

## **XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL**

**28, 29 y 30 de septiembre de 2017**

**La Plata, Provincia de Buenos Aires**

### **Comisión N° 10, Derecho notarial: “Innovaciones del Código respecto de instrumentos públicos y privados”**

#### **AUTORIDADES DESIGNADAS:**

**Disertante Magistral:** Armella, Cristina

**Presidentes:** Orelle, José María; D’Alessio, Carlos Marcelo; Acquarone, María T.

**Vicepresidentes:** Tranchini, Marcela; Casabé, Eleonora; Abella, Adriana

**Secretarios:** Cerávolo, Ángel F.; Cosola, Sebastián Justo Justo; Urbaneja, Marcelo Eduardo (a cargo de la relatoría por ausencia de la relatora)

**Coordinadores:** Podrez Yaniz, Sabina; Dodda, Zulma

**Relator:** Frontini, Elba

**Auxiliar:** Andriola, Karina

**Votantes:** Abella, Adriana; Acquarone, María T.; Armella, Cristina; Barriviera, Natalia; Casabé, Eleonora; Cerávolo, Ángel F.; Cosola, Sebastián Justo; D’Alessio, Carlos Marcelo; Gianfelici, Roberto; Guida, María Eva; Lanzavecchia, Gabriel; Lukasewicz, Sonia; Massicioni, Silvia; Moia, Ángel Luis; Orelle, José María; Podrez Yaniz, Sabina; Regis, Ariel; Urbaneja, Marcelo Eduardo

## **CONCLUSIONES**

### **I.- CONCEPTO DE INSTRUMENTO PÚBLICO**

En los fundamentos del Anteproyecto (Título IV, Hechos y Actos, Capítulo 5) se describen desde el plano doctrinario, la coexistencia de dos tipos de actos dentro del concepto legal de instrumentos públicos, agregando que “sin ignorar estos desarrollos, se mantienen criterios más tradicionales, en tanto a los fines de la legislación no son necesarias ni convenientes tales diferenciaciones”. Las dos clases que referencian dichos fundamentos son:

1.- Aquellos en los cuales intervienen (acto compuesto) particulares y un funcionario público, o agentes investidos de funciones públicas: tal es el caso de las escrituras públicas, o actos otorgados por otros funcionarios (actas judiciales, acto de celebración de matrimonio, etc.). En este ámbito, la expresión instrumento público refiere a aquellos instrumentos que devienen de la actuación de agentes a cargo de funciones públicas, cuya competencia material esté asignada por ley formal, siempre y cuando dichos instrumentos consten de documentos matrices elaborados conforme rigurosos procedimientos garantistas que se desarrollan antes, durante y con posterioridad al acto, que son guardados y archivados para su consulta y acceso toda vez que sea necesario.

2.- Los extendidos por funcionarios públicos en ejercicio interno de sus funciones, y asimismo los títulos emitidos por el Estado nacional o provincial conforme a las leyes que autorizan su emisión. Son Instrumentos Oficiales (Fiorini, Gordillo) que generan presunción de legitimidad y legalidad que invierte la carga de la prueba, pero admiten simple prueba en contrario.

En consecuencia, cabe concluir que el CCyCN, en la expresión instrumentos públicos, comprende ambas especies.

UNANIMIDAD.

## **II.- PODERES JUDICIALES: FORMA**

El CCyCN ha suprimido el inciso 7 del artículo 1184 del Código anterior, que exigía la escritura pública para poderes generales o

especiales que deban presentarse en juicio, ante lo cual se expresaron dos opiniones:

1.- En los casos en que los Códigos de Procedimiento requieren la escritura pública, estas normas mantienen su vigencia ya que no han sido derogadas por la modificación de la ley de fondo, por tratarse del ejercicio de facultades no delegadas al Congreso Nacional (artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional). MAYORÍA (14 VOTOS): Abella, Acquarone, Armella, Barriviera, Cerávolo, Cosola, D'Alessio, Guida, Gianfelici, Massicioni, Orelle, Podrez Yaniz, Regis, Zuvilivia.

2.- Siendo la forma de los actos jurídicos competencia exclusiva de la Legislación Nacional, estos apoderamientos pueden otorgarse con libertad de formas (artículos 284 y 363 del CCyCN). MINORÍA (4 VOTOS): Casabé, Lanzavecchia, Lukasewicz, Urbaneja.

