



## APORTES RESPECTO DEL ACTUAL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.-

Señor Presidente

Senador Marcelo Jorge Fuentes

Comisión Bicameral

Reforma, Actualización y Unificación

De los Códigos Civil y Comercial de La Nación

De mi mayor consideración:

La que suscribe Sabina Podrez Yaniz, D.N.I. 12.289.174, con domicilio constituido en la calle 48 entre 6 y 7 de la Ciudad de La Plata (CP.1900), email [sabinapoy@gmail.com](mailto:sabinapoy@gmail.com), en mi carácter de Profesora Ordinaria de la asignatura “Derecho Notarial y Registral” de la carrera grado de Abogacía, como así también docente contratada en la carrera de postgrado en “Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y notaria en ejercicio ininterrumpido en la función desde hace ya treinta y un años, vengo a manifestar –al igual que lo han efectuado otros notarios argentinos- el esfuerzo científico, intelectual, institucional y político de las autoridades nacionales, en especial de la Presidenta de nuestra República auspiciando y fomentando directamente la labor de los integrantes de esta Comisión que intenta adecuar y actualizar nuestra legislación civil y comercial, receptando los cambios acaecidos en nuestro país en los últimos ciento cuarenta años, acorde con lo expresado por los más recientes criterios doctrinales y jurisprudenciales.

Compartimos así los aspectos axiológicos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación indicados en sus fundamentos: identidad cultural latinoamericana, constitucionalización del derecho privado,

igualdad real reflejada en 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 en un consistente esfuerzo para promover la **seguridad jurídica** en todos los ámbitos.

También valoramos la redacción de normas claras y precisas que puedan ser entendidas por la comunidad toda.

Es un concepto reiterado en casi todos los discursos de la Dra. Cristina Fernández de Kirchner –lo que no podía ser de otra forma ya que es egresada de esta casa de altos estudios- la imperiosa necesidad de **desjudicializar las cuestiones jurídicas acrecentando la paz social**.

En tal sentido, hemos advertido la importancia que se ha dado en el derecho proyectado a la tarea específica que desarrolla el notario en el seno de la sociedad –que ha sido gestado desde el nacimiento mismo de nuestra Nación- lo que constituye la razón de ser de nuestra profesión-función: **“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”**.

En nuestro **sistema de seguridad jurídica preventiva**, de protección del ciudadano, en oposición al sistema anglosajón de seguridad únicamente económica, el legislador 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 de la figura del notario argentino, quien asesora debidamente a sus requirentes investido de facultades fedantes redactando documentos notariales, cuyas bondades son bien conocidas por todos y con importantes responsabilidades profesionales –incluso en una estrecha colaboración con el Estado y los organismos que de él dependen- en los actos más relevantes de la vida de los ciudadanos **lo que disminuye notablemente los conflictos entre las personas**.

El Estado Argentino reconoce una vez más la trascendencia institucional de la figura del **notario de tipo latino**, distinta del denominado <sup>i</sup>“notary public” del sistema anglosajón de Derecho, comúnmente denominado de “common law”.

No obstante lo dicho y a modo de colaboración, con un estricto sentido jurídico, hemos recibido el aporte de notarios que ejercen su tarea diaria sobre algunas cuestiones puntuales que deberían modificarse en el articulado proyectado en función de lo expuesto.

Con tal criterio, presentamos las propuestas de modificación que creemos pertinentes, con una sugerida redacción del artículo respectivo, y una breve fundamentación que, ofrecemos ampliar en la o las oportunidades que estimen convenientes.

**I.-** Así, entendemos que deberían **analizarse especialmente**, las siguientes disposiciones del proyecto de leyes:

**LIBRO PRIMERO – Título IV - Capítulo 5 - Sección 6º.**

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

Además, la norma se contraponen con dos de los grandes objetivos del proyecto, 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. El sentido de esta solución receptada en forma pacífica por toda la doctrina y jurisprudencia nacional y, en especial, por toda la población del país, se encuentra esbozada en los mismos fundamentos del proyecto: la intervención de un oficial público y en especial de un escribano público, resguarda adecuadamente 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 proyecto, los testigos a ruego, una figura que ha caído en desuetudo, ni en los instrumentos públicos ni, en menor medida todavía, en los instrumentos privados.

