

## CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO

### II ASAMBLEA ORDINARIA 2015

Rosario (San Fe) 7 de agosto de 2015

### NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

#### Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y los cambios que implica

Por los Escs. Angel F. Cerávolo y Gastón R. di Castelnuovo

*Versión taquigráfica revisada y corregida por el disertante.*

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Buenos días... a todos, como se acostumbra. No iba a comenzar con esto, pero Ema hizo ya una referencia a Ángel Cérvolo (hijo). Así, debo decir que efectivamente es cierto que estamos poniéndonos de acuerdo en muchos temas... Lo que ocurre en realidad es que desde hace un tiempo atrás me está dando la razón en casi todos... *(Risas.)* No, obviamente, eso no es cierto; efectivamente concordamos en muchos de esos temas, cuestión que indudablemente “suma”, como también lo hacen las discordancias.

Lamento mucho que no esté aquí, porque –en rigor–/las pautas sobre las que trabajé fueron elaboradas en un principio por él, les agregué algunas cosas, y nos fuimos poniendo de acuerdo, comunicándonos por teléfono durante un par de fines de semana, bien que con la presión de Ema Ferrari, que a cada rato nos enviaba un correíto que... ¡había que abrir y contestar! *(Risas.)*

En primer lugar, en defensa propia, diré que si cometo algún desliz deben atribuirlo a que anoche, en la tan rica comida que nos sirvieron en el Colegio de Escribanos de esta ciudad, sin lugar a dudas de propósito, me sirvieron mucho vino... *(Risas.)* Por lo tanto, si acaso llegara a estar errado, aun con “h”, ruego que lo atribuyan al alcohol *(Risas.)*. Claro que no faltará quien al punto me contestará que cualquier acierto también habría que atribuirlo al vino, y... tendría razón. *(Risas.)*

Comenzaré por leer solamente algo bastante corto que redacté antes de esas pautas, para tratar de enfocar un poco el tema y las expectativas. Como dijo Ema recién, uno no es mago ni tampoco experto, ni podría serlo, menos aún, en todo el nuevo código. Hace tiempo bauticé este cambio como el “1A”, denominación en la que concordamos con Fernando López de Zavalía (hijo), porque nos pareció que constituiría una fecha importante. Bueno, para nosotros ya quedó entonces “1A”. Y no solamente la fecha es y será importante para nosotros, los notarios o escribanos, sino también para otros intérpretes y para Doña Rosa. Advirtamos que el problema no es solamente nuestro: En realidad, comenzó el primer día con los primeros abogados que acudieron a un tribunal a presentar una demanda o a continuar con un juicio en trámite.

Retomando el propósito de este foro, no es otro que el de brindar a los colegas algunas pautas y criterios que entendemos deben tenerse en cuenta para el ejercicio de la función a partir de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento civil y comercial.

Como suele suceder, tratándose de una cuestión científica, como lo es la interpretación de la ley, pero más aún la interpretación del derecho –que son cosas muy distintas–, en algunos temas existen distintas opiniones que serán expuestas y comentadas en la medida de mis posibilidades. Pero no debe olvidarse que especialmente en estos casos (en esos en los que existen distintas opiniones), pero en general en todos, será siempre el propio notario el que deberá seguir su criterio y decidir en consecuencia.

Ocurre que en ocasiones recibimos con Ángel, en el marco de la Asesoría del Consejo Federal desde su puesta en vigencia el año pasado –aunque ya atendíamos cada uno la suya en el ámbito de nuestros colegios desde hace muchísimos años– en las que los colegas a veces llaman pidiendo una solución que uno no les puede dar, porque en definitiva el que va a firmar el instrumento, el que lo va a autorizar, es el notario consultante.

Por lo tanto, como asesor, muchas veces uno no dice lo que haría en el lugar de quien recurre a nuestro asesoramiento, porque quizá en el caso en particular autorizaría un acto que seguramente no recomendaría que otro autorizara. Porque una cosa es “mi firma”, “mi escritura”, “mi protocolo”, y otra es la opinión que debe dar el asesor letrado; no cabe duda de que la prudencia debe ser mucho mayor cuando se trata de un colega.

Con lo expuesto hemos también querido decir que, independientemente de algún comentario que el expositor entienda pertinente y la ocasión amerite efectuar, no ingresaremos aquí a juzgar sobre la reforma; esto es, ni en su contenido ni en la forma en la que se ha llevado a cabo. Ya no haría falta decir que con lo que acabo de expresar estoy ingresando en el propio tema del que dije que no iba a hablar... Y lo hecho, claro, de propósito. Continuemos. Por lo tanto, sólo se indicarán a continuación esas pautas y criterios, sin pronunciarnos sobre la bondad o no de la modificación.

Al sólo efecto práctico –para los que después lo lean, se individualiza con la letras CCCN al nuevo código y CCA el velezano.

Vamos a empezar siguiendo el orden de las pautas. Ema me sugirió seguir ese orden y que recién al finalizar se formularan las inquietudes. A mí me hubiera gustado más que en cada tema se pudieran hacer las preguntas, pero seguiremos la sugerencia porque, en primerísimo lugar... es la de Ema... y en segundo porque es cierto que de otro modo la exposición se extendería demasiado. En definitiva, lo veremos durante el desarrollo.

Lo primero que creo que debo decir para comenzar, para brindar cierta tranquilidad, es que, incluso para quienes no estamos de acuerdo –y aquí ya va otra opinión política– cuando menos en la forma en que este ordenamiento fue sancionado, no estamos ante una legislación que nos han traído de Andrómeda o de alguna otra constelación. Dejando de lado las críticas, debemos decir que el nuevo código recoge muchas soluciones que ya había brindado la jurisprudencia y, desde otro punto de vista, también se adecua a las convenciones y pactos internacionales, a los que nuestra República se adhirió hace muchísimos años, como lo es, casualmente, en el tema que tanto preocupa: el de la capacidad, sus eventuales restricciones, y sus consecuencias, tema que nos llevará un tiempo y que sé que ayer –así me lo han comentado– les ocupó

otro tanto y dejó preocupados a algunos. Así las cosas, no es “todo” nuevo ni mucho menos. Esa cuestión de la capacidad y del discernimiento viene desde hace más de veinte años, pero algunos no lo han tenido en cuenta. Es decir que ya viene de lejos, desde mucho antes de que apareciera en el nuevo código, porque la materia estaba – como ya expresé– en esas convenciones y pactos internacionales.

Por lo tanto, lo que quiero decir es que no hay que obrar con temor. Más allá de pequeños cambios, la compraventa seguirá siendo la compraventa que conocemos, la permuta lo mismo, y así podríamos continuar con los contratos que a diario manejamos, pero sí es cierto que existen algunas cuestiones que deberemos tener en cuenta para no cometer errores o, por lo menos, gruesos errores. Esto es en lo que fundamentalmente tenemos que tener en mira. Tampoco tenemos que hacernos, como notarios, las víctimas del proceso.

En parte es cierto algo que se dice: que el escribano es el primero que tiene que interpretar la ley. Pero, como ya expresé, no es tan así, porque a las 7 de la mañana del 3 de agosto, los primeros fueron los abogados que tuvieron que presentarse en tribunales. Lo que sí es cierto es que nosotros tenemos un obrar y, fundamentalmente, una responsabilidad distintos. Para el abogado, cada pleito es una batalla, que ganará o perderá y en la que se sentirá más o menos involucrado, pero, batalla al fin, una vez finalizada, seguirán otras y aquella habrá pasado a la historia, “dará vuelta la hoja”. El juez hará lo mismo con su sentencia, y es muy difícil que alguien llegue a responsabilizarlo. Lamentablemente, el escribano se constituye siempre en el eslabón más débil de la cadena. Y esto lo saben bien los abogados, quienes tienen por seguro que el escribano es el primero que paga ante un problema, ya sea por un erróneo estudio de títulos o por lo que fuere. Entonces, quizá de lo que tengamos que cuidarnos especialmente es de nuestros primos hermanos –si hubiera alguno aquí, ruego tome lo que digo con todo respeto, porque tengo en claro que se trata de su labor– y que esto no se convierta en una nueva fuente de litigios. Ya saben lo que sucede cuando uno concurre a un hospital o a una clínica... Pienso en el Instituto Dupuitren, porque me tocó de cerca: Sale alguno enyesado y cinco personas se le acercan al punto para entregarle una tarjeta de tal o cual estudio de abogados, para inducirlo a iniciar un pleito que quizá no estaba en sus planes ni en su imaginación. Lamentablemente, eso va a seguir ocurriendo y tenemos que tratar de evitar caer en esos posibles errores a los que la nueva legislación nos va a llevar si no tenemos en cuenta los cambios que ha traído.

Viene al caso comentar que hace dos semanas se publicó en La Nación una carta de lectores de alguien que despedía a “un amigo”. Despedía al código velezano como a un amigo. Está muy bien escrita. Y es así. Al Código Civil lo conocíamos como conocemos a nuestros amigos, en sus virtudes y en sus defectos. Era como los trenes japoneses del Sarmiento: Algunos frenaban, otros no tanto, pero uno sabía a qué atenerse. Ahora nos los cambiaron por trenes chinos; el manual está escrito en chino y ahora parece que lo están traduciendo al... inglés, y mientras tanto tenemos que trabajar y conducir esos trenes, que no sabemos si van a frenar mejor, peor o cómo lo van a hacer. Sobre todo no sabemos qué va a pasar con los jueces, con sus decisiones, qué van a decirnos acerca de estos vagones nuevos, que son cada uno de los artículos del nuevo código. A veces sorprende en un sistema como el nuestro, que es de codificación, escuchar a los autores decir que esto ha traído mucha libertad, que traerá mucha “desjudicialización”, y que, en definitiva, el juez va a resolver con su criterio. La verdad es que –si se me permite la vulgaridad– se me ponen un poco los pelos de punta cuando

escucho hablar de este modo y veo algunas cosas que se escribieron. En ocasiones me pregunto por qué no cambiaron de sistema y migraron al *common law*. Pero ocurre que la codificación “es” nuestro sistema, y no es una casualidad ni es gratuito que sea así, a él estamos acostumbrados, y por más de una razón lo hemos adoptado. El sistema inglés es muy bueno para los ingleses, pero no para nosotros. Así las cosas, creo que los jueces también van a tener muchos problemas con este código, cuando menos hasta tanto no se establezcan criterios más o menos uniformes. Principalmente lo tendrán con la aplicación de las leyes a las relaciones y situaciones que están en curso de ejecución. Como bien dijo Rivera, el artículo 7 resulta insuficiente.

Estas pautas a las que me referí, comenzaron con un escrito de Ángel Cerávolo, que después fue circularizado por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y sobre el que, como dije al comienzo, trabajamos. El primer tema es la incompatibilidad del notario. Dice así: “Con el fin de preservar la imparcialidad del notario, la nueva norma” -me refiero al 291- “como la anterior, el 985,” -no soy de marcar el código sino que trato de esforzarme por tratar de memorizar los artículos, y si no, pues entonces los busco, ya que no tenemos ni podemos recordar todo- “determina la nulidad de cualquier instrumento autorizado por un funcionario público en todo asunto en que él o sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad” -con lo cual hemos mejorado- “estén interesados”.

Obviamente, el interés apto para que un acto pueda ser invalidado debe ser relevante y debe ser directo, debe surgir del propio documento. Pero siempre es el propio notario el que a nuestro juicio tiene que decidir en cada caso en particular si ese interés que se contrapone y que puede afectar su imparcialidad está presente o no.

Les ruego lean lo que las pautas dicen a continuación y que se refieren a ciertas cuestiones en particular, para no extenderme ahora e ir a la cuestión que ha cambiado.

¿Qué ocurre? El nuevo artículo 291 no es igual que el 985, porque ha quitado la excepción que traía este último con respecto a la actuación de quienes sólo son interesados por tener parte en sociedades anónimas o ser sus representantes (presidentes, gerentes o directores). Aquí se han expuesto dos posturas que difieren de modo importante. Una dice que, tal como se sostuvo en la XXXI Jornada Notarial Argentina -no pude estar allí, por lo que me corregirán si las conclusiones no fueron tal como las expresaré-, es que la eliminación de la excepción referida al interés derivado de tener parte en sociedades anónimas o ser gerentes o directores de ellas amplía la acción del notario. La otra, que eliminada la excepción, la posibilidad de intervenir de notario interesado o pariente del interesado, se encuentra ahora vedada, por lo que en lugar de haberse ampliado la esfera de actuación del escribano, se ha visto disminuida.

Me recomendaron no dar opiniones personales, pero como de esa manera no estoy hecho, entiendo que tenemos que obrar en este tema con mucho cuidado, porque si la excepción no está, un juez podrá interpretar que a falta de excepción, no hay excepción. Por lo tanto, insisto, hay que obrar con mucho detenimiento. Esto no significa “meter miedo” a nadie sino decir que deberemos extremar el cuidado que antes ya teníamos, porque a veces -como conversamos con Ángel- nos llaman colegas diciendo que se presentó un señor a su notaría, que es presidente de una sociedad anónima y, a poco de indagar, resulta que se trata, por ejemplo, de un primo del notario,

y cuando uno continúa preguntando al consultante acerca de quién compone la sociedad, cómo está formada, etc., nos responde que en realidad la integra su esposo y su hijo. No hay que pensar mucho para decidir que el escribano debería abstenerse de actuar en el caso. ¿No tiene un colega cerca que pueda autorizar la escritura? Hay que evitar las situaciones en las cuales nos puedan caer luego encima con nulidades cuyas consecuencias mucho nos pesarán.

Claro que uno asiste a situaciones que no puede creer: Mientras que los escribanos estudiamos cada caso y nos preocupamos por saber si podemos estar o no comprendidos en esta norma, y entender así comprometida nuestra actuación, por otro observamos a jueces resolviendo cuestiones trascendentes de... sus parientes consanguíneos. En fin... Qué más decir que, en este aspecto, es el país en que vivimos. A ese funcionario seguramente nadie lo responsabilizará, mientras que a nosotros nos caerían con todas las de la ley, por lo que tenemos que tener muchísimo cuidado.

Después me harán preguntas, y en la medida de lo posible las responderé, y ASÍ también podré aprender de ustedes, porque, como digo, desde el 1A todos somos un poco menos abogados. Esto lo tenemos que tener en claro: Todos estamos con un poco menos de sabiduría (si acaso pudiéramos afirmar que la teníamos); somos, repito, menos abogados y tenemos que tomar el código con más detenimiento y cuidado que el que lo hacíamos con el amigo que teníamos desde hace tantos años y se nos fue... O nos lo arrebataron.

Con respecto al tema de la capacidad y las restricciones, sé, como dije cuando comenzamos, que se conversó ayer. No sabía que se iba a tratar, si no hubiera venido más temprano, porque podría haberlo hecho, y haber participado así del rico intercambio de opiniones que debe haber tenido lugar.

Existen en este tema dos versiones. Está la opinión de los que entienden que las cosas no han cambiado, pues entre otros argumentos (lo leeré tal cual): “La capacidad de ejercicio de la persona humana debe presumirse en tanto no muestre signos evidentes de falta de discernimiento. Los registros provinciales de Capacidad de las Personas no se encuentran en condiciones de proporcionar una información adecuada en tiempo y en forma”. No hablemos de si habrá alguna retroprioridad, si tendrá que ser un certificado que comenzará a ser efectivo a las 0 hora de tal día, o que la información será válida durante 20, 30 ó 60 días, etcétera.

La otra posición, en cambio, nos dice que el derecho es una ciencia –no está diciendo nada nuevo y así lo he redactado– y que la verdad científica se caracteriza por la exactitud y el rigorismo de cada una de sus previsiones. No podemos entonces sostener ni negar que la realidad en cuanto al régimen ha cambiado (dejo de lado lo que dije al principio, en cuanto a que esto viene ya desde hace más de veinte años). Vamos ahora a lo que dice estrictamente el nuevo Código Civil y Comercial.

¿Por qué ha cambiado? Porque si bien los artículos 39 y 44 no nos dicen nada nuevo, pues lo que regulan ya los teníamos en los artículos 472 y 473 del Código Civil velezano, el 473 tiene una frase que fue agregada por la ley 17711, que dice que si la demencia no era notoria, no puede ser oponible, no ya al subadquirente sino al adquirente, a la parte que contrató con el incapaz, de buena fe y a título oneroso. Esto es que no sabía ni debía saber la restricción o la incapacidad de la otra parte.

Voy a hablar de incapacidad en forma unívoca. Cuando yo era muy joven, recuerdo que el maestro Llambías –que fue al primero que leí acerca de este tema– que una cuestión es la capacidad, que decide la ley, y otra cuestión es el discernimiento, que es una cuestión de la naturaleza. Esto lo sabemos todos, pero lo repito porque a veces hablamos de manera un tanto equívoca; de todos modos, también aquí hablaré en ocasiones de “capacidad” y en realidad me estaré refiriendo no sólo a la capacidad que no ha sido restringida o privada por el juez, sino incluyendo también al discernimiento.

