida a la persona cuya capacidad se restrinja por sentencia judicial. La restricción judicial al ejercicio de la capacidad del representado no pone fin al mandato cuando ha sido dado en el interés común de éste y del representante, o en el interés del representante y/o de un tercero; cuando hubiese peligro en su demora y cuando fue otorgado para ser cumplido después de la pérdida del discernimiento del representado”.-

4.-) LIBRO SEGUNDO - Título III - Capítulo 3:

“Artículo 522.- Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de Seis (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.-

Como se expresa en los fundamentos del Anteproyecto, es indudable el interés del legislador y la real necesidad social de resguardar y proteger el inmueble, vivienda familiar, que constituye no sólo la sede del hogar conyugal, sino también de la ahora denominada “unión convivencial”.

No obstante ello, lo novedoso de la figura, la inexistencia actual de un Registro “local” de éstas uniones, las dificultades no sólo de su implementación y control, sino también de una efectiva y eficaz publicidad de sus asientos, tal como se encuentra redactada la norma, puede atentar gravemente contra la dinámica y la seguridad en las transacciones inmobiliarias, afectándose así otro bien jurídico que igualmente debe protegerse y resulta también de entidad superior, cual es la **circulación de los valores y los bienes**, que igualmente constituye todo un postulado del anteproyecto.

En éste sentido, entendemos que debe **resguardarse al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso**, aclarando que conforme construcción jurisprudencial unánime, la buena fe requerida para la protección del tercer adquirente, en los supuestos normativamente contemplados, es una buena fe activa, diligente.

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 522.- Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de Seis (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia. Quedan a salvo los derechos de los adquirentes de buena fe y a título oneroso.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

5.-) LIBRO TERCERO – Título IV - Capítulo 22:

a.-) “Artículo 1545: Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Debe producirse en vida del donante y del donatario.

El texto innova radicalmente respecto de la situación actual, toda vez que indica que la aceptación debe producirse en vida del donante. En realidad, no era necesario que lo dijera, pues ante la ausencia de una norma de excepción (como la que hoy rige en materia de donaciones), se aplicarán las normas generales sobre formación del consentimiento.

La norma actual del Código Civil (art. 1795), acercando las ofertas de donaciones a los testamentos, hizo una aplicación extensiva del instituto de la conversión, partiendo del supuesto de que quien en vida quiso donar, *a fortiori* quiso legar. Es decir que lo que –según los principios generales– no debiera valer como oferta, vale como legado. No quiere esto decir que la aproximación sea hoy absoluta, pues la oferta sigue siendo tal, pero sujeta a un régimen excepcional. Es decir que, en primer lugar, no es necesario que la misma tenga la forma exigida para los testamentos; en segundo, que el tiempo para aceptarla sigue regulado por las reglas generales, lo que lleva a esta conclusión: la oferta de donación que por excepción no caducará por la muerte del ofertante, puede haber ya caducado por el transcurso del tiempo útil para aceptarla o caducar luego por esa causa, y, por último, que el fallecimiento del donante no hará caducar su oferta siempre y cuando este hecho se produzca luego de que la haya remitido al donatario (consecuencia de la adopción de la teoría de la expedición para la formación del consentimiento). Además, de la forma prevista por Velez Sarsfield y cuyo mantenimiento se propone, se cumple igualmente con los postulados de todo buen Derecho, en el sentido de preservar y asegurar el cumplimiento de la voluntad del disponente.

En éste orden de pensamiento, no podemos imaginar que un ordenamiento que debe dotar de herramientas útiles y posibilitar distintos caminos para regular del mejor modo posible el aspecto patrimonial de la vida del ciudadano común, atienda otros intereses que no sean aquellos que conducirán al bien de todos.

Por otra parte se trata de Derecho Civil que es aquél que más “cerca” del ciudadano está, pues regula su hacer diario, siendo en este aspecto más importante que la Constitución misma.

Creemos que debe continuar la regulación actual, quitando del artículo la última frase y agregar al mismo lo que actualmente dispone el art. 1795.