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.***

## **2.-) LIBRO PRIMERO – Título IV - Capítulo 8 - Sección 2°.**

***“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”.

Ha sido sin duda un gran esfuerzo de los autores concentrar en esta norma todos los supuestos actualmente comprendidos en forma expresa en el Código Civil vigente, como también 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 múltiples 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**, es una herramienta legal ampliamente utilizada en la sociedad actual que contribuye a la 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".*

### **3.-) 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”.-*

Resulta claro 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 de su implementación y control, y 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 proyecto.

El texto proyectado indica que a partir de la inscripción de la unión convivencial ninguno de los convivientes puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, sin el asentimiento del otro. La celebración de un acto dispositivo sobre esa vivienda en infracción a lo dispuesto faculta a quien no ha dado su asentimiento a demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido. La norma no aclara donde debe estar inscripta la unión convivencial, con lo cual puede darse el

caso que lo haya sido en algún registro habilitado según el domicilio de los convivientes. Pero, si *a posteriori* éstos trasladaran su domicilio o instalaren la vivienda familiar en otra jurisdicción, el adquirente del bien se encontrará en serias dificultades para corroborar los extremos que fija el texto tal cual se proyecta. Por tal motivo, **la propuesta de reforma sugiere que para proteger la vivienda familiar el pacto de unión debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad, correspondiente a la vivienda que se pretende proteger**, situación que advierte a cualquier adquirente o interesado, de la condición que reviste el bien sobre el cual versará la negociación.

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 en el Registro de la Propiedad correspondiente a la vivienda, 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”.***

#### **4.-) LIBRO TERCERO –Título IV Sección 8º:**

***“Artículo 1170. Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si:***

***a.) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos;***

***b.) el comprador pagó el Veinticinco por Ciento (25%) del precio con anterioridad a la traba de la cautelar;***

***c.) el boleto tiene fecha cierta;***

***d.) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.***

En líneas generales y como bien se puntualiza en los fundamentos del Anteproyecto, la solución contemplada en la norma receipta el desarrollo y construcción actual de las soluciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas frente al conflicto entre los intereses jurídicos contrapuestos del acreedor embargante y adquirente por boleto de compraventa que, actualmente, es pacífica en el ámbito nacional.

No obstante ello, y con el único objetivo de darle mayor claridad a la norma y con ello, mayor potencialidad para que sea entendida por el ciudadano común, que también constituye todo un postulado del Anteproyecto, entendemos que debe quedar claro que:

a.) Para que la norma resulte de aplicación al caso, **deben cumplirse los cuatro requisitos** y no únicamente alguno o algunos de ellos;

b.) **No debe limitarse la publicidad únicamente a sus variantes posesoria o registral, toda vez que, por un lado, existen otras vías y caminos para constituir en “suficiente” la publicidad de la adquisición y, por otro lado, son excepcionales los casos en que las leyes registrales, tanto nacional como provinciales, contemplan la posibilidad de registración de instrumentos privados.**

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

*“Artículo 1170. Boleto de compraventa de inmuebles. El derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido siempre que se cumplan los siguientes requisitos:*

*a.) el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos;*

*b.) el comprador pagó el Veinticinco por Ciento (25%) del precio con anterioridad a la traba de la cautelar;*

*c.) el boleto tiene fecha cierta;*

*d.) la adquisición tiene publicidad suficiente”.*

#### **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.

No podemos imaginar 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 los del 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.

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”.*

Varios 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.

Muchos son 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.

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 resguardo 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.** Es nuestro convencimiento 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 Vélez 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.

En esta temática el Anteproyecto 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 la defensa 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 legítimo, 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 legítimo puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente***

*demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario en dinero el 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”.*

II.- Nos permitimos agregar que, a las modificaciones sugeridas, debería adicionarse el tratamiento de las siguientes **cuestiones especiales**, que igualmente ameritan su consideración, atento su trascendencia en la economía general del Proyecto, a saber:

**1.- La normativa vinculada con la regulación de la Capacidad de la persona humana. - (LIBRO PRIMERO – Título I – Capítulos 1, 2 y 3)**

Queremos puntualizar que constituye intención del notariado, colaborar con la idea de los autores del proyecto de establecer una comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado, receptando el impacto que ha tenido en el ámbito del derecho privado la incorporación expresa de los Tratados de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, producto de la reforma del año 1994.