Así, todavía continúo redactando en las Constancias Notariales de mis escrituras: “Juicio de capacidad y legitimación”, y con ello quiero referirme no solamente a esa capacidad legal a la que me referí, sino también a que el compareciente tiene discernimiento, es decir a un “juicio” más abarcativo, a un juicio amplio. Hablo entonces de un “juicio de capacidad” tomando el concepto en ese sentido amplio, no sólo referido a la cuestión jurídica de si tiene o no una restricción a la capacidad, determinada por un juez, sino a todo lo demás que tiene que ver con el discernimiento que puedo advertir en ese compareciente que tengo delante mío.

Algunos dicen, sin embargo, que hay un punto de encuentro entre estas dos teorías, porque nadie puede negar que hoy no sólo no contamos con un registro ni tampoco con varios. Ema les podrá decir –y seguramente lo ha hecho– toda la actividad que ha desempeñado el Consejo Federal, acompañado por algunos colegios, concurriendo a unos y otros registros (Registro de las Personas, Renaper, etcétera), para tratar de ver si podíamos conseguir antes del 1A que cuando menos se sancionara un decreto del Poder Ejecutivo (que era lo más probable), que concretamente dijera que no existen registros operativos y, por lo tanto, de alguna manera afirmar que el artículo 44 no puede ser aplicado lisa y llanamente como surge de una interpretación literal de la ley. Porque, como dije antes, y como lo conversaba hace un rato con Alicia Rajmil, quien está por aquí, esto venía desde hace muchísimos años pero nadie había caído en la cuenta de que hace ya bastante la Argentina había adherido a convenios internacionales tales como la Convención de los Derechos del Niño, que ya trataban la cuestión. Entre paréntesis, fue esa convención en la que pude “hacer pie” para redactar, hace más de veinte años, mi primera escritura de un acto de autoprotección o de disposición para la propia incapacidad, porque entonces no tenía una ley en la que basarme.

Regresando a esas posturas, es cierto que pueden encontrarse en ese punto. A quienes dicen que nada cambió (y cito a un amigo: Marcelo Falbo, hijo de uno de los autores intelectuales de la ley 17.801), guiándose especialmente por el artículo 22, que todos conocemos, y que no voy a repetir, dice “Esto no cambió demasiado porque ya estaba”. Es cierto, pero también lo es que ahora no tenemos el agregado al artículo 473; hoy pueden decirnos: “Señores, ya no hay una excepción a la norma, ya no hay en la norma una frase que me diga que si la demencia no era notoria al tiempo del acto no puede ser oponible”.

Ahora bien, creo que lo principal –y vuelvo a decirlo– es no llevar temor a los colegas. Aunque no se trate precisamente de este tema, recurro como ejemplo a algunas consultas que recibimos en la Asesoría, donde muchas veces los colegas nos llaman no por un caso que deben resolver, sino más bien para que le palmeemos la espalda y le digamos: “No se preocupe, escribano; no es tan grave lo que acaba de descubrir que pasó en su protocolo”. Por ejemplo –una trivialidad–: “Escribí 27 renglones en vez de

25”. Y entonces uno le contesta: ¿Y? ¿Dónde encuentra usted que si escribió más de 25 le caerá encima el rayo del inspector? Si quieren la historia, fue al comienzo una cuestión monetaria. Hace ya años se pagaba por cada hoja de papel romaní y había que escribir 25 renglones; entonces, era algo así como: “No escriba más porque como tesorero quiero cobrar otra hoja”. No era una cuestión que iba a llevar –ni tampoco lo hace hoy– a la nulidad de la escritura. Recurrí a un ejemplo sencillo, pero hay cientos.

Entonces, me parece que lo primero que debemos hacer, en un foro donde no sólo hay escribanos sino también autoridades, es llevar a todos esa tranquilidad. En pocos días más cumpliré cuarenta años de ejercicio profesional. Nunca tuve un compareciente –me refiero a quien verdaderamente está delante de mí– con el cual haya tenido algún problema de restricción de la capacidad de la que luego tuve noticias. No niego que quizá ahora tenga un abogado que por allí esté buscando un pleito, pero hasta el momento no lo ha ocurrido. Es más, la única vez que hice firmar, como digo simpáticamente y con el debido respeto, a un semi “chapita”, lo hice a sabiendas, y lo comento porque es una anécdota bastante graciosa. Siendo muy joven –tenía 26 años–, cada vez que regresaba en auto de la casa de mi novia de entonces, a la 1 o a las 2 de la mañana, en una esquina que está a cuatro cuadras de mi escribanía, me detenía, para pedirme un “pucho”, un señor que yo creía que estaba totalmente loco. Era un sobreviviente del campo de concentración de Auschwitz, que tenía su número tatuado, y a quien yo conocía solo por esa circunstancia: Me paraba y... mangazo. Un buen día se celebró un boleto de compraventa en mi ausencia; la operación llegó a mi notaría, se citó a las partes (habían concurrido a esas audiencias previas, además del comprador, sólo dos de los tres hermanos herederos del causante titular del inmueble, y de pronto, para mi sorpresa, al solicitar los documentos, me encontré delante con este buen señor. Entonces me dije: “Paremos todo, porque este es el “chapita de la esquina”. Resultó que mientras tanto el comprador había entregado el dinero y ¿quién lo estaba contando?... Pues el chapita, quien a continuación lo repartió entre sus hermanos mejor que las fichas un *crupier* en Las Vegas (estuve a punto de darle la factura para que me la cobrara...) (*Risas*). Entonces pensé las cosas un poco mejor y en lo que hubiera hecho mi madre, que era mucho mejor escribana que yo: Tenía el expediente sucesorio en las manos, ya se había comprobado que el simpático “chapita” era hijo de su padre, como sus hermanos, que todos estaban allí, que no había acreedores que se opusieran a la partición privada, que el precio era justo, que todos estaban de acuerdo, que el chapita era soltero, que no se le conocía mujer alguna (bueno, de día...), que no tenía hijos conocidos en el barrio, y, fundamentalmente, que no podía yo asegurar que no tenía discernimiento, especialmente a juzgar por cómo actuaba en la ocasión, ubicado también en tiempo y espacio. En fin... ¿Qué agregarles? Que autoricé la escritura. Esa fue la única vez que tuve alguna duda, y seguí adelante, por supuesto, luego de merituar las circunstancias. Nunca más tuve una situación ni siquiera parecida, y tampoco tuve un problema con la capacidad o el discernimiento de un compareciente. Desde ya, si se presentaron otros, siempre acompañados por sus padres, en los que no podía hacerse otra cosa que sugerirles que iniciaran el tedioso y doloroso juicio de insania.

Creo que esto es lo primero que debemos tener en cuenta. La cuestión no es nueva. El problema del discernimiento lo tuvimos siempre, y acuérdense de aquél viejo dictamen del doctor Castellanos. Está también el habitual caso de un notario que, por ejemplo, va a un geriátrico –como nos ha pasado a todos– para que se otorgue un testamento, una donación, o estampe su firma una persona en cualquiera de estos actos importantes pero que suelen ser solicitados tardíamente, cuando esa persona ya no se

encuentra bien o del todo bien, y a uno lo asaltan las dudas. Yo soy de los que entienden que si tengo alguna mínima duda y puedo recurrir al médico que atiende al paciente, sobre todo si es un psiquiatra, le debo solicitar su opinión. Hay quienes dicen, para mí erróneamente –pero, otra vez, errados con hache– que si el escribano duda debe abstenerse, ya que el solo hecho de pedir la opinión de un médico implica justamente eso, que debe abstenerse. Para mí es un gran error. Otra cuestión es si conviene o no agregar el certificado, justamente porque me abriga el temor de que el día de mañana, planteada la cuestión (la eventual nulidad), un juez, cuando vea que el escribano agregó ese certificado, aplique esa forma de ver las cosas. Ante una duda que yo tenga en cuanto a si es capaz –me refiero otra vez al discernimiento, porque capaz seguramente lo será ya que difícilmente haya sido declarado incapaz o le haya sido trabada alguna restricción–; ahora sabemos la gradualidad que el código contempla, siguiendo todas las nuevas y no tan nuevas leyes y los convenios y tratados a los que se ha adherido nuestro país, ¿qué mejor que el médico, que podrá decirnos: “Escribano: a usted le parece que está ubicado en tiempo y espacio, pero no, no lo está; ha perdido el discernimiento, está loco”, o lo contrario: “Puede parecerle que está desubicado, pero no lo está, lo entiende perfectamente”.

Viene al caso el ya viejo chiste del señor que va por la calle con su auto y de pronto se le sale una de las ruedas; es de noche, el alumbrado público no permite ver ni una manada de elefantes –para variar–, comienza a desesperarse porque no encuentra los bulones, y de pronto, tras la reja de un manicomio, que justo se encontraba frente al auto detenido, escucha que alguien le dice: “Señor, por qué no le saca una tuerca a cada una de las otras tres ruedas y con esos bulones podrá poner la rueda que se salió”. El señor, sorprendido, lo mira y le dice: “¿Pero dígame, usted no está allí por loco?” Y el otro, al punto, le responde: “Sí, yo estoy internado aquí por loco pero no por bol... (estúpido)”. (*Risas.*)

Esto es así, en un caso como ese seguramente este “loco” nos podrá engañar, pero tendría que ser el titular, tener en su poder el título, venir a la notaría... En fin... Situación casi de laboratorio. Queda claro entonces que nos pueden engañar, pero si tenemos la duda, podemos solicitar ese certificado al médico. Cuando menos, vamos a tener algo más, no para agregar un “papelito”, sino para convencernos, en primer lugar, si el compareciente tiene o no discernimiento y, en segundo, por nuestra propia protección.

En el código notarialmente comentado de la Fundación Editora Notarial y de la editorial Astrea van a encontrar estos artículos comentados y allí me remito. Vuelvo a referirme a Alicia Rajmil, a quien no sólo menciono por ser local sino porque conoce el tema acabadamente y escribió con Luis Llorens mucho acerca de todo esto, cuestión que habíamos conversado con él hace ya veinte años, porque lo teníamos muy presente y en alguna respuesta a alguna consulta podrán encontrar el dictamen del doctor Castellanos y también la opinión de Tobías.

¿Qué puedo agregar sobre esto? Además, como dije, ayer se habló, y por lo tanto, sé que no voy a ser nada novedoso. Quizá referirme a que comenzó a circular entre los colegas una declaración que entienden algunos resultaría conveniente hacer constar en todas las escrituras; en primer lugar, que el compareciente asegure su propia capacidad. Comenzaré por detenerme aquí, en esta primera sugerencia de “declaración”, previo manifestar que no se me rasgarán las vestiduras si la hacen constar; es decir que



no me opongo a este proceder. Pero daré mi opinión, aunque también voy a decir la que anteaer (charlando este mismo tema en mi delegación, la delegación Morón del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, felizmente con una buena asistencia de 60 ó 70 colegas y acompañado por Luis Llorens), dio mi hijo Franco, que estaba ahí junto con otros jóvenes a quienes les importan las cosas, estudian y se preocupan. Lo cierto es que cuando dio su versión, la verdad que le dije que podía tener razón.

Sin embargo, la primera que daré es mi propia opinión: A mi modo de ver, la declaración de un “chapita”... será la declaración de un “chapita”. Entonces, si el “chapita” no puede vender o disponer de otro modo a otro título, mal puede tener capacidad, discernimiento, para efectuar una declaración... que le permita efectuar la venta que tiene prohibida. Que me disculpen, pero esta es mi forma de ver la cuestión. Esto no quiere decir que yo en la asesoría vaya a decirle al escribano que le parece bien esta declaración, que no la haga constar en o fuera de la escritura. Mi hijo Franco – volviendo al ejemplo que quería dar– dijo: “Quizá te vas a encontrar con un juez que a leer esa “pomposa” declaración que el escribano hizo constar y como bien pomposa, quizá la valore, como una precaución del notario”.

Lo de “pomposa” viene a cuento –y esto lo comento como para que se tomen un respiro– a raíz de que todavía veo redactadas escrituras en las que el precio, por ejemplo, se consigna así (cosa que ya hace 120 años era criticada): “El precio total y convenido de esta operación asciende a la suma total de pesos tanto, que la vendedora recibe de manos de la compradora ante mí, que certifico, sirviendo el presente de suficiente recibo y carta de pago”. Veamos: “Total y definitivo”: ¿Podría no serlo? “Asciende a la suma de”: Acaso ¿tenemos que ascender a algún lado? ¿Acaso una suma expresada en letras o números no es una suma? Entonces, ¿para qué decir lo obvio? “Que la vendedora recibe de manos de la compradora”: ¿A quién le importa quién entrega el dinero y quién lo recibe efectivamente? Quizá el vendedor sea un bienudo de aquellos que no tocaría nunca el vil metal. Pero, peor: ¿En una escritura pública tenemos que hacer constar que un recibo es un recibo?”. En fin... No niego que hay colegas a quienes les gustan estas redacciones. Tengo un amigo, colega de Capital, Ernesto Marino, que me dice: “Yo con una escritura tan corta como la tuya no me animo a cobrar honorarios”. (*Risas.*) Bueno, háganla larga...

Volviendo a la cuestión de la declaración, independientemente de lo que cada uno decida, he leído unas cláusulas tan extensas, para colocar fuera o en la propia escritura, que me parecen excesivas y sin mucho sentido. Pero no niego que un juez podrá valorar –repito: no comulgaría con una decisión así– y decir que el escribano hizo todo lo que pudo, lo que estaba a su alcance, pero también nos podría decir: “Escribano, usted tiene el Registro Civil a tres cuadras de su casa, ¿por qué no fue a pedir un acta de nacimiento de este señor? Acuérdesse, era compañero suyo del colegio, del club, y ahora resulta que es pródigo o tiene la capacidad restringida porque es drogadicto, se mantuvo “limpio” durante cinco días para concurrir a su escribanía y otorgar un acto que le está prohibido”. Bueno, puede ser, pero en todo caso, por mi parte le preguntaría a ese juez si a cada persona que deja un escrito en su mesa de entradas o al que le toma una declaración testimonial, le solicita un certificado o la partida de nacimiento. Ya sé, me dirán que probablemente me condenará igual porque no me puedo defender con lo que él no hace, pero, tengámoslo presente y lo vuelvo a decir, que este no es un problema de escribanos. Si hay que pedir un certificado hoy, que no tenemos un organismo en condiciones, también lo tiene que pedir no sólo el juez sino el cajero que en la ventanilla de un banco paga un cheque. Tengamos en cuenta que el problema no es solamente

nuestro. Por supuesto, al cajero del banco nadie le va a iniciar un juicio, y a nosotros seguramente sí lo harán. Por eso, repito, obremos con cuidado, pero...sigamos obrando.

¿Acaso no veníamos haciéndolo con ese cuidado cuando delante nuestro comparecía una persona y teníamos dudas acerca de su discernimiento? Esto para no tener ni “meter” miedo. Lo cual no significa que yo me adhiera a la postura que dice que todo sigue igual. No, no sigue igual, pero convengamos que por ahora tenemos una seria restricción para acceder a una información adecuada, con respecto a lo cual me permito decir que no creo que pueda algún día acceder a ella yo ni tampoco mi hijo; quizá algún nieto escribano que continúe nuestros pasos, recién pueda ver un Registro Nacional debidamente organizado.

El otro día hablaba con una escribana de Jujuy; hay allí –si mal no recuerdo– 57 delegaciones del Registro de las Personas; creo que 20 no tienen internet. ¡No inscriben los nacimientos! ¿Vamos a pretender que inscriban restricciones a la capacidad?

¿Qué es lo que deberíamos hacer? Cuando salió la reforma del '68, los escribanos se pusieron los registros al hombro: se designaron jóvenes estudiosos que visitaron varios países del mundo, vieron lo que había, copiaron lo mejor y lo mejoraron aún más, y lograron leyes marco como la 17711 y luego vinieron las leyes convenio. Esto es lo que tenemos que hacer. No esquivarle al bulto sino involucrarnos, como hoy están haciendo las autoridades políticas, que son todos ustedes, del Consejo Federal y de todos los Colegios, para tratar de impulsar que esto se cree, que tengamos acceso. No decir que no pasó nada, que todo sigue igual y cruzar la calle porque me dijeron que no venían autos. No, fui a la esquina, el semáforo estaba en verde, miré para un lado, miré para el otro y recién crucé. Para eso, tenemos que tener registros que hoy no tenemos; tenemos que impulsar su creación e involucrarnos; que otra vez los escribanos sean los impulsores, como hoy se manejan los registros con las leyes convenio, y manejemos esto también o tratemos de que nos incluyan en una tarea en cuyas consecuencias obligatoriamente hemos quedado involucrados.

Esto en cuanto a la declaración de la propia capacidad. Pero parece que ante algunas observaciones, surgió que, en todo caso, la declaración serviría para esa “franja” de los “ex 152 bis”, es decir aquellos que tuvieran restringida su capacidad por prodigalidad o por cualquier otra circunstancia, porque así nos estarían asegurando que no tienen una restricción ni se encuentra en trámite un proceso en ese sentido; no que no son incapaces por haber sido declarados insanos, sino que tampoco tienen una restricción que los obligaría a concurrir a nuestras notarías con un asistente, con una “ayuda”.