### **III.- PARTICIÓN. FORMA**

El artículo 2369 del CCyCN al referir a la partición privada permite, si todos los partícipes son plenamente capaces y están presentes, que la partición se realice en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. Por otro lado, el artículo 2371 del CCyCN señala los supuestos en los cuales la partición debe otorgarse en sede judicial. A su vez, el CCyCN no contiene una norma similar al artículo 1184, inciso 2, del Código derogado, que establecía: “Deben ser hechas en escritura pública... las particiones extrajudiciales de herencia, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión”.

Frente a este marco normativo, cuando entre los bienes a adjudicarse por la partición exista un inmueble, se sostuvieron dos posturas:

A) En función de no existir una norma que permita el instrumento privado presentado al juez de la sucesión, por el artículo 1017, inciso a) del CCyCN cabe interpretar que la partición solamente puede otorgarse mediante escritura pública, fuera de los supuestos previstos en el

artículo 2371 del CCyCN. MAYORÍA (9 VOTOS): Armella, Cosola, D'Alessio, Guida, Lukasewicz, Massicioni, Regis, Urbaneja, Zuvilivia.

B) Además de los referidos supuestos previstos en el artículo 2371 del CCyCN, el ordenamiento en vigor permite otorgar la partición mediante escritura pública o instrumento privado presentado al juez para su homologación. No resulta de aplicación el inciso a) del artículo 1017 del CCyCN en virtud de tratarse de un acto declarativo rigiendo al respecto la libertad de formas y lo previsto en el artículo 2369 del CCyCN. MINORÍA (8 VOTOS): Abella, Acquarone, Barriviera, Cerávolo, Gianfelici, Lanzavecchia, Orelle, Podrez Yaniz.

#### **IV.- NULIDADES INSTRUMENTALES. CONCEPTO**

Sobre este punto, el Dr. José María Orelle emitió la siguiente opinión:

1.- El punto esencial para la regulación de las sanciones aplicables a actos viciados, en la trascendencia e importancia del bien jurídico tutelado. En un plano genérico, abstracto, es técnicamente adecuado describir que la imposición de solemnidades (conjunto de garantías procedimentales) está inspirada en el Orden Público. Pero cabe aludir - en el plano específico de cada solemnidad- al interés privado que fundamenta cada una de ellas (bien jurídico específico). Con este enfoque, coexiste la generalizada referencia sobre el carácter "absoluto" de las solemnidades (plano genérico) con el carácter relativo de cada una de ellas (plano singular, individual).

2.- Debido a ello, debe analizarse cada caso con sus circunstancias (buena o mala fe, a su vez, simple o viciosa, cumplimiento o incumplimiento de obligaciones, presencia o ausencia de daño, presencia o ausencia de impugnación o reclamo, tiempo transcurrido, eventual confirmación expresa o tácita, investigación empírica sobre el desarrollo del acto en su singularidad, grados de detección del vicio, vicio parcial o total, grados de intensidad, realidad y apariencia, etc.)

3.- En síntesis, un modo más justo y técnico de evaluación de vicios en las solemnidades instrumentales es dicha investigación particular, por lo cual la sanción abstracta, genérica, previa, sin apreciación de la inmensa variedad de circunstancias relevantes como “nulidad absoluta”, “Orden Público”, es contraria no solo principios esenciales del ordenamiento jurídico, sino que es contraria a la realidad de la convivencia humana, que es variable, impredecible, con una enorme variedad de factores, temporal, con muy diversos grados y combinaciones de factores objetivos, subjetivos y de variedad de sujetos y circunstancias implicadas.

## **V.- FALTA DE FIRMA EN LA ESCRITURA PÚBLICA**

1.A.- La falta de firma de una de las partes en el instrumento público produce la nulidad instrumental calificada como absoluta y total, sin perjuicio de la validez negocial en los supuestos de conversión instrumental o formal.

1.B.- En el supuesto de pluralidad de negocios jurídicos en un mismo instrumento al que le falta la firma de una de las partes, tal incumplimiento no puede ser calificado como nulidad parcial, sino que se trata de nulidad total.