En éste sentido y vinculado con la normativa bajo análisis, entendemos que debe modificarse la redacción de varias normas contenidas especialmente en el Libro Primero del Proyecto, a fin de adecuarlos, en particular, a las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Carta de los Derechos del Niño, como asimismo a las vigentes leyes nacionales 26.061, 26.378, 26.529 y 26.657.

Las normativas internacionales citadas, que por mandato constitucional constituyen derecho positivo vigente para nuestro país, impusieron un verdadero cambio de paradigmas en materia de incapacidad, donde desaparece la dicotomía capacidad/incapacidad, siendo sustituida por los conceptos capacidad/capacidad restringida, donde la regla es la capacidad y la excepción la capacidad restringida.

Destacamos igualmente, a título de ejemplo en éste punto, que conforme la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en especial artículos 3, 4, 12), más allá de que la naturaleza prive totalmente a una persona de discernimiento, siempre tendrá el derecho de opinar y de ser escuchado, pueda hacerlo o no. Así, las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad mental deben ser valoradas con criterio restrictivo y han de respetar en la mayor medida posible la autonomía de su voluntad y el ejercicio de sus derechos.

**2.- La problemática vinculada con la registración de la sentencia que restringe la capacidad de las personas (LIBRO PRIMERO – Título I – Capítulo 2 - Sección 3°):**

**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 recomendado, 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 inscrita 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 inscrita 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”.**

### **3.- La normativa relacionada con la regulación de los instrumentos públicos (LIBRO PRIMERO - Título IV – Capítulo 5 – Sección 5º y 6º.-**

**“Artículo 290: Requisitos del instrumento público. Son requisitos de validez del instrumento público: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella; b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos”.**

Cuando faltan las firmas del documento, las consecuencias son diferentes, según los supuestos de que se trate.

Cuando media incomparencia, el acto es inválido, pero si en el negocio han intervenido todos los sujetos, pero por alguna circunstancia, alguno de ellos no ha firmado el instrumento, la situación es distinta. Este es el punto que trata la propuesta. El acto ha sido generado con todos sus elementos, y al proceder a la instrumentación, se ha omitido la firma de alguno de los intervinientes. Desde esta perspectiva, **la sanción de nulidad consagrada en el texto del art. 290 proyectado en la reforma, adopta una sanción extrema, que**

**proponemos flexibilizar.** Podemos así ejemplificar: 1) Cualquiera fuera el rol del sujeto cuya firma se ha omitido, si el acto incluyó todos sus requisitos (declaraciones, entregas, lectura, firma de los demás intervinientes, firma del oficial público) salvan la esencialidad y confirman la existencia. Los requisitos sustantivos del acto en lo concerniente a su existencia como fenómeno jurídico se han cumplido; 2) En los actos públicos, la instrumentación es una operación jurídica coetánea, que tiene por objetivo el fijar en un soporte material lo sucedido, para que represente, exhiba, muestre y pruebe lo sucedido.; 3) Si el acto se concretó, con todas las partes, y en su caso cónyuges, síndicos, testigos, etc, los recaudos de validez se han cumplido, y solo falta de acción de fijación instrumental; 4)- Si se comprueba la omisión de la firma de alguna de las partes del acto en el instrumento, no implica negar que haya intervenido (sería negar la realidad), sino que – por un error involuntario en la mayoría de las veces – no firmó; 5) En este caso, *la ausencia de firma, tiene entonces otro efecto: la atenuación del efecto probatorio del acto, solo respecto a quien no ha firmado.* No se atenúa el efecto probatorio respecto de los demás intervinientes en el acto. Es entonces, una atenuación parcial porque solo opera respecto a aquel sujeto cuya firma se ha omitido.

El criterio propuesto tiene como consecuencias importantes: a) Descartar de pleno que la falta de firma sea una causal de nulidad del acto, ya que como hemos visto, no es la hipótesis del texto en examen; b) Descartar que la falta de firma genere la nulidad total del instrumento; c) Postular que el efecto jurídico de la ausencia de firma ocasiona – solo respecto a quien no firmó – ***la disminución o atenuación de la eficacia probatoria del instrumento,*** consecuencia específica aplicable al defecto; d) Respecto a los demás firmantes, el instrumento detenta plena validez y eficacia probatoria; e) Lo propiciado armoniza con una de las clasificaciones de las ineficacias: la invalidez parcial. Esta clasificación permite articular – separando conceptualmente- los distintos elementos de los actos, y ***dentro de cada elemento la incidencia parcial del defecto*** de que se trate.