Hacen referencia al artículo 388 que en el código velezano tiene su correlativo en el 1166, que Vélez ubicó en contratos. La nueva norma está ubicada en un lugar muy preciso (ineficacia de los actos jurídicos), y este artículo dice ahora (sin las excepciones que antes existían), que la nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de la persona en cuyo beneficio se establece y, excepcionalmente, también la puede invocar la otra parte si es de buena fe y ha sufrido un perjuicio, y puede sanearse por la confirmación. Por último, agrega que: “La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto no puede alegarla si obró con dolo”. La norma de Vélez exceptúa en cambio los casos en el que el incapaz lo es por ser menor y si el dolo consistió en la ocultación de la incapacidad. Entonces, si se trataba de un menor o había existido dolo,

ni el menor ni otro incapaz, ni sus representantes podían tomarse de su propia actuación para solicitar la nulidad del acto.

Digamos en primer lugar que antiguamente la norma sólo se aplicaba a los menores de acuerdo con el principio *malitia supplet aetatem*, que luego fue generalizado para todos los incapaces de hecho. Pero la norma no es de interpretación muy clara. No se trataba del simple ocultamiento del menor que se hacía pasar por mayor, para que luego no pudiera solicitar la nulidad del acto; no, si se trató de un simple ocultamiento el menor o sus representantes no perdían la posibilidad de ejercer la acción por nulidad. El que no podía ejercer la acción era el que había cometido dolo, el que había llevado por engaños o maquinaciones a que la otra parte pensara que era capaz, es decir el que había inducido al contratante capaz, mediante esos engaños, a creer que contrataba con una persona adulta. Es decir, repito, que quien solamente ocultaba su minoridad, podía pedir esa nulidad. Esto está claro en la doctrina y en la jurisprudencia. Lo pueden ver en dos lugares rápidamente: en el Código Comentado de Belluscio y, con la profundidad a la que nos tiene acostumbrados mi tardío maestro, Don Fernando López de Zavalía, en su tomo I de Contratos, página 228 y siguientes de la última edición, que creo fue de 2000, donde interpreta con profundidad este artículo 1166.

Insisto, no es una norma (ni la del código civil ni la del nuevo código) que pueda interpretarse fácilmente. Nos encontraríamos ante un supuesto en el que un señor que concurre a nuestra escribanía y mediante maquinaciones y engaños que puedan constituir dolo, induce al otro a contratar y que luego solicita la anulación del acto. No es una situación común. Miren, en todo caso, tengo más temor con el pródigo, porque no sé si pasa en las escribanías de ustedes, pero sé que en algunas sí pasa: Un curador podrá decir: “Mire, señor juez, lo pródigo que estaba mi pupilo que vendió por el 20 por ciento del valor real del inmueble, y fíjese que acá el precio fue abonado ante el escribano, así que...”. Y no hace falta que siga hablando de un problema gravísimo que enfrentamos todos; muy grave por cierto, como lo es el precio consignado en nuestras escrituras. Lo que pasa es que son pocos los casos de precio vil que llegan a los tribunales; quizá en todo el país no lleguen a tres o cuatro por año, pero al que le toca... pues se sacó la lotería y sin premio, sino con un gran castigo. Recordemos que no hace falta probar la simulación del acto; el que se ve perjudicado simplemente llevará dos tasaciones y le dirá al juez: “No me importa si vendió realmente en 20, porque vale 100”. No sé dónde se considerará el precio vil; dependerá de cada caso: 20, 30, 40, 50, 60 por ciento? Y también dependerá del criterio de Su Señoría. Si vale 100 puedo vender en 80 porque estoy apurado por vender, etc., ¿pero en 20? A veces uno ve las escrituras y advierte que el comprador no se dio cuenta de que “compraba” en el 20 % del valor real y quizá regresen en poco tiempo, dentro del año a vender en 100 y tienen que escriturar en ese valor y el problema es que tenemos que denunciarlo a la UIF como operación sospechosa, cuando en realidad de sospechosa no tenía nada. En todo caso, tendría más miedo a esa posibilidad, pero ese problema también lo tenemos hoy. En fin, la cuestión no es sencilla.

En otro orden, en mis escrituras hace años que no hago constar números de artículos del código, sino que explico lo que la norma dice. Si se trata de un poder en el que el poderdante libera al apoderado de la prohibición que traía el artículo 1918 (hoy 368), le hago expresar que lo libera de auto contratar y así se lo explico, si es el caso. ¿Qué puede conocer la gente común del 1918? Y volviendo a la capacidad, si le preguntara a alguien: “¿Usted asegura su capacidad, la capacidad de la otra parte?” Lo

más probable es que nos pregunten “¿Qué capacidad, capacidad de qué, para qué? Esto es, creo, lo que me podrían decir.

Entonces, no digo que no redacten estas declaraciones. Doy mi opinión, pero respeto al que las haga constar o ya lo esté haciendo, en la escritura o en un documento aparte, y me baso en este criterio –que en este caso es de mi hijo, pero muchos piensan igual– que, como dije, tiene en cuenta que un juez podría valorar que el escribano se haya preocupado de todo esto, y reitero, valorar –valga la redundancia– esta declaración.

Yo seguiré como hasta ahora, tratando de estar seguro de que la persona, el compareciente, tiene discernimiento, y sobre todo que es quien dice ser, porque si a algo sí le tengo temor es a la sustitución de persona. Especialmente porque algunos actuamos en grandes ciudades o en el conurbano bonaerense, que constituye una enorme aglomeración de gente. Con Luis Llorens, que sepamos, somos los dos únicos que seguimos afirmando que conocemos a la gente; no se trata de la antigua “Fe de conocimiento”, que hoy resulta imposible salvo en un pueblo pequeño; lo que no hacemos es recurrir al “documento idóneo”. Si los ven con detenimiento, ahora los documentos que vienen con la foto del identificado a la izquierda, están un poco mejor impresos, pero a los que venían con la foto a la derecha, como el mío, si le sacara una fotocopia, entre la silueta de la Argentina y los laureles que tiene sobre la foto, le tendría que decir a un juez: “Vino “esto”. Resulta que en lugar de la cara se ve algo borroso y bastante oscuro que parece... un mono con navaja, y con esto me estaría “lavando las manos” de la responsabilidad frente al comprador que quizá pierda su cas. Si la gente lo supiera, creo que harían fila en la escribanía de Luis y en la mía, porque seguimos afirmando, reitero, el conocimiento, lo que nos hace responsable de quién es el vendedor. Y aclaro que tengo una escribanía que en parte funciona “al paso”, ya que está frente a una estación del ferrocarril, donde pasan esos trenes chinos, y concurre gente a diario a certificar firmas. Los colegas suelen dar poca importancia a las certificaciones de firmas, pero no advierten que quizá lo que se transmite en un 08 es un Mercedes Benz 2014 SLK, que vale más que el terreno o la casa que está a cinco cuadras. ¿Qué hago entonces? Pues le solicito que me exhiba su documento, le pregunto quién lo envió, quién lo recomendó, y cualquier otra cosa que pueda servirme: ¿Qué tiene además del documento? “¿Cómo qué tengo?”, suelen contestar. “Sí, ¿qué tiene? Abra su porta documentos”. Quizá tenga el carné de Boca, de River... Ahora, el que me viene con la tarjeta de crédito del Banco Galicia, con la tarjeta de débito del Banco Provincia y con el carné de Boca –o de River, ahora que están en ganadores (*risas.*)–, bueno, pues si me engañó con todo eso, la verdad es que salgo a la sala de espera, lo felicito y le digo: “Hiciste lo imposible por engañarme y lo lograste”. Pero me tomo el trabajo y no me quedo solamente con un documento cuya fotocopia es ilegible, o mejor dicho, con un rostro invisible, porque es legible pero no se puede ver la foto de la cara.

Con esto quiero decir que los problemas ya los tenemos, que no nos tenemos que asustar demasiado con esta nueva legislación, pero ante la falta del agregado al 473, y dejando de lado los convenios internacionales y las leyes que vienen desde los '90 – desde entonces la convención, pero me refiero también a las leyes–, debemos obrar con más detenimiento. Es el único consejo que uno les puede dar. Después, “escucho ofertas”, porque por ahí me llevaré una frase, una idea que me convence y la comenzaré a utilizar.

Con respecto a las escrituras públicas, que es el tercer punto, vamos a ir rápido, porque los requisitos que trae el nuevo código ya los traían la mayoría de las leyes locales. Entonces, por ejemplo, entre los requisitos obligatorios podemos mencionar: lugar, fecha, nombres, apellido, naturaleza del acto, individualización de los bienes, constancia de la lectura, firma de los comparecientes, escribano, testigos –cuando así es requerido–, salvado de puño y letra del notario; hora en que se firma la escritura, si alguna de las partes lo requiere o el notario lo considera conveniente; fecha de nacimiento y domicilio del otorgante –artículo 305 del código–; nombre del cónyuge y nupcias, cuando sea relevante por la naturaleza del acto –el mismo artículo–; documento de identidad.

En el caso de constitución de sociedades tenemos que agregar –lo que ya teníamos en numerosas Inspecciones de Justicia, como la DPPJ o la IGJ en Buenos Aires, y en la ley de sociedades– nacionalidad y profesión de los constituyentes: El nuevo código, en su artículo 301 –aunque esto no interesa mucho– designa genérica e indistintamente a los comparecientes, ya se trate de partes, representantes, testigos, cónyuges; es decir que utiliza un término unívoco.

La identificación de los comparecientes –todos lo conocen–: documento idóneo, o conocimiento personal, pues ya no se puede recurrir a los testigos de conocimiento, algo a lo que algunas veces todos recurrimos; esta posibilidad fue suprimida en el nuevo código. No estoy diciendo nada que todo el mundo no sepa. Pido disculpas por la obviedad, pero tengo que seguir un orden y decir a veces lo obvio.

Utilización de abreviaturas. Las teníamos en casi todas las leyes locales. No pueden dejarse espacios en blanco, no pueden utilizarse abreviaturas ni iniciales, excepto que consten en los documentos que se transcriben.

Hemos escuchado por allí que, con respecto al documento de identidad, debe utilizarse en letras. No me parece que sea así; bueno, digamos mejor que no es así.

**Sr. QUIROGA.-** Lo piden algunos Registros del Automotor.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Bueno, lo que ocurre con el Registro Automotor es que ellos tienen un digesto que es una norma “superior” a la Constitución Nacional, y entonces hay que andar con mucho sigilo y respeto. Ellos tienen otras leyes. (*Risas.*)

Yo voy a seguir poniendo el documento en números, pues ellos surgen del propio documento que tengo a la vista; es mucho más legible y advertible, acaso, un error, que si lo hago constar en letras, pero me parece bien que quien lo quiera así poner lo siga haciendo. Yo doy mi opinión de que lo voy acerca de cómo continuaré obrando con estos números, porque, por supuesto, no es un elemento esencial del acto jurídico. Un testamento que dijera –ahora que la Señora está de moda–: “Yo, Chiquita Legrand...”, y nada dice acerca de su documento, ni en números ni en letras, ninguno dudará en que su manifestación de última voluntad será válida, así le deje los bienes a “Panchito”, en la medida que Panchito sea reconocible en su entorno familiar. Nadie va a decir que el testamento es nulo porque falta su DNI ni mucho menos porque no está consignado en letras.

En general, hemos consignado en las pautas que las leyes orgánicas de cada provincia consideran esenciales la fecha, número de escritura, precio o monto de la operación, cantidades entregadas en presencia del escribano, condiciones de pago; de haber financiación, el número de cuotas y la tasa de interés; identificación del inmueble, lote o número de la unidad funcional; calle; superficie total –no así las parciales, en la mayoría de los distritos–, y las unidades complementarias pueden identificarse con números romanos. En cuanto a esto les paso un dato acerca de un tema del que por una cuestión de tiempo no hablaremos hoy aquí, pero cuando lean propiedad horizontal se van a encontrar con un artículo que dice que la unidad funcional es inescindible de la complementaria, como hoy surge de los planos de propiedad, pero en otro, un poco más adelante, dice que el reglamento puede preverse que la unidad se pueda vender a terceras personas ajenas al consorcio, lo cual parece contradictorio. Si tenemos algo tiempo, después les leeré esos dos artículos.

En el caso –vuelvo otra vez a abreviaturas y números– de constitución de sociedades: capital social, importe de la integración, plazo de duración de la sociedad. En todos estos casos hay que ser cuidadoso, no usar abreviaturas ni usar números.

De instrumentos privados sólo diré algo que confío en ninguna de nuestras escribanías va a suceder. Parece hasta cómico: El artículo en cuestión n (313) dice: “Firma de los instrumentos privados”, y está dentro de la Sección VI, que lleva por título “Instrumentos privados y particulares”. Y nos indica: “Si alguno de los ‘firmantes’ de un instrumento privado no sabe o no puede firmar...” –no voy a comentar al respecto (*risas.*)– “...puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento.”

¿Qué quieren que les diga? Con el respeto que nos merece gente que tiene tantos pergaminos que uno no puede llegar ni siquiera a sus tobillos (me refiero solo a los pergaminos), la verdad es que no entiendo cómo pueden haber redactado esto. Bien que más adelante, por supuesto y cuando menos, se agrega que el documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba y puede ser impugnado... Menos mal que puede ser impugnado; por lo menos algo podrá hacerse. Lo único que faltaría es que no se hubiera previsto esto. Aunque igual, creo, correspondería por los principios generales del derecho, que por suerte parece que no quedaron de lado...

Pero, entonces, basta en principio con la impresión digital. La verdad es que suena a hilaridad, pero así está. Espero que en ninguna de nuestras escribanías, reitero, le tomemos la firma –entre comillas– en un instrumento privado a un señor que no sepa o no pueda firmar, su impresión digital.

Les pido que vayan armando las preguntas, porque a mí me interesa mucho más el rico intercambio que pueda generarse que continuar hablando. Pero, ya les dije, Ema no me dejó detenerme en cada tema porque si no todo se haría demasiado largo, y creo que tiene razón. No se olviden de las preguntas porque eso es lo interesante. Acá todos aprendemos de todos, sobre todo desde el 1A.

Contratación entre cónyuges. Aquí recordemos que está prohibida la contratación entre cónyuges cuando hayan optado por el régimen de comunidad. Esto surge expresamente del artículo 1002, inciso d) del nuevo ordenamiento. En mandato, dice el artículo 459 que se permite a un cónyuge dar a otro poder para representarlo en

el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye. Ahora vamos a volver sobre esto del asentimiento conyugal, y sobre todo sobre una cuestión de donaciones, que no quiero olvidar.

En principio, repitamos, la contratación entre cónyuges está prohibida, salvo que se haya optado por el régimen de separación de bienes, exceptuado el caso del mandato, pues existe un artículo expreso que dice que un cónyuge le puede dar a otro, como ocurre hoy, poder para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye. Pero vamos a ver que el asentimiento debe versar, de acuerdo con el artículo 457 sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos. Leámoslo porque aquí también hay dos opiniones que expondré brevemente: “En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”. La primera pregunta sería cuáles son los elementos constitutivos, porque elemento constitutivo es también el comprador, el vendedor, etc. ¿Qué debemos entender? Mínimamente, el negocio a realizar –si es una venta, una dación en pago, si es una permuta, una donación o cualquier otro contrato u acto jurídico–, la individualización concreta del bien y, en lo que todos están de acuerdo, el precio. Como debemos hacer constar ese precio, que en ocasiones suele decidirse, curiosamente, cinco minutos antes de la autorización de la escritura –y vuelvo al grave problema que tenemos los escribanos, en este país tan complicado–, creo que se puede utilizar una expresión en la que el precio no esté determinado pero que sea determinable; por ejemplo: “No menos del 50 por ciento por encima de la valuación especial”, la que tenga cada uno en el lugar, o “En tanto por ciento por arriba de...”, etc. En todo lo que dije hasta ahora estamos totalmente de acuerdo con Ángel, con lo cual, supongo que es también la opinión del colegio capitalino, ya que publicitó una parte de esto, que ahora está, como dijimos, un poco cambiado pero no en su esencia; en definitiva, puede ser determinable y hasta ahora no escuché a ninguno que dijera lo contrario. Esto, repito, en un poder, en un asentimiento: “No menos de XX monto”.

Ahora bien, ¿para qué actos se exige el asentimiento? Como hasta ahora, para enajenar, para gravar (artículo 470) bienes registrables, acciones nominativas o endosables las no cartulares, participaciones sociales y promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores, cosa que la jurisprudencia alguna vez ya lo había así decidido, pero ahora no cabe duda de que un boleto de compraventa requiere el asentimiento. Esto tiene que quedar claro, como también lo requiere una cesión de derechos sobre bien determinado, tema del que también nos ocuparemos.