MAYORÍA (10 VOTOS): Armella, Cosola, Casabé, Cerávolo, D’Alessio, Gianfelici, Massicioni, Podrez Yaniz, Urbaneja, Zuvilivia.

2.- Con fundamento en lo propuesto respecto a las nulidades instrumentales, la falta de firma por sí sola no es causa suficiente para la invalidez, debido a que deberá examinarse en cada caso la realidad de lo acaecido en el desarrollo del acto, de cuyas circunstancias específicas y su prueba, surgirá la calificación judicial respecto a la validez o a la ineficacia.

MINORÍA (7 VOTOS): Abella, Acquarone, Barriviera, Guida, Lukasewicz, Orelle, Regis.

## **VI.- JUSTIFICACIÓN DE IDENTIDAD**

1.-En el ejercicio de la función notarial es frecuente el caso de personas que carecen de documento de identidad y no son conocidas del escribano. Dada la supresión de identificar por testigos de conocimiento quedan fuera de posibilidad de intervenir en actos notariales. Por ello, de “lege ferenda” se propicia la inserción de esta posibilidad. MAYORÍA (8 VOTOS): Acquarone, Casabé, Cerávol, D’Alessio, Guida, Lanzavecchia, Regis, Urbaneja.

2.- En los supuestos en que el notario interviniente no pueda identificar al compareciente por carecer de documento idóneo y no poder afirmar conocerlo, puede arbitrar la confección de una escritura-acta de notoriedad a los fines de su identificación. Por lo tanto no se requiere modificación alguna al artículo 306 del CCyCN. MINORÍA (7 VOTOS): Armella, Cosola, Gianfelici, Lukasewicz, Moia, Orelle, Podrez Yaniz.

## **VII.- INSTRUMENTOS PRIVADOS. IMPRESIÓN DIGITAL**

1.- La admisión de impresión digital (artículo 313 del CCyCN) como operación jurídica equivalente a la firma en los instrumentos privados, es altamente peligrosa, sobre todo en caso de firmantes analfabetos, por los riesgos referidos a la certeza de su declaración de voluntad. No disminuye esta afirmación el hecho de constituir, en caso de impugnación, un mero principio de prueba por escrito. UNANIMIDAD.

2.- Por ello, se propicia -en el plano pragmático- que su empleo se realice adicionando a la impresión digital la intervención de dos testigos. Se propone “de lege ferenda” redactar el texto mediante conjunción de dichos requisitos (impresión digital y testigos). UNANIMIDAD.

## **VIII.- PERSONAS CON LIMITACIONES EN SU APTITUD PARA OÍR Y COMUNICARSE**

1.- Resulta más precisa la redacción del Proyecto de 1998 “persona sorda”, ya que la expresión “discapaz auditivo” es imprecisa y ambigua en cuanto al grado de la disminución.

2.- Es esencial la distinción de la incidencia de la disminución, según que la persona sea alfabeto o analfabeto:

A) En el primer caso, no se justifica la presencia de testigos; basta con la lectura que el sujeto realice por sí mismo, dejándose constancia de tal hecho en el texto del acto.

B) En el segundo caso, los testigos deben ser personas calificadas (como expresa el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación) para comunicarse con la persona afectada.

C) La exigencia de minuta solo se justifica cuando la persona afectada no pueda comunicarse oralmente (solución del Anteproyecto).

3.- Se propicia de “lege ferenda” la siguiente redacción para el texto del artículo: “Si alguna de las personas otorgantes del acto es alfabeto y es sordo debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella. Siendo analfabeto deben intervenir dos testigos calificados por su experticia profesional, que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por parte del otorgante. Si alguna de las personas otorgantes del acto es alfabeto y padece limitaciones en su aptitud para comunicarse con forma oral, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe ese hecho. La minuta debe quedar incorporada al protocolo”.

UNANIMIDAD.

## **IX.- ORDEN CRONOLÓGICO EN EL PROTOCOLO**

1.- El CCyCN regula al protocolo como una colección ordenada de “los folios habilitados para el uso en cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario”. Ello presupone la correlación temporal en su formación.

2.- El incumplimiento del orden cronológico no implica por sí mismo la invalidez. Ésta habrá de ser juzgada conforme la casuística de cada supuesto. El orden cronológico de las escrituras pasadas en el protocolo, será uno de los elementos a considerar a esos efectos.