A *contrario sensu*, sancionar con nulidad a todo el instrumento conlleva: 1) Avasallar el efecto del acto respecto a quienes han firmado; 2) Desplazar la misma realidad: que el acto ha sido otorgado en cuanto realidad físico temporal; 3) No tener en cuenta que el defecto aparece en la acción de fijación, y además de modo parcial respecto a un firmante, no en el acto; 4) Desconocer que el defecto debe focalizarse solo respecto a aquel cuya firma falta, y no extenderlo a los demás firmantes; 5) Privar de validez a la totalidad de las etapas, cuando el defecto solo ha tenido lugar en una de ellas, y además, respecto a uno solo de los firmantes, originando una sanción desmedida: 6) Una técnica jurídica adecuada exige que la sanción se focalice precisamente en el punto específico del defecto y no sobre la totalidad del espectro documental.

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

“ **Artículo 290. Requisitos del instrumento público.** *Son requisitos de validez del instrumento público: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella; b) las firmas del oficial público, las partes, y en su caso de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el juez determinará la extensión del valor probatorio del instrumento conforme a las circunstancias del caso”.*

**Respecto a la competencia en cuanto a las personas:**

*“Artículo 291: **Prohibiciones.** Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados”.*

Dada la importancia que el proyecto le asigna a **las uniones convivenciales** debería quedar redactado así:

*“Artículo 291.- **Prohibiciones.** Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, con unión convivencial debidamente inscripta conforme a lo previsto en el artículo 511, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados”.*

#### **Iguales efectos en todo el país**

*“Artículo 293 - **Competencia.** Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado”.*

Siendo el artículo proyectado una aplicación del principio contenido en el artículo 7º de la Constitución Nacional, que dice *“Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán”* se sugiere reproducir en el texto, la norma, contenida en el actual art. 997 del Código Civil, que prohibía expresamente introducir diferencias de tratamiento fiscal a los instrumentos públicos como consecuencia de su lugar de celebración. Cualquier tratamiento diferenciado en materia tributaria importa la instalación de una aduana interior, expresamente prohibida por el art. 126 de la Constitución Nacional. Además cualquier tipo de discriminación respecto de instrumentos públicos emanados de otras demarcaciones atenta contra la libre concurrencia y el derecho de los usuarios y consumidores a una transparente relación de consumo y a la libre elección en igualdad de condiciones, resguardado por los arts. 16, 42 y 43 de la Constitución Nacional, derechos que el Proyecto en tratamiento se propone expresamente resguardar. Las diferencias de tratamiento originan de tal modo, una forma de distorsión de los mercados expresamente vedada por el art. 42 de la Constitución Nacional. En igual sentido se ha expresado en varias oportunidades la Corte Suprema de la Nación.

Se sugiere el siguiente texto:

*“Artículo 293. **Competencia.** Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado. Las leyes locales no podrán establecer diferencias de tratamiento fundadas en el domicilio de las partes, en el lugar del cumplimiento de las obligaciones o en el funcionario interviniente”*

#### **El protocolo**

*“Artículo 300.- **Protocolo.** El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y*

*modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo”.-*

Producida la pérdida o destrucción total o parcial del Protocolo, el actual artículo 1011 del Código Civil, dispone que *“Si el libro del protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso, ni en tal estado que no se pudiese leer claramente.*

Corresponde recordar que al momento del dictado del Código Civil Argentino (año 1871) no existían en el país, leyes notariales, específicas, que regularan esta materia.

Constituye doctrina unánime que el supuesto contemplado en la norma del artículo 1011 C.C., es de resorte exclusivo en cuanto a su regulación, de la legislación local, en particular, de las leyes notariales provinciales que regulan nuestra profesión-función.

No obstante ello, atento a la trascendencia de la cuestión y los antecedentes legislativos del Anteproyecto, estimamos, con el criterio pedagógico invocado por sus autores, que debería contemplarse y aclararse expresamente ésta situación.