¿Qué ocurre con la vivienda familiar? La ley la llama así, “vivienda familiar”, en otros lugares sólo “vivienda”, pero tomemos “vivienda familiar”. En todos los casos, la disposición de la vivienda familiar requiere el asentimiento. Ya no importa si hay hijos menores o incapaces, que era algo que a veces los escribanos no tenían en cuenta pues hacían constar que el bien “no era hogar conyugal y que no había hijos incapaces”, cuando en realidad tenían que darse ambas situaciones; es decir que bastaba que faltara una u otra para que el asentimiento no fuera requisito indispensable. Hoy no importa, reitero, si hay hijos menores o incapaces en la vivienda; basta que sea vivienda para que el asentimiento sea exigible.

Entonces, si es vivienda, debo pedir el asentimiento; se lo debo pedir al cónyuge, al conviviente y... bueno, por ahora, a nadie más, pero esto podrá cambiar, aunque por

el momento la *ménage a trois* no está contemplada... (Risas). Podemos preguntarnos de dónde surge el aseverar que se trata de vivienda. Bueno, de la declaración que hace el disponente, el vendedor, por ejemplo, como lo hace hoy en el caso de un bien propio que no es el hogar conyugal, o que, siéndolo, no hay en él hijos menores o incapaces. No tenemos otra cosa que su declaración.

Me podrán decir que la unión convivencial debe estar inscrita (artículo 522), para que sea exigible el asentimiento en la disposición de la vivienda familiar, pero puede ocurrir que el comprador haya ido a ver la casa y sabe que en ella está la mujer, la conviviente del propietario o...bueno, quien sea. Nos parece que si conoce la circunstancia será prudente que el notario la haga concurrir para que prestar conformidad, porque no queremos un problema, es decir que un juez interprete que no puede escudarse en esto de que la convivencia no está inscrita, cuando realmente conoce la existencia de esa persona en la vivienda. Si la conoce, que firme, es lo menos que uno puede aconsejar, pero no porque la ley expresamente nos lo pida. Pero ante un hecho, prefiero la seguridad y esto es lo que aconsejamos al que nos llama: que ese conviviente firme.

Me decía el otro día un gerente: “¿Qué voy a hacer con los préstamos de los solteros?” Le contesté: “Dígale que se casen, así vendrán todos casaditos y no va a tener problema con los convivientes”. (Risas.) Pero puede ocurrir que el comprador vistó la casa y se encontró con una mujer que parece la conviviente, pero quizá sea la de anoche, nomás. N fin, nos vamos a encontrar con situaciones diversas... Es lo que hay. Esto es como la fila en los bancos destinada a atender discapacitados y embarazadas; de pronto, uno que está esperando pacientemente (bueno, es una forma de decir) en la fila de los que vamos a depositar dinero en el banco, vemos que pasa una jovencita en la que no se advierte “discapacidad” alguna; entonces, le he dicho: “Perdone usted, el embarazo ¿es de anoche?, porque es más flaquita que un fideo (Risas.)

Decía recién que también se requiere el asentimiento en ciertos casos de cesiones de derechos; por ejemplo, boletos de compraventa, que ya la jurisprudencia así o había decidido, como dijimos; derechos del beneficiario de un fideicomiso, locación cuando el inmueble constituye la vivienda familiar, y cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado. No voy a entrar en la disquisición si se pueden ceder o no derechos sobre bien determinado. Sólo recordar que para que realmente alguien pueda ceder en su carácter de heredero algún derecho que dice tener sobre un bien determinado, deberían estar todos los demás herederos para decir que efectivamente a “Juancito” en la partición le van a tocar esos derechos que cede, porque todo esto está sujeto a la partición y podría estar cediendo la nada. Si ceden todos, obviamente no habrá ningún inconveniente.

Mandato entre cónyuges. Decía que un cónyuge puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos que se aplica el 456. ¿Qué dice el 456? Que ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer sobre los derechos de la vivienda, y no sólo sobre la vivienda sino también sobre los muebles de la vivienda. Esto se aplica no sólo al cónyuge sino al conviviente.

Queda claro que puede dar poder, pero hay aquí dos posturas. La una dice que la prohibición se aplica a todos los supuestos de asentimiento; y lo fundamenta en el 470



in fine, que con respecto a los bienes gananciales dice: “al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459”.

La otra, en cambio, dice que la prohibición sólo se aplica en los casos de disposición de la vivienda familiar, y lo fundamenta en el 459, que sólo excluye los casos en los que se aplica el 456, y que la remisión que realiza el artículo 470 es a los artículos 456 a 459, y que debe ser interpretada armónicamente. Así como el 459 que permite que uno de los cónyuges pueda dar poder al otro para el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, salvo en los casos mencionados, la prohibición no puede aplicarse para la disposición de otros bienes registrables que integran la sociedad conyugal.

Tenemos aquí también dos posturas. Me inclino por una, pero bueno, decidirá cada uno en cada caso a cuál adherir. Obviamente el poder entre cónyuges no puede ser irrevocable. Esto es claro, porque no puede haber un negocio irrevocable entre cónyuges.

En el caso de condominio hemos puesto: “Un cónyuge puede conferir a otro poder para vender el inmueble que tiene en condominio.” Acá no habría problema. No es que no haya en rigor asentimiento; no lo hay expreso, porque en realidad el asentimiento sería cruzado porque para cada parte el bien es ganancial, pero no habría problema porque como en la doctrina actual, si ambos dan poder para disponer de un inmueble del que son condóminos, no tenemos el problema del asentimiento. En el caso de la convivencia, reitero, el asentimiento sólo se requiere para el caso de disposición de la vivienda familiar.

¿Quién declara la convivencia? Insistimos: La declara el disponente. Pero la ley dice “convivencia inscripta”, y otra vez volvemos al principio de la conversación: ¿inscripta en dónde? ¿Dónde debería estar inscripta? Creemos que en el registro de bienes que corresponda. Aquí no deberían existir dudas, pues es en el registro donde el bien está inscripto, lo esperable y lo conducente. No podemos hablar como antes, que lo lógico es que esté inscrito en el Registro de las Personas, al margen del acta de nacimiento.

Lo mismo para el soltero, viudo o divorciado. Tratándose de estas personas que dicen no estar en convivencia, algunos van a decir que es conveniente insertar en el texto una cláusula que lo diga, ya sea que no vive en convivencia, que no está en unión convivencial, o, la que me gusyta más, que no integra una unión convivencial, o que no se encuentra incluido en las disposiciones del Título III, Libro Segundo, etcétera. Cada uno pondrá en la escritura lo que le parezca. Yo soy de lo que opina que mejor que referirse a números de artículos, y mucho más a secciones o a libros, es hacer constar lo que dice la norma, para que nuestros requirentes no tengan ninguna duda acerca de lo que está declarando. Es cierto que la ley se reputa conocida por todos, pero no quiero que ninguno me diga: “Ah, no sabía”. Debe saber, pero para que no me diga nada, redactaré de modo tal que quede claro lo que dice, no la referencia al artículo que dice lo que la escritura no dice. Me parece así más prudente y más claro.

Trato de ir rápido, porque los temas son muchos. Pero quisiera dar oportunidad a las preguntas y llegar a un tema que nos preocupa bastante, que son los títulos que emanan de donaciones.

En cuanto a las uniones convivenciales, no voy a hablar mucho más. En cuanto a protección de la vivienda, saben que se ha derogado el bien de familia pero que cualquier persona, aun soltera, con o sin hijos, puede afectar el inmueble a lo que antes era aquél régimen que ahora se denomina “afectación a vivienda”. Puede afectarse cualquier bien destinado a vivienda, total o parcialmente, lo que constituye una novedad. Un supuesto no contemplado era la subrogación real, pero hace veinte años hubo un caso interesante, el denominado caso Kipperband. En San Isidro, un señor que tenía una casa bastante importante, afectada a bien de familia y que tenía deudas con varios acreedores que lo habían embargado –recuerden que el bien de familia no era inembargable como decía la ley 14394, sino inejecutable, pues el embargo se trababa efectivamente; pero si se vendía el bien, el embargo se ejecutaba–, y le le planteó a la jueza que quería comprar un inmueble más chico, que iba a pagar todas las deudas que sí tenía debía pagar, que eran las del fisco –tasa de alumbrado e impuesto inmobiliario, porque se trataba de un bien ubicado en la Provincia de Buenos Aires, Obras Sanitarias, etcétera–, pero quería que el bien de familia se trasladara al nuevo bien que adquiriría. Y en ese entonces, no habiendo una previsión legal, el juez concedió el beneficio, es decir que aceptó la subrogación real.

Ahora no sólo puede haber subrogación real con inmueble determinado sino que también puede trasladarse al monto del producido por la venta o ejecución. Pido disculpas por decir cosas que todos saben –veo que muchos asienten–; por eso es que quiero ir a las preguntas. Entonces, puede ser al precio, pero la ley no fija un plazo para la nueva inversión en la vivienda. Vamos a tener problemas en esos casos; veremos qué decide la jurisprudencia.

En cuanto a las convenciones matrimoniales, anteaer escuchamos con Luis Llorens –por suerte tenía cerca a mi hijo Franco, que me buscó los artículos– cómo deben otorgarse en cuanto a la forma. No cabe duda de que ello surge del juego de los artículos 446, 448 y 463. El 446 nos dice que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente por objeto los allí indicados; en el inciso d) menciona la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales. Miren que ahora estoy hablando de dos cosas: La opción del régimen patrimonial, y las convenciones..

Queda claro que hasta el sábado pasado, en el código de Vélez, los cónyuges podían hacer por escritura pública una declaración acerca de qué bienes llevaban al matrimonio, para que eso quedara en claro. Obviamente el bien inmueble que está inscripto no necesita demasiada aclaración porque en el título dice que el que lo compró estaba soltero a ese momento. Pero en cuanto a si el televisor es mío o tuyo, ya no lo es. De ahora en más, con esta posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes, tenemos en claro que Susana Giménez no va a tener que tirar otro cenicero. (*Risas.*) Si está bien asesorada, lo va a evitar.

Pero volvamos a la forma: antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer la opción por alguno de los regímenes. Esto lo dice el artículo 446.

El artículo 448, dice que las convenciones matrimoniales “deben” ser hechas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio.

Por último, el artículo 463 establece el carácter supletorio: “A falta de opción hecha en la convención matrimonial”, los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias. Esto es que tanto en uno como en el otro caso, parece indudable que debe la forma exigida es la escritura pública.

El miércoles –que, repito, dimos la charla con Luis en Morón– alguien exhibió n formulario del Registro Civil de la Capital Federal –que ya estaba pre impreso–, donde se pedía que los cónyuges indicaran si habían hecho opción por el régimen de separación de bienes y si habían celebrado una convención matrimonial. En los dos casos estaba redactado en pasado. Parece que tienen bien claro que la forma es la escritura pública.

**Sra. HERRERO de PRATESI.-** Desde el Colegio teníamos alguna duda por el artículo 420, inciso j), que cuando habla del acta de matrimonio dice “Declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes”. Entonces, hace dos meses y medio o tres, cuando tuvimos la primera reunión con la directora del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, doctora Ana Lavaque, una persona encantadora, fuimos con la escribana Mariana Massone para charlar un poco sobre los puntos atinentes a la entonces próxima entrada en vigencia del código. Yo tenía alguna duda en cuanto a que ese “ante el Registro Civil” fuera interpretado por ellos como que esto podía hacerse en el mismo acto. Ella respondió que de ninguna manera, y que para ellos, el “se ha optado” es pasado y que debe hacerse en escritura. Quedó clarísimo.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Por si hubiera alguna duda, no es poco que el funcionario público nos haya dicho, entonces, cuál era su interpretación, independientemente de que para mi modo de ver las cosas, el código es claro y no puede haber otra, porque, repito, siempre habla en pasado. Entonces, del juego de los artículos 446, 448 y 466 queda claro que tanto una como otra deben ser hechas por escritura pública.

Quisiera decir que, de acuerdo con lo que escuché, estuvo acertado el escribano Pérez Lozano cuando ayer dijo que no es cierto que nosotros seamos los primeros. Como dije al principio, tenemos el caso del abogado que fue a presentar un escrito el lunes. Tengo una amiga que escribió en Facebook que fue a continuar con una demanda de divorcio que venía desde hacía tiempo y sobre la que ya estaba por dictarse sentencia, y le solicitaron la “propuesta” en cuanto a los bienes. Entonces, me dijo “Ahora ya no te podré mandar más liquidaciones y particiones de sociedades conyugales a la escribanía”. No, no es así. El código dice una “propuesta”. La pueden aceptar o no, cambiar de idea y después concurrir a nuestras notarías, porque está claro que en el régimen patrimonial matrimonial disuelto se aplican, en principio, las normas para la partición de la herencia. También la propuesta podrá decir que en cuanto a los bienes, concurrirán a un notario para liquidar y partir extra judicialmente. Y otra cosa más que antes estaba en duda o existían dos posturas en cuanto a la forma de regirse la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta por divorcio. Por mi parte, integraba el grupo minoritario. La mayoría hablaba de “codisposición”, aún en el caso de que uno sólo de los ex cónyuges fuera el titular de dominio. Esto lo he discutido largamente con Cornejo y con especialistas en derechos reales (que yo no lo soy –como por fortuna no lo soy en nada–), y le decía “¿Cómo tu ex mujer, por el sólo divorcio, se ha convertido en titular de dominio? ¿Dónde está el título y dónde está el modo?” Pero, sin perjuicio de no contestar estos interrogantes, se

inclinaban por la codisposición. Había aquí un error de interpretación del artículo 1313 que remite a las reglas de la partición de herencia pero sólo en el caso de disolución por muerte de uno de los cónyuges y no en el caso de divorcio.

El nuevo código, para mi gratificación (una para la justicia...), adopta el régimen que sosteníamos la minoría, una muy pequeña minoría –de los “importantes” conocidos, solo Zannoni opinaba así; desde el año 1983, que sostuvimos esto en una jornada notarial llevada a cabo en Paraná, Entre Ríos, no teníamos otras opiniones a favor en las que hacer pie; ahora, entonces, se adopta la posición que sostiene que mientras no haya partición, dispondrá el titular y asentirá el no titular, o consentirá –a mi modo de ver– si el acto fuera gratuito.

Pero hay que manejarse con prudencia, porque a veces, por ahorrarse la partición concurren a nuestras escribanías, vende el marido y, finalizado el acto, le entrega la mitad del precio a la mujer. En ese caso, hay que hacer firmar un recibo, porque el que está cobrando en la venta es en el caso el marido, pero el día de mañana la mujer, arteramente, podría pedirle la mitad del precio. Por supuesto que uno recomienda que hagan la partición, pero también pueden partir el producido de la venta, es decir el precio y dejar constancia por escritura o por instrumento privado. Venderá el marido por escritura 1, y por escritura 2 haremos constar que parten la sociedad conyugal, parcialmente por ejemplo, y que se reparten el precio por mitades luego de pagar las deudas del marido, porque primero están las deudas del marido y después estarán las de la mujer, pero primero hay que pagar las deudas.

Una pastilla, que no es algo importante porque nadie cuestionaba si se codisponía y se disponía y asentía: Toda mi vida solicité certificado de anotaciones personales por el no disponente, por el que da asentimiento. ¿Por qué? Porque tengo que proteger a los eventuales acreedores, quienes durante la vigencia de la sociedad conyugal tenían sólo un derecho en expectativa con respecto a los bienes del no titular, porque antes de la liquidación y partición de la sociedad, la mujer no tenía nada en concreto de esos bienes de titularidad del marido, y viceversa, pero producida la disolución de la sociedad, podía concretar ese derecho y repartir por mitades esos bienes, una vez abonadas las deudas del marido, y el acreedor de ella podía entonces cobrarse sus créditos de lo que le fuera adjudicado; por lo tanto, hay que solicitar ese certificado de anotaciones personales, cosa que el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires ya hace unos cuantos años lo exige, como también otros Registros, como el de Ciudad Autónoma de Buenos Aires y supongo que también el resto porque suelen ponerse de acuerdo en casi todos los temas.

Capacidad de los menores. Solamente una pequeña contradicción: en el artículo 686 inciso a) se habla de los menores y dice que “se exceptúa a los siguientes bienes de la administración: los adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste aunque conviva con sus progenitores”, mientras que el artículo 30 –aquí tendría que hablar Alicia Rajmil, porque se mezcla un problema que no voy a traer acá pero que Alicia conoce muy bien, que es el problema de la legislación laboral: esto es quiénes pueden trabajar, desde qué edad, etc.–, refiriéndose a la persona menor de edad con título habilitante –lo que también lleva a preguntarse qué es título habilitante– dice: “La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, tiene administración y disposición”. Acá no tengo

edad mínima, y en el 686 estos menores están incluidos junto con los demás que trabajan o ejercen industria. Hay una contradicción, habría que aplicarlo armónicamente; la mayoría entiende que se aplica el 686 y que por lo tanto esta es la norma que debe regir, aun en los casos de menores con título habilitante. Planteo la aparente contradicción.