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 1545: Aceptación. La aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones. Si el donante muere antes de que el donatario haya aceptado, puede este, sin embargo, aceptarla, y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa dada”.

b.-) Artículo 1549. Capacidad para aceptar donaciones. Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si el donante fuese el representante legal, se designa un tutor especial. Si la donación es con cargo, se requiere autorización judicial.

Encontramos aquí una modificación que entendemos sólo complica la aceptación de las donaciones que hoy, de acuerdo con la amplísima doctrina imperante en nuestro país, pueden efectuar los padres de un menor (conf. art. 1805), exigiendo la designación de un tutor oficial. Recordamos nuevamente que escuchamos de los autores del Anteproyecto y de la propia Presidente de la Nación el propósito de este nuevo anteproyecto de “desjudicializar” temas que no requieren de la intervención del Poder Judicial. La donación que hoy efectúan el padre o la madre o ambos a sus hijos menores, sin el nombramiento de un tutor especial, no ha ofrecido inconveniente alguno y no se ve, entonces, el motivo que explique esta modificación.

Reiteramos: No se advierte motivo alguno que aconseje la designación de un tutor especial para aceptar una donación que efectúen los padres a favor de sus hijos: la misma, por su propia naturaleza, sólo puede mejorar el patrimonio del menor, incrementándolo.

Por otra parte, no alcanzamos a comprender el porqué si la donación la efectúa al incapaz cualquier otra persona que no sea su representante legal, no se requiere la intervención de un tutor especial. Si se desconfía de este –seguramente pensando en que puede tener intereses contrapuestos con los de su representado– también debería exigirse la designación de un tutor en el primer caso.

En cuanto al supuesto de imposición de un cargo o de una condición-cargo, si bien la cuestión puede causar alguna duda, resulta claro que –como no podría en buen Derecho ser de otro modo–, sea el beneficiario incapaz o no, la obligación queda limitada, ya que no responde sino con la cosa donada, es decir que no queda obligado con sus bienes (conf. art. 1563 proyectado, tal como así también lo dispone el actual

1854).

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 1549. Capacidad para aceptar donaciones. Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal”.

6.-) LIBRO QUINTO – Título VIII – Capítulo 3:

Artículo 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. *La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores.*

Artículo 2458. Acción reipersecutoria. *El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.*

Artículo 2459. Prescripción adquisitiva. *La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante Diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”.*

Múltiples son los interrogantes que abren y plantean estas normas del Anteproyecto, teniendo especialmente en cuenta el intenso debate doctrinario, jurisprudencial y hasta parlamentario que originaron los actuales artículos 1831, 3955 y disposiciones concordantes del Código Civil, de profunda preocupación para el notariado nacional atento a la potencialidad de litigios que pudieron, pueden y podrían originarse frente a mutaciones inmobiliarias originadas en donaciones realizadas a herederos legitimarios o a terceros.

En éste sentido, para la solución de tan grave cuestión, deberemos tener siempre presente que un significativo porcentaje de “títulos suficientes” de titulares dominiales de inmuebles ubicados en todo el territorio nacional, se encuentra constituido, precisamente, por donaciones, en su mayoría a herederos legítimos (hijos), como una forma habitual de planificar una sucesión patrimonial ordenada.

Múltiples son igualmente los valores en juego, los bienes jurídicos a proteger, donde el legislador, en una decisión de política legislativa a implementar, tendrá que optar por proteger en primera instancia, aquellos que considera de mayor importancia a los fines de resguardar, de preservar la seguridad jurídica y la paz social: la protección del acervo hereditario y la porción legítima de los herederos forzosos, la buena fe negocial, la dinámica jurídica-inmobiliaria, la circulación de los bienes, la regla de la transparencia en la contratación privada, la protección del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, etc..