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

***“Artículo 300.- Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo. Acaecida la destrucción, deterioro, pérdida o sustracción, total o parcial, de un documento matriz, se procederá conforme lo establecen las leyes locales.”***

#### **La unidad del acto**

***“Artículo 301.- Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles”.***

La unidad de acto ha sido interpretada, en casos excepcionales como unidad de fecha, cuando no hay entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, motivo por el cual pueden ser suscriptas en distintas horas. Esta solución ha sido adoptada en muchas de las legislaciones locales, motivo por el cual se considera necesario reproducirla en el texto del Código.

Se sugiere el siguiente texto:

***“Artículo 301.- Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos***

*electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no hubiere entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados podrán suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento podrá utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma”*

#### **Abreviaturas y números**

*“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”-*

#### **Justificación de identidad**

*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”*

#### **Copias o testimonios**

*“Artículo 308. Copias o testimonios. El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación o autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico”.*

El propio acreedor de la obligación por razones de economía procesal debería tener la posibilidad de prestar la conformidad con la expedición de la segunda copia, incorporando a la norma una solución vigente en la mayoría de los reglamentos de los archivos notariales.

Texto sugerido:

*“Artículo 308.- Copias o testimonios. El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad de los acreedores o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico”.*

#### **Nulidad de escrituras**

*“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 proyecto.

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 público (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.”*

#### **4.- En la regulación del Contrato de Donación, las siguientes cuestiones puntuales, a saber: (LIBRO TERCERO – Título IV - Capítulo 22)**

*a.-) “Artículo 1546. Donación bajo condición. Están prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante”.*

Advertimos que se ha dejado de lado toda la particular regulación que Vélez dedicó a la donación condicional, no sólo en los casos de donaciones por causa de muerte (aquellas en la que la muerte del donante es integrativa de la condición; así los supuestos previstos en el art. 1803: supervivencia del donante a un lance previsto y a la vida del donatario), sino también la prohibición de que el donante subordine la donación a una condición suspensiva o resolutoria que deje directa o indirectamente en sus manos la posibilidad de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos (art. 1802).

Así están hoy prohibidas en materia de donaciones no sólo las condiciones puramente potestativas (“si quiero”) sino también las simplemente potestativas (“si hago tal cosa”) y las mixtas si sólo basta la

voluntad del donante para que quede afectada la donación (las posibilidades son muchas y debe tenerse en cuenta si combinan lo potestativo para el donante con lo casual, si la condición es suspensiva o resolutoria y si ha sido postulada positiva o negativamente, pero como no es del caso examinarlas aquí, sólo pondremos un ejemplo, donde la condición resulta prohibida en el caso de las donaciones: “si el donante concluye tal contrato con fulano”).

De comenzar a regir este nuevo régimen, sólo quedarían prohibidas las condiciones puramente potestativas, de acuerdo con lo que el anteproyecto regula al tratar de las obligaciones condicionales en general en el art. 344 (“Condiciones prohibidas. Es nulo el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado. La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación, si ella fuera pactada bajo modalidad suspensiva.....”), norma en parte equivalente a nuestros actuales arts. 530 y 542.

Nos parece que la regulación actual y la frondosa interpretación que de ella ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia resulta más conveniente tratándose de un contrato tan particular como el de donación, quizá el más complejo e interesante de los contratos, en el que si bien el que más debe ser protegido es el donante, no podemos olvidar a quienes también debe protegerse, tal como hoy lo están: el donatario (acepto si quiero y si no, no, y, además, la regla mencionada evita que se sienta presionado: “portate bien porque si no te quito”), la familia del donante (protección de la legítima en caso de exceso en lo donado), los acreedores de este último (facilitación del ejercicio de la acción de fraude), y la sociedad toda (no es cuestión de que si el donante dona todos sus bienes, termine siendo la sociedad la que deba ocuparse de él). De aprobarse estos textos, obvio resulta decir que el donatario puede quedar en una posición incómoda y hasta inmoral.

Por lo tanto, entendemos que debería regularse de manera equivalente al actual art. 1802, agregando su texto a continuación del transcripto o en un artículo separado.