Con respecto a los menores, los hago comparecer en las escrituras que autorizo desde hace años en que se me presentó la primera ocasión. Se trataba de un menor, de 15 años, cuyo padre, después del fallecimiento de la madre, había recurrido a la justicia para vender el inmueble que había sido el hogar conyugal. Por supuesto, todo se hizo bien, se compró otro inmueble donde le quedó al hijo más de la mitad, esto era beneficioso para él. Pero el juez no lo llamó, y tenemos una ley, la 26.061, y mucho antes la Convención de los Derechos del Niño, que dice que el menor debe ser oído. Tenía dos cosas por hacer. En una jornada notarial bonaerense, llevada a cabo en Necochea, algunos se horrorizaron porque dije que hacía comparecer a menores. Volviendo al caso, podía llevar el expediente nuevamente al juez local –que, para colmo, había tenido algún que otro intercambio complicado– para decirle: “Señor juez, usted no cumplió; debe oír al menor”, o podía sencillamente hacer comparecer al menor a la escritura para manifestar simplemente: “que prestaba conformidad con todo lo actuado por su padre”. Me podrán decir que yo no soy funcionario idóneo para escuchar al niño y que debe ser siempre el juez. No sé, creo que es suficiente que lo diga ante el escribano. Hoy creo que los jueces se van a cuidar más, porque todo lo que estaba en la ley 26.061, que muchos ignoraban o no aplicaban (y antes con sólo la Convención lo ignoraban aún más) ahora tienen en el código que deben ser oídos y seguramente no se les escapará. Los menores pueden y deben, en algunos casos, comparecer a las escrituras en todo asunto en que ellos estén interesados, salvo, por ejemplo, que haya un expediente judicial en el que haya sido oído o haya tenido oportunidad de ser oído.

Veamos ahora qué ocurre con las autorizaciones de viaje al exterior. Otra vez el sentido común, que es el menos común de los sentidos: Escuché hace un tiempo que los menores deben comparecer al acto, ala autorización, sean para viajar al exterior o para sacar registro para conducir vehículos. ¿Justo en esos casos les voy a pedir que vengan, cuando van a ir a la Municipalidad a sacar el registro o van a presentarse en Migraciones para viajar al exterior? Obvio que no hace falta, porque es en esos momentos en lo que el menor, solito, va a ejercer o no la facultad que le fue concedida. Sé que hace poco migraciones aclaró esto en el sentido apuntado.

Por eso digo que tampoco nos tenemos que asustar mucho. Anoche en la mesa contaba, y lo repito acá, que uno aprende de todo el mundo. Pondré un ejemplo que me resulta aleccionador. Recién empezaba a ejercer, en septiembre de 1975, tenía 21 años, y concurrió una persona de origen boliviano a mi escribanía para otorgar a su hijo un poder para vender una casa que tenía a pocas cuadras de mi notaría. Luego de tomar sus datos (era cliente de mi madre) al solicitarle el nombre, apellido y número de documento del hijo, advertí que tenía un número que creo era de 12 millones y pico, mayor al mío; entonces supuse bien que se trataba de un menor de edad ( recuerden que entonces la mayoría se adquiría a los 21 años). Le dije entonces: “Su hijo es menor, tiene que elegir a otra persona, a un mayor”. Este hombre me miró y me dijo: “Bueno, si mi hijo es medio botarate y se equivoca, perderé yo”. Lo miré y le dije: “¿Puede venir mañana?” No terminó de salir por el viejo zaguán que en esa época tenía la escribanía, que tomé rápido el código (se nota que había faltado ese día a la facultad), y, claro está,

me encontré con una norma que dice que el poder puede ser válidamente otorgado a un incapaz. ¿Qué es esto? Sólo aplicación de sentido común. Este hombre tuvo ese sentido común que me faltó a mí en el momento. Por eso las normas civiles deben tener sentido común, porque no las tiene que entender solamente Lorenzetti, ni el escribano Fenoglio, ni la escribana Ferrari ni el escribano Di Castelnuovo, ni todos los que estamos acá; las tiene que entender Doña Rosa, que es la costurera de la esquina, y si ella no las entiende, algo anda mal en las normas. No se trata de quiebras, ni de derecho penal, en donde los plazos, por citar un ejemplo, pueden ser de 2 días o de 5; esto es derecho civil. Todo el mundo sabe que no le pueden plantar un árbol que le rompa los cimientos de su casa. Cuando la norma está bien hecha, la comprende fácilmente todo el mundo. Por eso es difícil entender que un señor pueda poner la impresión dígito pulgar en un documento, porque el sentido común me indica que no debería. Viene a mi memoria (todavía me acompaña algo de ella...) que hace años el Consejo Federal me pidió comentar un proyecto de ley en el que se decía “cómo van a tratar distinto al pobre ciego”, y entonces modificaban el código poniendo cosas obvias como que la mujer podía ser testigo, cosa que ya sabíamos –hacia años que sabíamos que las mujeres eran capaces– y pedían que el ciego pudiera ser testigo en un instrumento público. Justo un ciego, que no puede ver si el compareciente tiene una pistola en la cabeza al firmar el acto, y por eso dije que era ridículo. Es que estamos en una época de un falso progresismo, sin ofender a nadie, donde decimos que el incapaz tiene una “capacidad diferente”. El que es sordo, es sordo, es incapaz de oír, no tiene una capacidad diferente sino una incapacidad de oír. Y el que es ciego, a quien ahora hay que llamar “no vidente” para no ofenderlo (si se lo quiere ofender se lo va a ofender igual diciéndole “no vidente”) tiene una incapacidad de ver, no una capacidad diferente. Me acuerdo de una anécdota que vi por televisión. Un día un periodista le preguntó a Don Jorge Luis Borges, casi terminada la entrevista, si el hecho de ser “no vidente” le había causado problemas en los últimos años de su vida, con la lectura. Y entonces Borges le dijo: “Pe... perdone, usted, se... señor periodista. Te... tenía entendido que era ciego”. Claro, era ciego y no quería que eufemísticamente le dijeran “no vidente”. Pero ahora resulta que todo parece ofensivo.

Si a mí no me llaman para la selección de fútbol, ¿me podría sentir ofendido? ¿O es que soy incapaz de jugar al fútbol, no hablemos como Messi, sino como cualquiera de los que juegan al fútbol? Soy incapaz de jugar así; no me tengo que sentir ofendido. Y está bien discriminar, pues en su primera acepción significa separar distinguiendo, pero ahora discriminar es ofensivo; en fin...

En cuanto a los testamentos, sepan ahora que sólo se requieren dos testigos. Yo hubiera sacado a todos, pero bueno, bajamos a dos. Se aplican las reglas generales dispuestas en la materia: el artículo 295 del Código. No se requiere que estén domiciliados en la jurisdicción. Acuérdense de que el Código hablaba de domicilio, residencia, etc. Hoy no debe estar domiciliado en la jurisdicción y se lo puede identificar por cualquiera de los procedimientos establecidos en el artículo 306. No puede ser testigo quien es designado albacea, e interpretamos que al no estar la posibilidad de que el notario pueda ser albacea, deberíamos abstenernos. Nunca autoricé un testamento en el cual alguien me designara albacea. Siempre pude encontrar a otro, un amigo del testador, etc. Nunca me gustó eso del escribano albacea. No niego que a veces esté bien, y está muy bien entonces que así se decida, porque el testador puede sólo confiar en su escribano. Son esas cosas que, como el artículo 291, empiezan a rozar con intereses personales, y uno debería apartarse lo más posible de cualquier sospecha.

Ese es el escribano, el que asegura la eficacia que debe tener el documento, el que lleva la seguridad jurídica porque la elabora, porque la ejecuta y porque la garantiza.

Porción legítima del heredero. Ustedes saben que se ha aumentado, lo cual me parece muy bien; el primer proyecto que leí al respecto es de Borda, del año 80 y pico, de llevarla a un tercio. Es curioso, porque ahora vamos a ver que por una parte siguen entendiendo que la legítima es buena, y por el otro lado, le pegan con un palo al regular las donaciones.

La porción de la legítima ha disminuido a dos tercios, y la porción disponible ha aumentado consecuentemente a un tercio. Estoy hablando del caso de los descendientes, que es lo que más nos preocupa. En el caso de los ascendientes y el cónyuge, un medio.

Nombramiento de tutor. Cualquiera de las partes puede designar tutor o tutores a sus hijos menores de edad por escritura pública o por testamento, pero esto no es obligatorio para el juez. El juez siempre será el que tenga la última palabra en la designación.

Vamos al tema de donaciones. Es difícil para mí hablar de este tema porque me he pasado casi 39 años, desde 1976, defendiéndolas y ahora tengo que tratar de mantener la misma postura. Pero me encuentro con un nuevo código que interpreto de un modo, aunque hay otros que lo hacen de otro. Voy a mencionar la opinión de Etchegaray, a la que ha adherido Lamber, aunque creo que no lo ha citado, pero ahora podemos leer también su opinión favorable. He hecho todo lo posible por coincidir pero no he podido, como tampoco pudo Ángel Ceravolo.

En primer lugar, deben ser hechas por escritura pública las donaciones de inmuebles, las de bienes registrables –automotores, buques, aeronaves- y prestaciones periódicas o vitalicias. No existe aquí problema alguno.

El problema vino en primer lugar por lo siguiente, aunque por supuesto va a ser una cuestión de poco tiempo más. Me refiero a las ofertas ya otorgadas. ¿Cuántas ofertas vamos a tener no aceptadas al 1A, es decir, a la entrada en vigencia del nuevo código? Algunos me están diciendo aquí que muchas; otros ya me dijeron que llamaron a todos los que pudieron y que las aceptaron antes del 1A.

El artículo 1545 del Código dice que la donación debe ser efectuada en vida del donante y del donatario. Algunos opinaron en su momento que bastaba con la “vida” del donante y no es así. A partir del 1A –me estoy refiriendo, por ahora, a las ofertas que se hayan efectuado o se efectúen a partir del sábado pasado–, el donante no sólo debe estar vivo, sino que debe ser capaz y debe tener discernimiento al tiempo de la aceptación, porque si no, no se podrá formar el contrato de acuerdo con los artículos 971 y siguientes del código, tal como ocurría en la época de Vélez, exceptuado el tema del artículo 1795; hablo en general. Entonces, no solo tiene que estar vivo sino que tiene que ser capaz y tener discernimiento, lo cual nada tiene que ver con que yo diga que para aceptar la donación tengo que “ir a buscar al viejito al geriátrico”. No. Abro el diario LA NACION de hoy y podré encontrar contrato multimillonarios que se forman entre ausentes; un japonés puede estar ofreciendo adquirir a Dreyfus cientos de toneladas de soja y nadie se escandalizará si al aceptar ninguno fue a buscar al japonés a Japón. Así se forman los contratos entre ausentes, lo cual nada tiene que ver con que el día de

mañana alguien pruebe que el contrato no se formó porque a la época de la aceptación había fallecido o había devenido incapaz el ofertante.

Pero lo que dice el artículo 1545, aparte de esta lectura que agregó, sobra. Quiero decir que si esta frase final –aclaro que se trata de mi opinión, y que no he encontrado otra igual, pero no tengo dudas de que así es– no estuviera en el artículo 1545, nada cambiaría, porque no hay un artículo similar al 1795 que permita al donatario aceptar la donación una vez que ha fallecido, devenido incapaz o perdido el discernimiento el donante. A mi modo de ver las cosas –tanto que criticaron a Vélez por hacer constar en su obra definiciones y ser docente–, esa frase del legislador es docente. Dejemos de lado que no estoy de acuerdo; ese es otro tema; ha querido decir: “Ojo, que aquí la cosa cambió. Ya no pueden hacer esto lo escribanos”, y digo “los escribanos” porque después voy a citar a la doctora Kemelmajer de Carlucci acerca de este tema.

Esté o no esté, da lo mismo, pero las donaciones ahora ya no se van a poder aceptar como antes. Dejemos de lado que las usábamos mal: Concurría a nuestra escribanía un donante, que en realidad no quería donar; sino sólo evitarle a su hijo, por ejemplo, los trámites sucesorios, dona y le dice al escribano: “Guarde esto, escribano; en algún momento vendrá mi hijo y le pedirá que continúe con el trámite”; así si el notario es joven; en mi caso supongo que preferirá decírselo a mi hijo...”; ya sabemos qué agregan: “Si me pasa algo...”, porque no sé en la de ustedes, pero en la mía no se muere nadie; a todos “les pasa algo” (*risas.*) “... Ese señor, en rigor, no había donado, porque había contrariado la regla “donar y retener no es válido”, que traía el artículo 1802. Normalmente, pese a ello, nada ocurría, porque generalmente el donatario era el hijo; por lo tanto, no venía otro a decir: “No, mi papá no donó”. Pero si se tratara de un extraño, el legitimario bien podría decir: “Mi papá no donó porque no expidió la oferta”. Es decir “no le mandó” la oferta al donatario. Antes el contrato se formaba con la expedición de la aceptación, mientras ahora con la recepción de ella.

¿Qué pasa con las ofertas de donación efectuadas antes del 1A en las que el donatario venga a aceptar después de esa fecha, ya fallecido o devenido incapaz el donante? Por supuesto, aquí existen dos opiniones: por un lado están quienes dicen – como ahora la doctora Kemelmajer de Carlucci, aunque hace siete meses opinó lo contrario en las disertaciones que dio en las delegaciones Pergamino y Morón de mi colegio– que no pueden ser aceptadas porque la ley se aplica de modo inmediato, es decir, se trataría del efecto inmediato de la ley al que se refiere el artículo 7º, que copia el anterior artículo 3º, más allá del agregado –innecesario a mi juicio– de las cláusulas más beneficiosas al consumidor, porque son de orden público, razón por la cual no hacía falta agregarlas.

Y por otro lado estamos quienes decimos que al señor que ofertó una donación no se le puede aplicar la ley nueva, pero no por defender al donatario. El donatario tenía un derecho en expectativa; tan en expectativa que el donante podía revocarle la donación hasta el último momento, antes de la aceptación. Esto estaba claro. ¿A quién tenemos que proteger? A quien ya no está, que es un señor que de haber sabido que le iban a cambiar la ley, si se trataba de una donación a la concubina, a su querida, al sobrino, en fin, a un no heredero legitimario, hubiera testado, le hubiera legado, porque ese era el marco legal en el cual realizó la oferta de donación.



Esto nos llevaría toda una tarde porque es un tema apasionante. Siempre había leído a Borda, que tiene un artículo que se llama “Efectos de la ley con relación al tiempo”, que está en el tomo 28 de El Derecho, donde aparecieron otros que tienen que ver con cada uno de los institutos reformados o agregados al código civil por la ley 17711 (menores, lesión, abuso del derecho, responsabilidad, etc.). Allí pueden encontrar todos esos artículos en los que Borda comentó las reformas y contestó las críticas recibidas, como por ejemplo la de Llambías, que se oponía a dar a los menores la capacidad para vender un inmueble, cuando no advertía que la plata que el menor se ponía en el bolsillo no podía controlarse, mientras que si compraba un inmueble demostraba cierto cuidado, razón por la cual porqué no iba a permitírsele disponer de él.

En esto de la aplicación de la ley Borda sigue las ideas de Roubier, que este publicó en un artículo en 1929, que luego fue reeditado con el título “Los conflictos de la ley en el tiempo”, en 1960. Allí Roubier diferenció lo que era aplicación inmediata de la ley de la retroactividad de ella. Como ocurre cuando uno lee a Borda, suena tan “redondo” lo que dice, lleno de sentido común, pero resulta que años más tarde se me ocurrió leer a mi tardío maestro, López de Zavalía, y ahí me di cuenta de que había que interpretar las cosas de otro modo. Tanto Borda como López de Zavalía recurren al mismo ejemplo que utilizó Roubier. Aclaro, de todos modos, que este, después de escribir lo que escribió, según De Castro, años después abandonó la distinción entre efectos inmediatos y retroactivos. También están quienes entienden que la distinción entre relación y situación jurídica no tiene utilidad alguna; en fin...Recordemos que relación jurídica es la que se establece entre dos o más personas con carácter variable (contratos, testamentos, etc.) que desaparecerá con el ejercicio del derecho y el cumplimiento de la obligación (la paga), mientras que la situación jurídica es permanente y es susceptible de ejercerse indefinidamente (padre-hijo, derecho de propiedad, etc.). Entonces, lo que dijo Roubier y a lo que se refirió la doctora Kemelmajer, hay que tomarlo con pinzas.