En la forma como se redactan las normas bajo análisis, por un lado no termina de resolverse la incertidumbre en cuanto a la bondad de un título de propiedad constituido –o que tiene en sus antecedentes- por un contrato de donación (todo lo contrario: se agigantan) y, por otro lado, se extiende su protección, transcurridos los diez años desde la adquisición de la posesión, no sólo a los donatarios, cualesquiera sean éstos, sino también a todos los subadquirentes, tengan o no buena fe negocial, rompiendo así un principio general de nuestro Derecho, en el sentido que únicamente merece la mayor de las protecciones, en res-

guardo como se apuntara de la circulación de bienes y valores, el subadquirente a título oneroso y de buena fe (buena fe activa, que implica, obrando como un buen hombre de negocios, analizar todos los antecedentes del inmueble a adquirir, pero que encuentran su límite en los “motivos fundados” que exige el art. 1425 del actual C.C.)

Se remarca, en éste sentido, el esfuerzo realizado para tratar de encontrar una solución para que los bienes donados “regresen” al camino de su circulación, transcurridos diez años desde que el donatario tomó posesión, tal como lo expresa el último de los artículos transcritos, toda vez que luego de ese lapso la posibilidad de accionar por reducción ya no procederá (para utilizar el lenguaje del texto proyectado). Pero, como se expresara líneas arriba, el texto no resulta suficientemente claro pues, además, si la posesión o la unión de posesiones debe ser “de buena fe” (art. 1901), no faltará la doctrina que vuelva a entender erradamente que el sólo hecho de conocer –o de deber conocer- que entre los antecedentes del título existe una donación, bastará para que esa buena fe no exista y se entienda que aun transcurrido el lapso fijado la acción procederá y pueda entonces el heredero preterido dirigirse contra el subadquirente.

Ahora bien, en este estado del desarrollo de éste punto, deseamos igualmente dejar aclarado en forma expresa que nunca el notariado argentino pretendió desproteger la legítima hereditaria. Nos parece muy bien que la legítima continúe defendiéndose, bien que reducida tal como se prevé, y sólo pretendemos que queden fijados en forma clara, precisa, los límites y alcances de las normas bajo estudio.

Reiteramos: Conforme la redacción que se presenta de los artículos bajo análisis, si la donación se efectúa (sea a favor de un heredero legítimo, sea a favor de un tercero), los bienes donados quedarán automáticamente fuera del comercio hasta el transcurso del plazo de diez años computados desde la adquisición de la posesión (lo que ya de por sí constituye un avance respecto de la situación actual).

Entendemos igualmente que resulta útil recordar que a la actual situación se llegó por la redacción que Velez dio al artículo 3955, que al referirse al heredero legítimo comienza diciendo: “La acción de reivindicación” lo que originó una importante discusión doctrinaria, no resuelta al día de la fecha, por la existencia de tres posturas: a.) el heredero preterido tiene una verdadera acción real para defender su legítima que le permite reivindicar el bien donado; b.) se trata de una acción personal que puede dirigirse contra el tercer adquirente; c.) el tercer adquirente queda a salvo de cualquier acción si lo fuere a título oneroso y de buena fe.

Así, entendemos que en el Anteproyecto se ha optado por una regulación que es contraria a la circulación de los valores, si bien como ya adelantamos, esta circulación se retomará transcurridos diez años desde la adquisición de la posesión (y con la discusión latente, además, respecto de la buena fe necesaria para la posesión, o para la accesión de posesiones).

De allí que, para cumplir además con uno de los grandes objetivos propuestos, cual lo constituye garantizar la seguridad jurídica y asegurar la circulación de los bienes y los valores, se impone reconocer en forma expresa en el Proyecto la protección del interés general a través de una adecuada protección de los

terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso; por lo demás, ya reconocida en otras normas, como por ejemplo la del art. 756.

Por lo expuesto, se sugiere que las normas deberían redactarse así:

“Artículo 2457. Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.

“Artículo 2458. Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario en dinero al perjuicio a la cuota legítima”.

“Artículo 2459. Acción de reducción. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

7.-) LIBRO PRIMERO – Título I – Capítulo 2 - Sección 3º:

a.-) “Artículo 39.- Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y se debe dejar constancia al margen del acta de nacimiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45, los actos mencionados en este Capítulo producen efectos contra terceros recién a partir de la fecha de inscripción en el Registro.

Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral”.

b.-) “Artículo 44. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”.

De entrar en vigencia, estas normas resultarán graves consecuencias para la labor notarial. Fácil es concluir que los escribanos deberíamos solicitar los informes respectivos al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Ahora bien, no estando preparado este organismo para responder estas solicitudes ante peticiones realizadas desde todos los extremos de la vasta geografía nacional, y no existiendo hoy ni habiéndose previsto la creación de un Registro Nacional de Anotaciones Personales, tal como están redactados los artículos transcritos –que regulan e imponen la registración de la sentencia declarativa de la extensión y alcance de la incapacidad– en la práctica la protección buscada no se alcanzará.

Por tal motivo y hasta tanto no se cree el registro nacional mencionado –tantas veces sugerido y reco-

mendado, o eventualmente que el notariado tome a su cargo la gestión del Registro Civil, como se propuso en la jornada—, entendemos que debe establecerse que la sentencia debe ser también inscripta en los registros de la propiedad de inmuebles y de otros bienes registrables, para no sólo proteger debidamente a la persona con capacidad restringida, sino también a los adquirentes de buena fe y a título oneroso, asegurando así la circulación de los valores, que debe ser todo un postulado de la ley.

Por lo expuesto, se sugiere que ambas normas deberían quedar redactadas así:

“Artículo 39. Registración de la sentencia. La sentencia debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al margen del acta de nacimiento, y en los demás registros en donde estas personas resulten ser titulares de bienes”.

“Artículo 44. Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia, realizados con posterioridad a su debida inscripción”.

8.-) LIBRO PRIMERO - Título IV – Capítulo 5 – Sección 5º.-

a.-) Artículo 303.- Abreviaturas y números. No se deben dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas, o iniciales. Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico.”.

Se considera conveniente permitir el uso de abreviaturas siempre que se trate de la transcripción de constancias de otros documentos, o de aquellas que tienen un significado científica o socialmente aceptados con sentido unívoco (vgr. D.N.I., C.U.I.T., V.I.R., etc).

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 303.- Abreviaturas y números. No se deben dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto cuando se trate de constancias de otros documentos que se transcriben, o sean signos o abreviaturas científica o socialmente admitidos en sentido unívoco. Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico”-

b.-) Artículo 306.- Justificación de identidad. La identidad 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.”

Se considera conveniente mantener la posibilidad de identificación de los otorgantes a través de **testigos de conocimiento**, conforme hoy lo permite el art 1002 del Código vigente (cfr. Ley 26.140), en razón

de su amplia utilización en vastas regiones del interior del país ante la eventual carencia de un documento suficiente a los fines de la correcta identificación. Asimismo, se sugiere que los testigos de conocimiento puedan ser identificados por conocimiento del autorizante o mediante la exhibición de documento idóneo.

Se cumple de esta manera, con los principios de atención y protección de los sectores más vulnerables del país, quienes son, en la generalidad de los casos, quienes con más frecuencia necesitan justificar su identidad a través de ésta vía, para importantes actos de la vida ciudadana, con el control, protección y asesoramiento del notario público.

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 306. Justificación de identidad. La identidad 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;

c.) por la declaración de dos testigos que serán responsables de la identificación; los testigos deberán a su vez identificarse conforme alguno de los incisos anteriores”

c.-) “Artículo 309.- Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.”

La terminología empleada dista de ser precisa y no concuerda con la utilizada en otros artículos. Así, destacamos:

Tiempo o fecha: Podría llegar a entenderse que la palabra “tiempo” importa la determinación de la hora, cuando lo estrictamente necesario es la fecha, conforme el art. 305 inc. a del Anteproyecto.

Conforme el mismo a solicitud de las partes o si el escribano lo juzga conveniente, puede hacerse mención a la hora en que se otorga el acto, pero la inobservancia de tal mención nunca puede acarrear la nulidad del instrumento; sí, en todo caso, la falta de la fecha, que por lo demás puede ser deducida o complementada (data indirecta) como lo ha sostenido doctrina y jurisprudencia calificada.