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

***“Artículo 1546. Donación bajo condición. El donante no podrá, bajo pena de nulidad de la donación, subordinarla a una condición suspensiva o resolutoria, que le deje directa o indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos. Están también prohibidas las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante”.***

***b.-) “Artículo 1553. Donaciones al Estado. Las donaciones al Estado pueden ser acreditadas con las actuaciones administrativas”.***

Copia esta norma lo regulado por el actual art. 1810, última parte, y, por lo tanto, adolece de igual defecto: determinar si estamos frente a un problema de forma o de prueba, o, dicho de otro modo, si se trata de una forma exigida *ad solemnitatem* o *ad probationem* (desde ya que tomamos la clasificación de la doctrina clásica, a sabiendas de que la mejor doctrina efectúa desde hace muchos años una clasificación más apropiada que permite distinguir claramente la forma de la prueba, ya que, en rigor todos los actos son formales en cuanto deben tener necesariamente una “forma” que permita conocerlos, pues si carecieran de ella, tal como decía el Doctor Borda, ni el mismo diablo sabría que piensa el hombre).

La norma actual debería haber simplemente dicho que estas donaciones pueden también concertarse

en expedientes administrativos, no siendo entonces necesaria la escritura pública en caso de tratarse de bienes inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias hechas al Estado. Así no cabría duda alguna acerca del sentido de lo prescripto, que no es otra que la de agregar otra forma para realizar estas donaciones: la escritura pública o la actuación administrativa. Pero al utilizar la palabra “acreditarse” o ahora “acreditadas”, vocablos que se relacionan con la prueba y no con la forma, ha dado para distintas lecturas: las donaciones de inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias hechas al Estado son formales como las efectuadas a otras personas o no lo son.

Sin perjuicio de entender que la oportunidad puede aprovecharse para poner las cosas en claro, creemos, sin embargo, que no se trata de un tema demasiado importante, pues en caso de aprobarse este anteproyecto con esta norma tal como está redactada, la doctrina la comprenderá como lo ha hecho con la que hoy rige, inclinándose por entender que son formales, y que sólo se ha agregado otra forma. Las razones que han llevado a esta conclusión con la norma vigente son varias, y creemos que además de las históricas, la redacción del encabezamiento del art. 1810 lleva necesariamente a esa conclusión, pues si el legislador hubiera querido decir que no son formales, debió haber agregado al final de ese encabezamiento (“Deben ser hechas ante escribano público...”), una frase tal como “salvo las hechas al Estado”. Además, la referencia a que en los casos contemplados en el artículo no rige el art. 1185, es abarcativo de todos, no habiéndose exceptuado estas donaciones al Estado.

Si bien la norma proyectada no tiene ese encabezamiento, pensamos que aun no modificándose la lectura será la misma, cuando menos por las razones históricas y la interpretación de la norma actual. De todos modos, el texto podría quedar así redactado:

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

***“Artículo 1553. Donaciones al Estado. Las donaciones al Estado pueden ser también efectuadas en las propias actuaciones administrativas”.***

**5.- En materia hipotecaria (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 gravamen. El crédito puede estar individualizado en todos 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 quirografaria, 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”.***

Muy graves 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: a) el monto total, definitivo, que resulta objeto de la garantía real, de la garantía privilegiada que constituye todo derecho real de hipoteca; y b) 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 gravamen.*

*El crédito puede estar individualizado en todos 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”.*

**6.- En cuanto a la cuestión de la acción de colación (LIBRO QUINTO – Título VIII - Capítulo 3):**

*“Artículo 2385. Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge superviviente que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento...”*

Respecto a la dispensa de colación, en sus fundamentos, el Anteproyecto se refiere a “la contradicción existente entre los actuales artículos 1805, segunda parte, y 3484”. Entendemos que en rigor ella no existía si se interpretaba adecuadamente el primero de los artículos, pues una cosa es decir que ante la falta de imputación a la porción disponible la donación se considera un adelanto de herencia, y otra es el “lugar” donde esa dispensa puede ser manifestada, indicada indudablemente por el segundo de los artículos, aunque más no sea por una cuestión metodológica, dada aquí por su ubicación en el código actual. No es un tema menor, pues el donante debe tener hasta su fallecimiento la posibilidad de disponer de esa dispensa, cambiando –si fuere el caso– cuantas veces quiera su voluntad. Lo contrario constituye un pacto sobre herencia futura (que debe entenderse aquí prohibido), en este caso la del propio donante, pues de interpretarse que en el acto de donación puede realizar la dispensa, quedaría obligado contractualmente a no cambiar de parecer, lo que no parece apropiado tratándose de una donación.