Volvamos. ¿Qué ocurre? Supongamos, para hacerlo sencillo, un préstamo otorgado en 2013 con un interés del 10% anual; se sanciona una nueva ley que limita ese interés al 5% a partir del 1° de agosto de 2015. Nadie discutirá que si al acreedor le hacen devolver los intereses que percibió en 2013 y 2014 sería retroactiva. Ya tenemos problemas con el año 2015, porque pudo haber un acreedor que, diligente, le golpeó la puerta al deudor el 1° de enero y le cobró el interés que por adelantado debía abonarle al 10 % y nadie se lo va a quitar, mientras que puede haber otro que todavía no cobró porque le dijo al deudor que se tomara un tiempo; salió la ley en agosto y resulta que tiene que cobrar el 5%. Aquí ya tenemos una situación de injusticia entre el tratamiento a uno y otro. El problema está con los años 2016 y 2017, que están por venir. Según Roubier y Borda, no es retroactividad sino aplicación inmediata de la ley. ¿Por qué? Porque dicen: Vamos a tratar al señor que prestó a interés en 2013 del mismo modo que trataremos al que presta hoy. Pero eso no es tan fácil. Dice López de Zavalía, que estamos frente al río de Heráclito o al de Parménides. Curioso: En la filosofía griega no hay nada que uno no pueda encontrar acerca de la conducta humana. Heráclito nos decía que uno no podía bañarse dos veces en el mismo río, porque el agua había pasado y siempre era un río diferente, mientras que Parménides, en cambio, que el río era el mismo aunque el agua hubiera pasado. Entonces, López de Zavalía nos dice: “Si voy a dar un discurso, en la primer palabra está ya parte de la última”. Si vendí ayer, que podía hacerlo en cuotas con un interés del 10 por ciento, ¿no tuve acaso en cuenta en el

precio ese interés que iba a cobrar? Entonces, no me digan que el interés futuro no tuvo nada que ver con lo que resolví en el pasado.

Regresando a nuestro donante de ayer, me parece entonces que habría aplicación retroactiva si no permiten al donatario aceptar; dejemos de lado por ahora si se trata de un derecho adquirido (he vuelto a pensar que se trata de un derecho adquirido, pese a la modificación introducida por Borda, que habla ahora de un derecho “amparado por una garantía constitucional”); ese donante, reitero, donó en un marco legal y ahora no lo podemos escuchar porque se murió. Yo no digo que todos acepten esas donaciones, yo me limito a decir lo que haré. Al que acepte le diré: “Mire, se va a encontrar con dos posturas; la de quien acepte lo hecho y la de quien le diga que si a la fecha de la aceptación de la donación, posterior al 1A, el donante había fallecido, el contrato no se formó”. Y aclaro que no haré mentir al donatario; si falleció el donante no le haré decir que está vivo sino que “asegura la vigencia de la oferta”, que son cosas distintas. Y así, aun cuando me conste, porque fui al velorio, esa muerte..

El Registro de la Provincia de Buenos Aires, en la orden de servicio 45, felizmente adoptó esta postura: el que califica es el notario, salvo que del propio título surja que el donante murió, en cuyo caso inscribirá la escritura provisionalmente y deberemos iniciar el trámite administrativo que finalizará en la Justicia. ¿Qué va a decir la Justicia? Ya sabemos, este código está hecho por abogados. Lo de la donación no es una casualidad; no quieren donaciones...salvo las propias; se percibe una gran algría a ellas, pues lo que quieren son sucesiones. Esto es así, y cuando he hablado del tema, por ejemplo en Necochea con varios jueces presentes, pudieron sonreírse cuando les dije: “Miren, si me hablan de la quinta y del bolsillo, yo los respetaré; hagan sucesiones porque es lo que pueden cobrar fácilmente; ya sabemos que cuestiones de familia, laborales, no pueden cobrar así; dejemos los grandes estudios de lado (Brons & Salas, Marval & O’Farrell, etc.), pero sabemos que los abogados del conurbano, por ejemplo, cobran sucesiones en forma segura, mientras no lo hacen con asuntos de familia, laborales, accidentes, etc. Si me hablan de quinta y de bolsillo, como dije, los respeto, pero no se rasguen las vestiduras con que defienden al heredero interviniendo en las sucesiones en sede judicial”. Todos se rieron porque aceptaron esto.

Lo que pasa es que encaramos mal el problema en 2007, aquí en Santa Fe. Estuvo mal encarado y así nos fue. Ahora los autores de este nuevo ordenamiento “metieron” el Código de Procedimientos en el Código Civil. Ya no queda duda alguna acerca de que el escribano no podrá tramitar una sucesión. Se acabó, por el momento, la discusión, cuando menos hasta que algún día la comunidad se entere y sepa que en cualquier país del mundo la pude hacer por el 2% de honorarios en lugar del 15. Deberemos hablar con nuestros primos hermanos porque son temas, insisto, de “quinta”, no jurídicos. Esto lo dije claramente –lo recordábamos anoche– en la jornada de derecho civil que se llevó a cabo en la UBA, no la última sino la anterior, creo que en 2008, no recuerdo bien la fecha, la doctora Graciela Medina quien se puso a hablar enfáticamente de la ridiculez de que lleguen a los estrados judiciales sucesiones en las que todos los herederos son capaces, están de acuerdo y no existen terceros que se opongan a la partición privada; afuera estaba su marido, el doctor Julio César Rivera, cuyo celular se ponía rojo porque los colegas le decían “Callá a tu mujer”, porque decía bien a las claras todo esto: en fin, ¿para que necesito a un juez que me diga que soy hijo de mi papá, si eso lo dice la partida de nacimiento que cualquier escribano puede hacer constar”.

Perdón, porque me fui de tema. Me gusta abrir ventanitas de Windows pero me cuesta cerrarlas... Retomando, diré o haré decir que la oferta está vigente y autorizaré la aceptación de la donación; claro que deberé advertir al donatario que quizá el escribano que aparezca después le podrá pedir una “prueba de vida” del donante al tiempo de la aceptación... En fin... Hay de todo. Digo lo que voy a hacer y lo fundamento, y así lo he escrito y lo podrán encontrar en el Código Comentado, en el tomo V, donde está la interpretación del artículo del artículo 1545 y del 7.

Lo gracioso es que el año pasado, la doctora Kemelmajer de Carlucci, como adelanté, fue a Pergamino y a Morón, donde dijo que en su opinión las ofertas podían ser aceptadas aun fallecido o devenido incapaz el donante. Traté de colocarme en el lugar del abogado del diablo para hacerle preguntas, pero no me dio demasiado lugar. Es que quise ponerme en la vereda de enfrente, justamente para decirle “el código dice esto”, y que ella defendiera su postura, para darnos así argumentos a favor; ella se refirió –no vamos a analizar la cuestión, pues no viene al caso aquí por el escaso tiempo– que era muy importante entender que esto era una “situación jurídica” y no una “relación jurídica” y que había que leer a Roubier. Hace dos meses fue al Colegio de Abogados de Morón y dijo todo lo contrario y así lo escribió. Dijo que esto de que se aceptaran era cuestión de escribanos. Nosotros la tenemos grabada. Ahora dijo todo lo contrario. Antes por lo menos teníamos a uno de los autores que defendía la postura favorable. También habría que agregar que se está aplicando un nuevo código, integrando dos de sus autores la Corte. Sin comentarios.

Hay otro tema con la donación. Ahora ustedes saben que el artículo 2459 dice que transcurridos diez años desde la donación con posesión –se aplica el 1901, unión de posesiones– ya no cabe la acción de reducción; obviamente, pese a que el título dice “prescripción adquisitiva”, no se está refiriendo a la prescripción adquisitiva larga. No fueron torpes; los fundamentos dicen claramente que se están refiriendo a la corta. Pero la corta tampoco se refiere a un supuesto como este de las donaciones. A mi juicio han legislado mal. ¿Qué es lo que tendrían que haber hecho? Que entre legitimarios y donatarios, “se maten”. Me parecería bien que así fuera, porque esto que se legisló, en cambio, va a crear una situación irritante entre los herederos. Un padre que quiere “jorobar” a uno de sus hijos –más allá de que ahora tiene un tercio disponible, lo que seguramente mejorará la situación–, siendo todavía joven, podrá donar a otro, y aquel hermano va a ver que se le “acaba” la acción de reducción quizá antes de haber nacido, porque su padre puede seguir vivo, transcurrido el plazo.

Encontré solo dos legislaciones que tienen un artículo parecido: la de Cataluña y el Código Alemán, pero sólo incluyen las donaciones hechas a extraños. Dicen que si la donación es hecha a un extraño, pasados los diez años nadie puede ir contra él. Por eso, lo que debió hacerse, a mi juicio –que no es exactamente el proyecto que presentamos en el Congreso, porque se quiso “armar una suerte de mix” con otro proyecto que ya había sido presentado y que luego fue retirado–, era no legislar acerca de esta “prescripción adquisitiva, y sólo decir que no se puede ir contra el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, y no voy a repetir aquí lo que vengo diciendo hace años.

Capital Federal, congruente con lo que siempre dijo, sostiene que si antes del 1A las donaciones a legitimarios eran aceptadas, por lo menos a esas debe seguir aplicándose el mismo criterio hoy. Y estoy de acuerdo con esto. Lo que ocurre es que para nosotros no sólo esas donaciones generaban “buenos títulos”, sino también las

efectuadas a extraño. ¿Por qué digo esto? Porque con lo que diré a continuación podría parecer que sostuviera una opinión contraria. ¿Qué sucede con la prescripción? Si tuviera un pizarrón lo explicaría más fácilmente, pero voy a tratar de hacerlo como cuando hoy lo charlamos con el doctor Pérez Lozano.

¿Qué ocurre? ¿Es este un plazo de prescripción? ¿Lo es de caducidad? No sabemos bien qué es; hay opiniones diversas. Pero lo que sin duda no podemos decir es que se trate de un plazo que ya estuviera corriendo el 1A.

En Capital, Ceravolo padre expresó hace años una postura particular que todos aceptaron. Y aprovecho para decir aquí que disfruto ahora de la amistad con su hijo Ángel, porque con su padre no solo no tenía esa amistad, en primer lugar por una cuestión generacional, por lo cual sólo lo veía –y para discutir, dicho sea de paso– en los encuentros notariales. Allá por el '76, en la jornada de Mendoza, tenía 22 años y él, supongo, estaría por los 50; por lo tanto, para mí era “un señor mayor” que infundía mucho respeto. Estábamos allí con Claudio Solari del Valle –uno de los más lúcidos escribanos que conocí–, Luis Llorens, Ema y otros colegas, para discutir con verdaderos “popes” que opinaban otra cosa. Pero bueno, repito, hoy disfruto de esta relación que tenemos con Ángel, en la que concordamos y disentimos, pero siempre para sumar.

¿Qué es lo que dijo Ceravolo hace un tiempo, que luego sostuvieron también otros? Que transcurridos veinte años desde la donación –estoy hablando en el marco del Código Civil–, el donatario tenía ya un título perfecto, como un poseedor veintañal, porque no podíamos tratarlo peor –y esto suena muy bien– que al usurpador que quizá a punta de pistola echó al dueño y veinte años después, manteniendo la posesión en forma pública y pacífica, ya pudo decir: “Señores, contra mí “fueron”, ya soy el dueño”. Dejemos de lado si lo podrá demostrar; supongamos que sí.

¿Por qué yo decía que los estudios de título que normalmente se hacen por veinte años, para los capitalinos deberían hacerse por más años, por si acaso apareciera alguna donación entre los antecedentes? Porque el plazo de prescripción de la supuesta acción de reivindicación del artículo 3955, en la que se basaban para desestimar los títulos (cuestión sobre la cual no diré más que esto), comenzaba a partir de la muerte del donante. Ustedes me dirán ¿qué tiene que ver esto con el usucapiente? Que en el caso del usucapiente, el titular tuvo veinte años desde la usurpación o desde la toma de posesión, para iniciar la acción de reivindicación contra él, contra quien lo había desposeído, mientras que el heredero legitimario del donante que había donado, por más que hubieran pasado veinte, treinta o cuarenta años, no tenía ninguna acción contra el donatario ni contra el tercero (para los que entendían que había reipersecución contra este también), hasta que falleciera el donante; es decir que recién a partir de entonces comenzaba a correr el plazo de prescripción. Entonces, para mí, aun cuando hubieran transcurrido sesenta años de la donación –el donante podría haber donado a los 22 y fallecido a los 93 años– y recién a partir de ese momento comenzaba a correr para el legitimario el plazo de diez años. Por eso las situaciones son distintas.

Pero, dejando esta disquisición de lado, que quede claro que continúo defendiendo los títulos provenientes de donaciones, sean a favor de unos u otros. Por eso dije antes que, así como Capital entiende que las donaciones a legitimarios eran bien vistas en el marco del Código Civil y debería aplicarse la misma doctrina hoy, para mí también ocurre lo mismo con las efectuadas a extraños.

Supongamos que el 1A fuera el 1° de julio de 1968. Un señor estaba poseyendo a título de dueño desde el 1° de julio de 1945. ¿Cuándo se cumplirían los treinta años para usucapir? En 1975. Ahora, en 1968 se sancionó la ley 17711, que “bajó” el plazo a veinte años. A esa fecha este señor ya venía poseyendo hacía más de veinte años, pero no se le aplicaba inmediatamente la nueva ley, porque el dueño a ese momento todavía tenía siete años más accionar por reivindicación. Insisto en que no quiero meter miedo y que defendiendo todas las donaciones; solamente aclaro esta cuestión de los plazos de prescripción.

El artículo 2537 es claro y dice que los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen en principio –no lo dice, pero es “en principio”– por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley –es decir, en el ejemplo, la anterior a 1968, el Código Civil– se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas –la 17.711, otra vez en el ejemplo dado–, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes contado desde el día de su vigencia, es decir, desde el 1° de julio de 1968 –en el caso de las donaciones, desde el 1A de 2015–, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior. Por eso quise dar el ejemplo de 1945, 1975 y 1968. Es decir, si el plazo viejo termina antes que el nuevo, a contar desde el día que rige –1A–, obviamente que se aplicará la vieja ley. Si en cambio, es más largo, se aplicará la nueva, pero contado desde ese día.

Por ejemplo, en el caso de un señor que hubiera donado hace nueve años y falleció hace ocho, su hijo –el legitimario– tenía a la época del fallecimiento de su padre, diez años para demandar por colación y también por reducción a sus hermanos (porque a pesar de lo que dicen nuestros colegas de la Ciudad Autónoma, nosotros siempre sostuvimos que también había reducción entre coherederos; a este respecto, no continuaré con argumentos ya muy expresados; sólo quiero agregar que la jurisprudencia de la propia Capital Federal –casi todas las salas que se han expedido– ha dicho esto, que sí hay acción de reducción entre coherederos, que, repito, es lo que nosotros sostuvimos siempre). Lo que sí agregamos, también siempre, es que entre ellos, entre coherederos y donatarios, pues que se “maten”, pero que los efectos de la acción deben detenerse frente al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, que es lo que dice, bien interpretado, el fallo “Escary c/Pietranera”, tan citado como poco leído.

¿Pero qué ocurre? Ese señor –vuelvo al ejemplo– tenía diez años para ejercer la acción de reducción. Pero ahora existe un nuevo plazo, que dice que tiene cinco. Entonces, ¿se cuenta el nuevo plazo de cinco años a partir de hoy? No, a partir desde la muerte del donante (pues resulta en el caso un plazo más corto) y si transcurrieron ya siete, dentro de tres se habrá cumplido aquél plazo de diez. Es decir que si el viejo plazo finaliza antes de los cinco años que establece hoy la nueva ley, a contar desde el 1A, prescribirá la acción de reducción dentro de dos; si lleva menos, se aplica el de cinco, a contar desde hoy. ¿Se entiende qué es lo que dice el artículo 2537? Esa es la manera en que me parece que habría que contar este “plazo” si decimos que lo de la prescripción adquisitiva es un plazo, aunque, como parece, no lo es o no sabemos bien de qué se trata, y muchos hablan de caducidad. Como fuere, esto es tanto para quienes dicen que en el marco del Código Civil eran buenas las donaciones a legitimarios como para

quienes decíamos que todas eran buenas, porque nos basábamos en lo que los propios jueces de esa época –Colmo, Lafaille, Gigena, Giménez Zapiola, etcétera–, y por eso sigo defendiendo los títulos que emanan de donaciones. Pero advierto que nos pueden venir a decir que para este “plazo” se aplica el artículo 2537 y tendrían razón, a mi juicio, si realmente se tratara de un plazo.

Aun así, la opinión que está volcada aquí, en las pautas, dice que no se puede ir contra el donatario que lleva veinte años de posesión, porque en el fondo no se lo puede tratar, como dije, peor que al usurpador. Sólo quise agregar que no es que se lo trate peor; es que en el caso del ejemplo dado del usucapiente, el dueño tuvo veinte años para iniciarle la acción y reivindicar el inmueble usurpado, mientras que en el caso del donatario, por ahí todavía no pasó ninguno porque el donante continúa vivo. De ahí es que para mí hay que tratar los supuestos de modo diferente, pero eso no quiere decir, insisto, que no continúe defendiendo las donaciones. Los que me han escuchado o leído saben perfectamente que defendiendo todas y lo seguiré haciendo; y defendiendo también la postura de aceptar la oferta aun fallecido el donante o devenido incapaz, fundado en los derechos adquiridos o en los derechos amparados por garantías constitucionales.