Partes u otorgantes: Se exige la firma de las partes, cuando estrictamente debe exigirse la de los otorgantes conforme lo hacía el Proyecto de 1998.

El concepto de parte corresponde a la posición en el negocio instrumentado y no al carácter de sujeto instrumental con el que se comparece al otorgamiento del documento. Así, podría la parte no comparecer personalmente, siendo representada por otra persona, quien revestiría el carácter de compareciente y no de parte; es sin dudas la firma del compareciente u otorgante la que la norma debe exigir y no la de la parte

negocial. Por lo demás, existen otros comparecientes al acto, conforme surge del mismo texto del artículo 301 del articulado proyectado, que en el que claramente se establece la diferencia expresando que: *“El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes...”*

Por lo demás, el concepto de parte del contrato surge del artículo 1023 del proyecto, y claramente no debe ser confundido con el de otorgante del instrumento.-

Firma a ruego: Es doctrina prácticamente unánime en el ámbito nacional que una de las posibilidades de aplicación de la denominada “firma a ruego”, lo constituye el hecho de que uno de los otorgantes del acto no pueda o no sepa firmar. La norma que discutimos, extiende innecesariamente el supuesto al caso de la persona que no pueda o no sepa escribir, cambiando diametralmente el supuesto de hecho que prevé la norma y alterando con ello la redacción y sentido del actual artículo 1001 C.C..

Recordamos simplemente en éste punto las enseñanzas de Carnelutti al afirmar, como una de las funciones de la firma, la declarativa, esto es, asumir la paternidad del documento que se firma, importando así una declaración de conformidad que es precisamente, lo que interesa en materia de instrumentos públicos ante la presencia de un oficial, funcionario o escribano publico (Carnelutti, Francesco, “Estudios sobre la suscripción”, en “Estudios de Derecho Procesal”, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1952, vol. I, pag. 579).

Por lo expuesto, se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

“Artículo 309.- Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación de la fecha y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, su firma, la firma a ruego de ellos cuando no saben o no pueden firmar, la firma del escribano, y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.”

9.-) LIBRO CUARTO, Título XIII – Capítulo 1:

“Artículo 2189. Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravámen.

El crédito puede estar individualizado en todas los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografía, sea por capital, intereses, costas, multas u otros conceptos. El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de Diez (10) años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia”.

Gravísimos serán, a nuestro criterio, los problemas que traerá aparejado, de inmediato, la sanción de la norma tal cual se la propone en el Anteproyecto.

La circulación de la riqueza, el crédito hipotecario y con ello una esencial herramienta para el desarrollo de la economía, encontrarán en ésta disposición, armonizada con otras del mismo Anteproyecto (véase por ejemplo, art. 765.) un serio freno a su normal desenvolvimiento.

Dos cuestiones son las que resultan delicadas en la redacción de la norma: el monto total, definitivo, que resulta objeto de la garantía real, de la garantía privilegiada que constituye todo derecho real de hipoteca; y el exiguo plazo fijado (10 años), sensiblemente menor a las necesidades de financiamiento, por ejemplo de los adquirentes de su vivienda familiar y permanente.-

Atento a la historia económica de nuestro país –que esperamos fuertemente que no repita sus ciclos- el Derecho y en especial la Justicia, ha dado, con el tiempo, las soluciones que la sociedad reclamaba: así en un primer momento, el reconocimiento de las denominadas “cláusulas de estabilización” o, en términos más simples “indexación” de las variables monetarias producido en las décadas de los 70 y 80, trajo una respuesta adecuada para restablecer el equilibrio en el sinalagma contractual (recordamos a título de ejemplo y en materia hipotecaria, la ley 21.309 (B.O., 10.05.1976).