3.- La fecha solo puede ser impugnada por acción civil o penal de falsedad material o ideológica.

UNANIMIDAD.

## **X.- EXPRESIONES EN NÚMEROS EN LAS ESCRITURAS**

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 303 del CCyCN debe considerarse elemento esencial, a los efectos de su expresión en letras, la individualización del inmueble objeto del acto. En consecuencia, respecto del mismo, deberán consignarse en letras el lote o parcela, manzana, unidad y polígono. UNANIMIDAD.

## **XI.- INCOMPETENCIA EN RAZÓN DE LAS PERSONAS (ARTÍCULO 291 DEL CCYCN)**

El artículo 291 declara "sin ningún valor" el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en el que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

1.A.- El incumplimiento genera la nulidad absoluta del instrumento en razón de afectar uno de los presupuestos formales a que se sujeta la dación de fe pública; ello sin perjuicio de la eventual eficacia intrínseca del negocio jurídico instrumentado. MAYORÍA (8 VOTOS): Armella, Cerávoló, D'Alessio, Gianfelici, Lukasewicz, Moia, Podrez, Regis. ABSTENCIÓN: COSOLA.

1.B.- Se considera que la nulidad es relativa. MINORÍA (4 VOTOS): Casabé, Guida, Orelle, Urbaneja.



2.- La inclusión del conviviente en la prohibición obedece a la concepción amplia de familia que propone el ordenamiento. La convivencia a la que alude la norma, es la que cumpla con los presupuestos previstos en los artículos 509 y 510 del CCyCN. UNANIMIDAD. ABSTENCIÓN: COSOLA.

3.A.- Se encuentran alcanzados por la incompetencia los actos realizados por el titular y el adscripto de un mismo Registro. El subrogante y el interino en ejercicio de la función en el mismo registro son alcanzados por la prohibición respecto de sus parientes y de los de titular y adscripto del registro en el que actúa como tal. MAYORÍA.

DISIDENCIA: La sanción por la incompetencia en razón de las personas alcanza solamente al autorizante (3 VOTOS): Acquarone, Casabé, Urbaneja.

ABSTENCIÓN: COSOLA.

4.- Es posible la actuación del pariente o conviviente del escribano como representante de una persona jurídica, atento la personalidad diferenciada del ente (artículo 143 del CCyCN). UNANIMIDAD. ABSTENCIÓN: COSOLA.

5.- La participación de cualquiera de ellos en el capital del ente con personalidad diferenciada, no importa en principio prohibición de actuar en el agente, excepto que surja en forma palmaria su interés, por la evidente utilización de la figura societaria, como modo de vulnerar la finalidad de la norma. UNANIMIDAD. ABSTENCIÓN: COSOLA.

## **XII.- ACTAS NOTARIALES**

1.- El artículo 312 del CCyCN reitera los principios del artículo 296, inciso a), del mismo cuerpo legal, por lo que a estos documentos notariales se les aplica también el valor probatorio de esta última norma.

.....

2.- Los efectos del citado artículo 296, inciso a), se aplican a lo percibido, realizado y narrado por el notario. El valor probatorio de las actas se extiende a lo percibido no sólo por la vista, sino por los demás sentidos.

UNANIMIDAD.

### **XIII.- INSTRUMENTO ELECTRÓNICO**

1.- Conceptualmente, cabe distinguir entre los instrumentos electrónicos (sentido amplio) y los generados con firma digital.  
UNANIMIDAD.

2.A.- Los documentos extendidos por funcionarios públicos con firma digital, con los demás requisitos que establezcan las leyes locales, son instrumentos públicos (artículos 288 y 289 del CCyCN). MAYORÍA (8 VOTOS): Acquarone, Armella, Cerávolo, D'Alessio, Gianfelici, Lukasewicz, Moia, Podrez Yaniz.

2.B.- Para constituir instrumento público electrónico es necesaria ley nacional formal que así lo establezca. MINORÍA (6 VOTOS): Casabé, Cosola, Guida, Orelle, Regis, Urbaneja.

3.- De acuerdo con la normativa vigente no es posible la implementación de protocolo notarial en soporte digital dado que éste no cumpliría con los requisitos establecidos en el artículo 300 del CCyCN. UNANIMIDAD.-

.....