Es obvio que el donante que sabía que legaba a su sobrino porque este podía aceptar después de su muerte, de haber sabido que iban a dictar una legislación que impediría a su sobrino aceptar después de fallecido él, le hubiera hecho un testamento, mientras de otro modo el sobrino quizá se quede sin nada, de existir legitimarios. Me parece que hay que aplicar la ley vigente entonces y no aplicar de modo inmediato la nueva ley, porque esta aplicación inmediata implicaría retroactividad que la ley no impone. No es que la retroactividad esté prohibida, porque la ley puede decir que se aplica en cualquier momento y como lo imponga; la ley, sea o no de orden público, puede ser retroactiva; lo que no puede es afectar un derecho, de acuerdo al artículo 3 y ahora al 7, derechos amparados por garantías constitucionales.

He resumido las dos posturas, tanto en las ofertas como en el tema del plazo de prescripción. Sepan ahora que la acción de reducción tiene 5 años de plazo, porque ese es el plazo establecido; antes lo hacía el artículo 4023, fijando 10 años, y ahora el 2560, con cinco. Acá aclaré cómo se debe interpretar el 2537, el caso del fallecimiento del donante antes del 1° de agosto (les ruego lo lean atentamente), y el fallecimiento después del 1° de agosto.

He tratado de hacerlo lo más rápido posible pero no es sencillo y, además, ya casi no me queda nada de la mala voz que tengo. En primer lugar... No voy a negarlo porque no soy político: Ema me está pasando un “machete”, así que el mérito es de ella porque yo ya me olvidaba. Sin embargo, creo que lo dije al principio. Al principio cité que Ángel pasó las pautas cuando yo había empezado a elaborarlas, y cuando me llegaron por Ema le dije que si ya estaban esas, trabajaría sobre ellas porque nos íbamos a poner de acuerdo con Ángel y así ocurrió. Las cambiamos un poco, pero no alterando casi nada sino en algunos casos haciendo referencia a dos posturas, como en esto del 2537, pero que, reitero, no debe ser tomado como que justo yo que defendí siempre estos títulos de donación, ahora no... No, para nada. Capital defendía unas; ahora defendemos todas. Así que Ema me escribió “Por favor, agradeceré a Capital lo de las pautas”, lo que así vuelvo a hacer.

**Sra. SECRETARIA (Ferrari de Solari del Valle).**- Cuando publiquemos el foro en la revista también vamos a hacer una llamada, como hicimos en su momento con el foro que brindó Cristina Armella, porque fue muy bueno lo que expuso, que no estaba todo plasmado en el resumen que se publica; es mucho más rico lo que se dice, de lo que hay versión taquigráfica. Vamos a publicar el foro en la revista y en la página, con una llamada para acceder a toda esta rica exposición que hemos tenido.

**Sra. SECRETARIA (Bona de Marcos).**- Antes de pasar a las preguntas, pido un fuerte aplauso para el expositor. (*Aplausos.*)

**Sr. DI CASTELNUOVO.**- Gracias, muchas gracias y les ruego que me disculpen un poco por el desorden en la exposición. Es difícil hablar de tantos temas en tan poco tiempo; así, sabrán disculpar los errores, los “horrores” o algún olvido.

**Sra. HERRERO de PRATESI.**- Ante todo, no hay nada que agradecer al Colegio de Ciudad; somos todos escribanos y estamos todos en el mismo barco. Propio del acelerado porteño nos pasa a veces que somos un poco ansiosos.

Quiero aclarar que a principios de junio se reunió Ángel con todos los asesores online y presenciales, de varios de los cuales Gastón es amigo, y sobre la base de las consultas que llegaban a las asesorías presenciales se empezó a puntear todos los temas. Ángel consultó si se podía pasar ese trabajo al Consejo Federal, y por supuesto que se hizo. Fue un primer punteo, más elaborado y profundizado por ustedes luego, pero nos pareció prudente también, y trajimos fotocopias para poner a disposición, lo que circuló en la Ciudad de Buenos Aires, que son pautas que se pueden tomar, ampliar, mejorar o ser confrontadas. Hoy estamos haciendo el camino y naturalmente en una primera etapa debemos ser prudentes, como decía Gastón, y esperar algunos fallos jurisprudenciales que nos orienten. No es fácil a veces tener certeza sobre ciertos temas.

Hay un tema que no está tratado en las pautas, y Gastón probablemente lo ha hablado con Ángel, que generó mucha ansiedad en la última semana y fue motivo de reuniones con ADEBA y Banco Nación, que es el del 2189 y 2193. Hoy es un signo de interrogación.

Repito que no hay nada que agradecer, estamos todos en el mismo barco, y a los que les interese le dejo a Silvia para que puedan tener una fotocopia.

**Sr. PRESIDENTE (Fenoglio).**- Muchas gracias.

**Sra. SECRETARIA (Ferrari de Solari del Valle).**- Además del foro, hemos mandado a la Página Web todas las conclusiones de la Jornada Notarial Cordobesa, que trató en profundidad muchos de estos temas y están ya publicados. Si no lo están, a más tardar el lunes o martes estarán. Estamos tratando de volcar todo el material que encontremos, porque como dijo Gastón al principio, tenemos que estudiar todos, incluso yo que estoy jubilada.

**Sra. MASSARO.**- Buenos días. Soy la escribana Ana María Massaro, de la provincia de Córdoba. La pregunta es muy simple. Cuando empezó a hablar del mandato entre cónyuges me quedó una duda, si debe entenderse que el mandato general amplio de disposición no puede ser otorgado entre cónyuges, entendiéndolo que puede haber varios

inmuebles o que pueden incorporarse a la comunidad nuevos bienes, en donde tenemos que consignar el precio, que dijimos que puede ser determinable; en un mandato especial eso es más fácil de cumplimentar, pero en un mandato que se otorga porque uno de los cónyuges va a estar ausente por un tiempo, veo difícil prever todas esas situaciones.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Escribana, uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye. Todas, en principio. Pero no –y aquí está la excepción– para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en los que se aplica el 456, lo cual me parece ridículo, pero así es. Advirtamos: le daré poder a mi hermana o a mi cuñada para que acompañe a mi mujer... No sé a quién se le puede haber ocurrido esto, pero se le ocurrió. Algunos me han dicho en consultas de la asesoría del Consejo que atiendo los miércoles, que ahora los mandatos generales “no van más” porque el código habla de “términos especiales”. Vélez también hablaba de términos especiales y términos generales. El poder general nuestro, que llamamos poder general amplio de administración y disposición, no es un poder de administración, porque este poder, que podría dar en dos líneas: “Otorgo poder de administración a mi hijo Franco”, implica sólo las facultades de administrar y no las de disponer. Aquel otro, que llamamos “amplio”, es en rigor una suma de poderes redactados en términos especiales (antes en virtud del 1881), es decir un poder para vender, otro para hipotecar, otro más para donar, etc..

Aclaro que me olvidé hablar acerca de un tema sobre la formación del contrato, que en un momento lo voy a decir, porque se ha publicado algo en lo que no estoy para nada de acuerdo y que ha causado muchas preguntas en la asesoría, en el caso de que muera el donante después de celebrada la aceptación de la donación por escritura pública, por ejemplo, al minuto.

Volviendo a los cónyuges, es viable el poder general amplio. El código lo que dice es que para un caso en especial no pueden, que es para darse a sí mismos el asentimiento en los casos del artículo 456. Entonces, queda claro que el mandato entre cónyuges, a mi modo de ver –creo que también al de Ángel y entiendo que todos lo compartimos– continuará.

Voy a agregar dos cosas muy brevemente. En primer lugar, me olvidé de decir algo. Ustedes saben que los cónyuges hoy, por el artículo 1002, tienen prohibido contratar salvo que hubieran optado por el régimen de separación. Por eso dice que no pueden contratar en interés propio –1002 inciso d) – los cónyuges bajo el régimen de comunidad. Está claro, entonces, que sigue más o menos igual. ¿Por qué digo “más o menos”? Porque en el artículo 1807, inciso 1, Vélez traía varias prohibiciones.

Ustedes saben que la prohibición de vender entre cónyuges tiene origen en la prohibición de donar. Lo que Vélez quería era impedir la confusión de patrimonios que pudiera perjudicar a los acreedores de la mujer, que en aquella la época no tenía plena capacidad.

Dije “más o menos igual”, porque el artículo 1807 decía que no podía donar al cónyuge, a los hijos que el cónyuge tuviera de otro matrimonio ni a las personas de quienes el donatario fuera heredero presunto al tiempo de la donación, como, por ejemplo, a la suegra. Ustedes me dirán “al que le dona a la suegra lo echan del club del



barrio”, y sería cierto. (*Risas.*) Se hacían alguna que otras donaciones a la suegra porque no se advertía esto, pero mucho más se hacían donaciones al hijo del cónyuge de otra unión; convengamos que a la suegra es difícil donarle, pero algunas se han hecho.

Hoy soy de los que entienden –con Ángel y todos los asesores con los que he conversado, Giralt Font, etcétera– que la prohibición de donar a los hijos del cónyuge ya no está en el código. Sin embargo, como el artículo 1001 establece que no pueden contratar en interés propio o ajeno, según sea el caso, los que están impedidos para hacerlo conforme a disposiciones especiales, y continúa: los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona, algunos han dicho que si le dono al hijo de mi cónyuge, en realidad –interpósita persona– le estoy donando a mi cónyuge. Pero esto de “interpósita persona”, en el marco del Código Civil y en el nuevo, lo decide el juez. Entonces, soy de los que entienden que sí se puede donar a los hijos del cónyuge, lo que soluciona un montón de problemas que en la época de Vélez no existían, como el de las familias ensambladas, “los míos, los tuyos y los nuestros”, y ya no tendré que decir a mis requirentes: “Podés donarle a tu hijo pero no al de tu mujer y tu mujer a este sí pero a aquel no”. Un lío importante que se ha solucionado.

Para resumir, a nuestro modo de ver, hoy se puede donar a los hijos del cónyuge, aun bajo el régimen de comunidad.

En segundo lugar –rápidamente, porque quiero dar la palabra a los que me la han solicitado–, también circuló esto: Sabemos que hoy rige la teoría de la recepción; antes el contrato se formaba cuando el aceptante enviaba su aceptación al ofertante. Recuerden que hay varios momentos que la legislación puede tomar; cuando menos cinco: cuando el aceptante se decide interiormente, cuando exterioriza su decisión, cuando la envía al proponente, cuando éste la recibe y cuando éste toma conocimiento de ella. ¿Qué se decidió hoy? Que fuera el de la recepción, es decir, el contrato quedará formado cuando el ofertante reciba la aceptación de su oferta. Que la reciba no significa que la conozca, insisto; podría recibirla alguien en su casa, por ejemplo.

¿Qué pasa con la donación? El contrato de donación de un inmueble se realiza mediante escritura pública; es formal, y cuando hablo de “formal” me refiero a la forma solemne, porque ustedes saben que todos los contratos son formales, ya que si no tienen forma, no habría modo de saber qué piensa una persona. Hoy se aplica la teoría tripartita, que permite separar la prueba de la forma. No hay tiempo para esto, pero sí para decir que nos seguimos refiriendo con el concepto “formales” a los contratos a los que se les impone una forma determinada.

Es cierto que va a haber pocas ofertas de donación, pero Ema, que está en Morón, me puede llamar y decir: “Gastón, en el geriátrico que tenés a la vuelta, hay un señor internado; en lugar de que otorgue un poder para donar, redactale una oferta”, así procedo. Supongamos que al día siguiente va el donatario a la escribanía de Ema –bueno, ella, como dice a cada rato, está jubilada, pero allí está al lado de su hijo y de sus sobrinos– para aceptar la donación, y el donante muere a los diez minutos; ella no se enteró, pero yo sí. La llamo y le digo “Ema, se murió el donante; me acaban de llamar, porque lo conozco”. Reitero, ya se autorizó la escritura. Resulta que hay quienes dicen que el contrato no se formó porque el donatario no le envió la aceptación al donante y este, por lo tanto, no la recibió. Considero que tomar la teoría de la recepción de ese

modo es interpretar la norma y no interpretar el derecho. En primer lugar, rige la libertad de formas y el código dice claramente que las partes, con respecto a la formación del contrato, pueden elegir cualquier forma que se les ocurra. Pueden salir de la teoría elegida; pueden decir que el contrato se forma de otro modo.

Pero además, el problema se presentaba en el marco del código civil. Claro que me podrán decir que si el donante, en el marco del código, se moría después de la aceptación, no importaba porque también podía haber aceptado el donatario después de muerto. ¿Pero qué decía López de Zavalía con respecto a la teoría de la expedición en ese caso? Que el aceptante, el donatario que aceptaba, no le tenía que enviar la oferta al donante, porque bastaba con el encargo que le hacía al escribano para que publicitara *erga omnes* en el Registro de la Propiedad esa aceptación. Hoy sucede algo parecido. No puede ser que entendamos que una escritura pública de aceptación de un inmueble no haya permitido la formación del contrato de donación porque el donante se murió antes de que pudiera haber recibido la aceptación de la oferta. Esta es mi opinión. Me tomé el trabajo de hablar en un grupo que tenemos con López de Zavalía (h), y él piensa del mismo modo. Fernando me dijo “¿Dónde quedarían las escrituras de ustedes, de aplicarse la teoría de la recepción de ese modo?” Lo digo porque es algo que me quedó pendiente, y ya me han preguntado qué va a pasar. Es un tema de laboratorio, me dirán, porque se harán pocas, ya que siempre el donante va a estar con el donatario. También es largo de explicar acabadamente y, entonces, aquí lo dejo.

Pasamos a las preguntas.

**Sra. ABELLA.-** Apunté unas cuestiones en las que probablemente nos pongamos de acuerdo, o a lo mejor quedarán como disidencias.

En materia de unidades complementarias, vos dijiste que por el artículo 2056, inciso q), se podía vender, y que por el artículo 2039 lógicamente se mantiene el criterio actual, que tiene que ver con la naturaleza jurídica de la unidad complementaria, y que concretamente es accesoria de la funcional.

En consecuencia, en mi opinión hace mucho ruido pensar que una accesoria puede ser objeto de un acto de disposición que tenga que ver con una enajenación, sea venta, donación, permuta. Y cuando el artículo 2056, inciso q), está admitiendo la posibilidad de que se transmita a terceros por actos de disposición o de administración, concretamente yo creo que se está refiriendo a la posibilidad de que el titular de dominio de la unidad funcional pueda constituir derecho de usufructo o de uso sobre la complementaria, que son derechos reales temporales que involucran actos de disposición, pero no la enajenación. De esa manera no perdemos de vista el carácter accesorio que tiene la complementaria y que por consecuencia no puede ser objeto de derecho real independiente.

¿Por qué aclaro todo esto? Porque entiendo que sería inteligente que el notariado incorporara en los reglamentos esto concretamente para evitar conflictos el día de mañana. Si yo estoy redactando el reglamento y en los términos del inciso q) lo que digo es que el titular de la unidad complementaria podrá enajenar a titulares de unidades funcionales del edificio o constituir derechos de usufructo, uso o transmitir por locación o comodato, concretamente estoy definiendo en lo que entiendo que correspondería

como facultad que tiene el titular de la unidad funcional y de la unidad complementaria dentro de ese edificio.

Me parece que desde el notariado, volcar esto haría bien y es una forma de evitar conflictos a través de la redacción de los reglamentos.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Yo me referí a esto sin marcar los artículos -y tengo acá una especialista en derechos reales, que ha escrito sobre el tema y que aparte vive dando clase de esto y marcó la diferencia entre el 2039 y el 2056 inciso q). No tuve tiempo de hablar con Ángel sobre este tema porque justo ocurrió el problema de su accidente. Es cierto, quizá sea bueno interpretarlo del modo que la escribana Abella lo está interpretando. El inciso q) dice “para la disposición o locación de unidades complementarias”, pero no niego que es muy válida la interpretación que hace y desde ya concuerdo en que es bueno tener en cuenta esto para la redacción de los reglamentos de copropiedad. Me parece válida la interpretación. Habrá otra, pero son las dos que puede haber. Estamos de acuerdo en eso.

**Sra. ABELLA.-** Bárbaro. Tampoco era mi intención que nos pusiéramos de acuerdo, porque creo que hay diversidad en todos estos temas. Hago un llamado de atención concretamente con la posibilidad que tiene el notario de interactuar con el propietario en la redacción de las cláusulas de un reglamento. En consecuencia, si tenemos posibilidad de evitar conflictos, bienvenido.

El otro tema se refiere al instrumento privado. Estoy de acuerdo contigo en que indudablemente es pésima la redacción, pero lo que es más grave aún es que no sé qué van a interpretar los jueces. Así como yo no tengo ninguna duda -y en esto coincido plenamente- que si el instrumento tiene impresión digital sería un instrumento particular y no privado, porque tendríamos que plantear la distinción que el privado exige firma, el particular no tiene firma, en consecuencia, entro en el tema del valor probatorio de este instrumento particular, que es lo que señaló el escribano Di Castelnuovo.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** El principio de prueba, sí.