Es clara y precisa la recomendación 5 de las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que fijaron que “Las cláusulas de estabilización no afectan el principio de especialidad de la hipoteca, sino que lo adecuan a la realidad económico-social, en el sentido de mantener estable la relación entre el gravamen y el valor del inmueble”.-

Avanzando en el tiempo y sintéticamente, la ley 23.928 denominada de “Convertibilidad del austral”, prohibió expresamente en su art. 7º toda posibilidad de indexación o actualización monetaria, pero, como contrapartida y para dar seguridad en las transacciones financieras particularmente, mediante su artículo 11º modificó los arts. 617, 619 y 623 que, como todos sabemos equiparó el régimen legal aplicable a las deudas en moneda extranjera, al de las deudas de dar una suma de dinero.

Con la redacción que propone el Anteproyecto particularmente al art. 765, a partir de su promulgación, toda deuda en moneda que no sea de curso legal en el país, se considerará como deuda de dar cantidades de cosa, pudiendo en consecuencia liberarse el deudor dando el equivalente en moneda de curso legal.

Si combinamos esta normativa con la actual situación económica del país, en especial ante el sensible incremento de precios y la desvalorización de nuestra moneda de curso legal, atento la redacción del art. 2189, como se expresara, existen grandes posibilidades, atento en especial los prolongados tiempos en que normalmente se pactan, que la garantía hipotecaria cubra con todos sus beneficios a sólo una pequeña parte del original monto del crédito garantizado. El derecho de propiedad, constitucionalmente protegido, se vería así seriamente afectado.

Por otra parte, cabe advertir las dificultades que existen para determinar, ab-initio, un monto posible que abarque todos los rubros que integran la deuda garantizada, algunos presuntos y que pueden no existir nunca, como por ejemplo las costas y las multas, todo lo cual generaría una situación injusta por el costo de

la garantía para los deudores e injusto para los acreedores por una evaluación involuntariamente errónea que deje algunos de los conceptos comprendidos fuera de la garantía, situación toda ésta que parecería que el proyectado artículo 2193 parecería contemplar, pero no en forma clara a nuestro criterio.

De allí que a nuestro criterio y en este punto, debería la norma proyectada dejar en claro que la especialidad en cuanto al crédito se cubre con el monto del capital, y que los intereses, costas y demás conceptos, quedan cubiertos con la hipoteca, aunque no estén incluidos en el monto original del gravamen.-

Por lo expuesto, se sugiere la siguiente redacción:

“Artículo 2189. Especialidad en cuanto al crédito. El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravámen.

El crédito puede estar individualizado en todas los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el monto máximo del gravamen, junto a los intereses, costas, multas u otros conceptos especificados en el contrato hipotecario, constituye el máximo de la garantía real, conforme lo dispone el artículo 2193.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de Treinta (30) años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos incumplidos durante su vigencia”.

10.-) Actas notariales (Art. 311):

Al regular la norma los requisitos de las actas notariales y contemplar expresamente la posibilidad de practicar la diligencia el notario con o sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario, elimina el requisito de la denominada “unidad de acto”, pero exige su otorgamiento “**en el mismo día**” (inciso f.), limitando potencialmente los supuestos de hecho y atentando contra su validez.

Como última cuestión, ponemos en consideración de quien corresponda, la opinión del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, en el sentido que, atento a la trascendencia y significación de la reforma que se impulsan, tal vez sea necesario un mayor tiempo de análisis, debate, intercambio de ideas y reflexión, antes de elevar el Proyecto al pleno del Congreso, para poder así arribar a soluciones normativas no sólo aprobadas por toda la importante comunidad jurídica nacional, sino, especialmente, que se constituyan en respuestas positivas y concretas a los innumerables problemas que intenta resolver y que afligen a la sociedad toda.

Agradeciendo la oportunidad brindada al notariado cordobés para efectuar estas reflexiones y aportes del proyecto bajo análisis, y quedando al aguardo de un próximo encuentro personal, donde podremos ampliar las consideraciones precedentes e intercambiar opiniones en las cuestiones planteadas, saludamos a Uds. con la más distinguida consideración.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Josefina Teresa Servidio'. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'A'.

ALEJANDRA JOSEFINA TERESA SERVIDIO
PRESIDENTE
COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PCIA. DE CORDOBA