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

*“Artículo 2385. Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge superviviente que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el testamento...”-*

**7.- En lo referente a las denominadas “Directivas anticipadas” (LIBRO PRIMERO – Título I - Capítulo 3):**

*“Artículo 60. Directivas anticipadas.-La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la*

*persona o personas que han de ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó”*

Se sugiere que la norma debería quedar redactada así:

***“Artículo 60. Directivas anticipadas. Toda persona, en previsión de una eventual pérdida de su discernimiento, tiene derecho a anticipar directivas y conferir mandato acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio. Dichas disposiciones podrán versar, entre otras, sobre cuestiones atinentes a su salud, sobre la designación del propio curador, sobre las personas que quedan habilitadas para solicitar la apertura de regímenes de protección y sobre la designación del administrador de los bienes del otorgante tanto durante la sustanciación del proceso como luego de él. También podrá designar separadamente a una persona para que asuma la responsabilidad de gobernar su patrimonio y a otra para que atienda a su cuidado personal, dándoles instrucciones para ello.***

***Podrá, asimismo, nombrar una o más personas para que, llegado el caso, la representen y lleven a cabo los actos necesarios para cumplir con la voluntad expresada. El mandato así otorgado subsistirá mientras no sea revocado o anulado judicialmente. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento por quien la manifestó”-***

La expresión “plenamente capaz” plantea dudas en relación a las personas menores de edad y a las personas con capacidad restringida que conservan por sentencia judicial la aptitud para el otorgamiento de estos actos. Conforme al artículo 26 proyectado: ¿Cuándo debemos considerar “plenamente capaz” a una persona para otorgar directivas médicas anticipadas? ¿A los 13 años si las directivas se refieren a tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física? ¿A los 16 para todos los casos?. ¿O la norma quiere referirse a los 18 años? Así, se consideró que el derecho de las personas a dictar directivas anticipadas excede el ámbito de la salud. Pues se relaciona con el 139.

Igualmente, no queda claro si el mandato en previsión de su propia incapacidad se refiere sólo a directivas médica. A tenor del título del artículo pareciera esa la respuesta adecuada pero luego autoriza la designación de las personas que han de ejercer su curatela, aspecto éste que excede al ámbito de la salud. ¿Debe deducirse de ello que se reconoce el mandato de autoprotección para otros contenidos que no sean los de salud?. No hay razón para permitirlo sólo para un ámbito tan trascendente como la salud y no para otros.

El mismo artículo dispone que “Cualquiera de estas designaciones (incluye la dada por los padres) debe ser aprobada judicialmente”, lo que parece apropiado. Sin embargo, creemos que debió ampliarse la norma en el sentido de que el juez no debería tener la potestad de designar curador a quien el interesado hubiere rechazado expresamente.

El proyecto se refiere a persona “capaz”. Con respecto a la persona menor de edad, se entendió que el derecho del menor de edad a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos de su interés y al progresivo ejercicio de sus derechos reconocidos por la CDN y ley 26.601, y en materia de salud por el art 2 inc. e) de la ley 26529, lo habilitan a otorgar este tipo de directivas cuando cuenta con aptitud de discernimiento suficiente, o competencia bioética en materia de salud. De esta manera su opinión podrá ser

ponderada al momento de la decisión junto con las decisiones de sus representantes legales y demás circunstancias clínicas. No es más que efectivizar el derecho a ser oído.

**8.-) En lo que respecta a los testamentos:**

El Anteproyecto, al igual que el Proyecto de 1998, no contempla la posibilidad de otorgamiento del único tipo de testamento que preserva completamente la reserva de las disposiciones de última voluntad del testador: el **testamento cerrado**.

**9.-) En materia de 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, que atento a la trascendencia y significación de la reforma que se impulsa – necesaria luego de tantos años de vigencia de la normativa que se modificará- valoramos el 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 una vez más la oportunidad que se nos brinda, saludamos a Uds. con toda consideración.

---