**Sra. ABELLA.-** Sin embargo, podría ser que algún juez entienda que es privado. Por lo cual, creo que también desde el notariado, si tenemos la posibilidad de asesorar e intervenir en la formación de un instrumento, advertir a las partes la importancia que tiene el instrumento privado y que exige firma, y en consecuencia, si no puede o no sabe firmar, como hasta ahora venimos aconsejando, que otorgue un poder por escritura pública para celebrar el contrato por instrumento privado. Ese sería mi consejo.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Está perfecto. Lo mencioné, porque no es de los temas que más nos importa, pero sí digo que tenemos que asesorar y estoy de acuerdo con Adriana y así lo dije, que mi temor es lo que interpreten los jueces, porque bien es cierto que el 314 dice que es un principio de prueba, pero está en la Sección VI, que dice “Instrumento privados y particulares”. Con lo cual, no podemos saber cómo va a interpretar un juez, si es uno u otro.

**Sra. ABELLA.-** La redacción es pésima. Comenté estos artículos en el Código Notarial Comentado. Por eso es que lo tengo presente y es una preocupación muy importante esta cuestión.

Con respecto al tema de unión convivencial, coincido plenamente que esto de la inscripción es a los fines de la prueba. Pero tengamos presente para el asesoramiento que para la afectación a vivienda la ley dice que puedo nombrar como beneficiario al conviviente, y ahí no exige que esa convivencia esté registrada. Sin embargo, para que proceda la desafectación, me exige que esté el asentimiento del conviviente registrado. O sea que a este señor que hoy me está denunciando como beneficiario a un conviviente, si no lo tiene registrado, le tengo que advertir que el día que vaya a desafectar va a tener que tener registrada la convivencia para la desafectación, o de lo contrario acudir al juez, que es la otra vía que habilita el inciso pertinente.

Otra cuestión en materia de vivienda es que también tengo que tener presente una diferencia muy grande con el régimen de la ley 14.394, que sólo se limita al destino vivienda. Hasta ahora nosotros veníamos con la posibilidad de destino mixto o explotación. Ahora tenemos sólo vivienda y vivienda en cualquier área, que podría ser urbana, suburbana o también la vivienda rural con normativa especial en un solo artículo.

En cuanto a las convenciones matrimoniales, creo que tenemos que apoyar mucho este tema –que quedó aclarado ahora con el Registro Civil– de la necesidad de la escritura pública. Sobre todo porque escuché algún jurista que decía que era una barbaridad que el código exigiera la escritura pública porque podía ser mucho más rápido y económico que directamente lo hicieran ante el Registro Civil. Entiendo que tenemos que enarbolar por todas las vías posibles esta determinación clara del código de la exigencia de la escritura pública para las convenciones matrimoniales.

En cuanto al convenio regulador, coincido totalmente con el escribano Di Castelnuovo. Creo que al abogado le voy a decir que sería interesante que ese convenio regulador establezca en forma expresa que se va a elevar a escritura pública, porque no nos olvidemos que la partición privada se hace con acuerdo unánime y todos presentes, de personas plenamente capaces, pero la forma queda medio desdibujada. No tenemos en el 1017 lo que establecía el código anterior, que se exceptuaba de la escritura pública el convenio privado presentado al juez y homologado. Como no tenemos ese artículo, yo he interpretado, y esas fueron las pautas que elevé a las Jornadas Notariales Bonaerenses, que decididamente no hay más particiones mixtas y que tratándose de particiones privadas, habiendo inmuebles o muebles registrables, tenemos sí o sí que exigir la forma de la escritura pública.

Como este es un tema que van a terminar resolviendo los tribunales, me parece interesante que también en el convenio regulador directamente las partes establezcan claramente que la forma va a ser la escritura pública, encontrándose en presencia de bienes inmuebles o de muebles registrables.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** En el caso de bien de familia que se designe beneficiario a los integrantes del grupo familiar, que podrá ser el constituyente y su conviviente, si no escuché mal, para desafectarlo necesariamente va a tener que inscribir la convivencia.

**Sra. ABELLA.-** La interpretación de la ley, y aquí apunto a lo que dijiste al tema de la recepción de la aceptación del contrato, tiene un artículo mortal, que es el que van a aplicar los jueces, que es el artículo 2°. El artículo 2° de este código, cuando habla de la

interpretación de la ley, decididamente se pronuncia en una primera parte sobre la interpretación gramatical. Entonces, yo también tengo que tener presente, cuando hago todos estos cuestionamientos, que la ley va a ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, y después vienen sus finalidades, las leyes análogas, etcétera. En las palabras de la ley –voy directamente al artículo pertinente en materia de vivienda- dice el artículo 255, inciso a), en cuanto a la desafectación, “a solicitud del constituyente, y si está casado o vive en unión convivencial inscripta, se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente”. Es como que ahí se filtró el “inscripta”, que concretamente no está en el artículo 246, inciso a), cuando habla de la designación de beneficiarios.

O sea, cuando a mí me viene a designar el beneficiario, no necesariamente tiene que tener esa convivencia inscripta, porque no tengo por qué exigírsela. Sin embargo, para la desafectación sí, por el artículo 255, inciso a).

En cuanto al artículo 2459, decididamente yo entiendo que se trata de un supuesto de adquisición legal del artículo 1894. O sea, no puedo seguir discutiendo caducidad o prescripción; entiendo que es un supuesto de adquisición legal del artículo 1894, y creo que sería muy interesante que la jurisprudencia se pronunciara por la aplicación de este supuesto de adquisición legal, tratándose de donaciones celebradas aun con anterioridad al 1° de agosto de 2015, porque ahí tendríamos saneada una buena cantidad de títulos que están circulando de donaciones a extraños y a forzosos.

Se habla mucho del problema de la donación, y al respecto yo creo que en este código hay dos artículos que son vitales, que son los que se han referido aquí y que determinan saneamientos claros de los títulos de donación en plazos que se han acortado. Claramente, los cinco años de la acción de reducción es un plazo importante, son cinco menos, y los diez años desde la fecha que tomó posesión el donatario también es un plazo muy interesante. O sea que no estoy tan en contra de la vía de saneamiento, por más que por supuesto apoyo el proyecto que ustedes han elevado para distinguir las donaciones a herederos forzosos.

**Sra. SECRETARIA (Ferrari de Solari del Valle).**- Tiene la palabra el escribano Pérez Lozano.

**Sr. PÉREZ LOZANO.**- Varias de las cuestiones que yo había anotado han quedado dilucidadas.

Primero me voy a referir al tema de la capacidad, porque estoy de acuerdo con la posición, pero las normas existen y el artículo 2° también. En cuanto al tema de la interpretación que ha dado el artículo 2°, se ha quedado por la mitad de la gran estructura interpretativa que le dábamos a la ley –y sobre eso tenemos un trabajo de nuestro admirado maestro López de Zavalía-, donde no solamente habla de las palabras sino de los tratados de derechos humanos. Fíjense que en las normas que he comentado, sobre títulos valores, yo no tengo solamente tratados de derechos humanos; tengo tratados internacionales, nada menos que el de Ginebra, en donde toda la estructura de los títulos valores se genera desde ese origen, y por lo tanto sirve como una fuente de interpretación riquísima.

Lo que pasa es que los tratados de derechos humanos entran en vigor desde el mismo día en que se pronuncian. No requerirían de una ratificación del Estado nacional.

Pero los demás tratados también forman parte de un derecho supranacional, útil y necesario para la interpretación de la ley. Por eso el Código, en ese mortal artículo 2º, nos va a condicionar enormemente, porque todo lo manda al juez y éste va a interpretar, y lo va a hacer de acuerdo al artículo 2º. A mí eso sí me preocupa.

Yendo al tema de la capacidad, quiero volver sobre una posición que me parece saneatoria. En alguna oportunidad se me contestó, sobre mi afirmación de que los jueces están obligados -y están obligados durante el proceso- a dictar las medidas cautelares y precautorias, que son necesarias para el resguardo de los derechos personales y de los derechos patrimoniales. Eso lo dice este código; yo no lo inventé ni llevé el código procesal de cada una de las provincias para discutir el tema. Insisto en que lo dice este código.

Entonces, si yo pido, para el acto, un certificado de inhibición del lugar donde se encuentran los bienes, debo aclarar que la inhibición general de bienes no existe en el derecho argentino. Lo que existe en el derecho argentino es una inhibición general sobre bienes registrables. No existe la inhibición general de bienes; no existe la muerte civil. Existe el derecho, el derecho regula todas las condiciones del ser humano, y en primer lugar le dice “su capacidad se presume”. Más aun, en el ejemplo que puso Gastón, con relación al hombre que está internado y se llama al médico, este código dice que aun cuando esté internado en un instituto, no quiere decir que esté incapacitado. Y pinta una escena tétrica para el notario: que tenga que ir al hospital o al instituto psiquiátrico a tocar timbre, y este código dice que no por ello se presume la incapacidad.

Creo que hay que insistir en que los jueces tienen la obligación legal de trabar la inhibición, certificado que yo voy a pedir y que tiene una regulación registral establecida, una prioridad, retroprioridad y todas las condiciones de la información, las anotaciones personales, como para decir que si se me venció, tengo que pedir otro. ¿Dónde está el régimen de registración de la persona humana? El código dice que la hora figura a opción; la hora en que me expidieron ese certificado, donde no consta la inscripción de la sentencia. ¿Por qué? Porque no tiene una regulación específica. Además, es una obligación de segundo paso. Primero tiene que inscribir la sentencia y después informar. En la provincia de Buenos Aires, 12 mil actos debieran estar procesados en ese doble piso.

Entonces, asumamos las responsabilidades y tengamos cuidado, porque la palabra “nulidad” aflora por todos lados. Todo es nulo. Además, si leemos el capítulo, la palabra “juez” se repite no menos de 45 veces, y los jueces, nada que ver. Los abogados también están citados; los curadores están citados, y el grupo de apoyo, la estructura interdisciplinaria, porque si no, el juez no puede decretar esa incapacidad total o relativa. Sin embargo, no hay ninguna responsabilidad asumida. Y yo creo que sí, el artículo 34 –si no me equivoco- determina que los jueces deben ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, conjuntamente con el curador. Si esta no es una obligación impuesta a los jueces, ¿qué nos pueden imponer a nosotros, que no dice que tengamos que pedir certificados? Pero claro, a nosotros nos dicen que lo que los jueces hacen no está mal si no lo hacen, y entonces no les pasa nada, pero a nosotros nos pueden hacer responsables patrimonialmente.

Por lo tanto, la exigencia también es de carácter procesal. Yo creo que pedir inhibiciones, incluso por las dos partes, aunque la otra no disponga, hoy puede ser una medida que a la altura del acto que estamos celebrando juzguemos que sea necesaria, por problemas de bilateralidad y de consensualidad. Eso con respecto a la capacidad, insistir con esta posición que es una obligación legal.

En cuanto al 291, estoy de acuerdo: la excepción ha desaparecido. Pregunto: todas las escrituras -con el 985 también- celebradas por los escribanos generales de gobierno, empleados públicos de la administración central, donde actúan cuando el Estado actúa dentro del derecho privado disponiendo de bienes, ¿no tienen una incompatibilidad de nulidad absoluta? Tienen que caer todos los títulos. Aquí se ha abusado y extralimitado la fe pública administrativa y han ingresado a la fe pública notarial. Imparciales los notarios a muerte, si no, nulo, nulo, nulo. Otra vez la palabra nulo. ¿Y los escribanos de gobierno que escrituran casas en Nordelta y grandes edificios privados pertenecientes a ese organismo nacional? Esas escrituras son nulas. Esas son nulas.

Por lo tanto, hasta ahí. Pero quiero hacer una pregunta vital, porque acá hay como una sensación, lo siento en el aire, que vos nos vas a tener que responder. Perdóname, pero no tenés salida: con la novia que tenías a los 26 años, ¿te casaste? (*Risas.*)

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Así es.

**Sra. SECRETARIA (Ferrari de Solari del Valle).-** Doy fe que es así.

**Sr. PÉREZ LOZANO.-** Bueno, felicitaciones. (*Aplausos.*)

**Sra. SECRETARIA (Ferrari de Solari del Valle).-** Gastón, más allá del aplauso que todos te han brindado quiero personalmente agradecerte a vos y a Ángel todo el esfuerzo realizado para ayudarnos a interpretar todos estos cambios legislativos. Espero que haya sido útil y que la lectura nos ayude un poco más en esta rápida adecuación a la nueva legislación. En nombre del Consejo Federal del Notariado Argentino Muchas Gracias. (*Aplausos.*)

**Sr. AGUILAR.-** No puedo dejar pasar alguna expresión del escribano Gastón Di Castelnuovo, que cuando alguna vez se refirió a aquellas jornadas del 2007, de declaratoria de herederos en sede notarial, es posible que la expresión haya resultado poco feliz asignándole a la provincia de Santa Fe algún rol que realmente no le corresponde, salvo haber sido sede de aquella jornada.

De aquella jornada, como producto de un debate en un Federal, en el cual el presidente era el escribano Ríos, los temarios fueron lo suficientemente debatidos y los trabajos lo suficientemente analizados, presentados y valorados. Nuestro Colegio en aquella oportunidad tuvo el gusto de ser anfitrión, en un ambiente de jornadas muy feliz, solamente empeñadas por la aparición del Colegio de Abogados con una serie de situaciones que nos incomodaron. De ahí derivaron en otras circunstancias, que no se produjeron en la provincia de Santa Fe. Por lo tanto, quería dejar eso aclarado.

**Sr. AGUILAR.-** Hace un rato expresé algo respecto de alguna opinión expresada por el escribano Di Castelnuovo, y es posible que dentro de lo que uno dice no resulte lo suficientemente claro, de mi parte, o si lo es. De todas formas, el escribano Gastón Di Castelnuovo quería hacer una aclaratoria. Previo a eso, quiero resaltar que nuestro Colegio, en lo que hace a las cualidades pedagógicas del escribano, las valora altamente y siempre lo contamos como un colaborador. Desde ya, lo agradecemos. Pero algo quiere decir el escribano.

**Sr. DI CASTELNUOVO.-** Muchas gracias. Quería aclarar algo porque después de haberlo pasado tan bien y haberme sentido como en mi casa, no por lo que dije sino por el recibimiento y toda esa camaradería que uno percibe, el que no ha estado en el tema en su momento puede creer que de esto a lo que se acaba de referir el escribano Aguilar ha quedado algún pequeño resentimiento. No es así.

Ni bien terminé de hablar, el primero que me hizo notar la falla fue mi amigo, el escribano “Pichi” Ríos. En realidad, yo no aludí a la provincia de Santa Fe sino únicamente como al lugar ocasional en el que los hechos tuvieron lugar. El error de mi parte, que fue más grave, fue decir que el proyecto, la instancia, lo querido, se había “presentado mal”. Ese fue el error, que inmediatamente cuando lo conversamos con el escribano Ríos, momento en el que se acercó el escribano Aguilar, lo aclaramos. No es que se presentó mal. Yo fui parte de esas tratativas –sería muy largo explicarlas acá y no vienen al caso–, pero fuimos engañados, para peor “desde adentro”, y eso es lo peor que uno puede sentir. Quiero dejar esto nada más. Nos comportamos a veces tontamente. Yo vine acá, no a hacer acotaciones políticas, más allá de que con respecto al código hice algunas consideraciones que indudablemente son políticas y como el hombre es un animal político, no pude evitarlo o, mejor dicho, de propósito las hice.

Creo que en esto, para terminar, ocurre como una frase que dijo Max Weber hace muchos años: Dijo, palabra más palabra menos, que ingresar en política era pactar con el diablo, y que, por lo tanto, no todo lo que uno hace bien deriva inevitablemente en un bien para la comunidad, y no todo lo que hace mal deriva en un mal para la comunidad, y que normalmente solía ocurrir lo contrario, y que esto ya lo sabían los antiguos cristianos. En fin, algo para tener muy en cuenta: Salvar el alma o salvar la comunidad, como dice Weber. Aquí fallé: Habiendo querido decir algo bien, lo dije mal, pero quiero aclarar que asiste la razón al escribano Aguilar en lo que dijo, bien que con esta aclaración de mi parte, no referida entonces a Santa Fe sino a esa supuesta “mala presentación” del proyecto, del que fui parte, pero insisto, nos engañaron.

Acá lo tenemos que dejar, pues hay personas involucradas; dejémoslo entonces. Ya pasó. Creo que queda así claro a lo que me referí, no a otra cosa.

Le agradezco, por último, sus palabras, que no dudo pues nos conocemos hace mucho tiempo y, además, Santa Fe siempre me ha recibido más que muy bien y me he sentido siempre como en mi propia casa, lo que agradezco nuevamente. Quería aclararlo para que no quedara flotando que hay algo que subyace entre “las partes”, que somos nosotros, amigos, pues no es así. También agradezco especialmente al escribano Ríos que se acercó y me hizo el comentario ya junto con el escribano Aguilar, lo que permitió que enmendara el error.



**Sr. AGUILAR.**- Todo bien, Gastón, muchas gracias.

**Sr. PRESIDENTE (Fenoglio).**- Muchas gracias.

---

Versión taquigráfica revisada y corregida por el disertante.