Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DERECHO NOTARIAL ~ ESCRITURA PUBLICA ~ ESCRIBANO ~ ACTA NOTARIAL

Título: Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y actas. Artículos 299 a 312

Autor: Etchegaray, Natalio Pedro

Publicado en: Revista del Notariado 921, 01/07/2016, 44

Cita Online: AR/DOC/2581/2016

Sumario: 1. Introducción. 2. Excelente enfoque sobre la función notarial. 3. Reconocimiento de la división fundamental de los documentos notariales. Escrituras y actas. 4. Novedades del Código. Requisitos de las escrituras. 4.1. Protocolo. 4.2. Obligaciones funcionales del escribano. 4.3. Excepción a la obligación de que las escrituras se extiendan en un único acto. 4.4. Idioma de las escrituras. Posibilidad de que el escribano designe un intérprete ante la falta de un traductor público. 4.5. Abreviaturas y números. 4.6. Otorgante con discapacidad auditiva. 4.7. Contenido de la escritura. 4.8. Justificación de la identidad de los comparecientes. 4.9. Documentos habilitantes. 4.10. Copias o testimonios. 4.11. Nulidad. 4.12. Requisitos de las actas notariales. 4.13. Valor probatorio de las actas notariales.

(*)

Con paciencia [...] enhebrando los rústicos y finos hilados de su trama. Edgardo Jordán, Mi telar de fina urdimbre

1. Introducción

Dije en el prólogo de la colección "Función notarial"[\(1\)](#):

En tanto operador jurídico, al notario se le presenta reiteradamente una tarea nada fácil: aplicar el derecho en cada caso real, que aunque resulte similar a muchos otros por haberse producido en el ámbito común de una situación socio-económica generalizada, requiere un enfoque singular frente a la específica "circunstancia" de cada requirente.

La idea fue ... ayudar al notario a "tejer la fina urdimbre" del complejo universo de conceptos doctrinarios y preceptos legales de fondo y de forma que se entrecruzan en el ejercicio cotidiano de su función, a partir del diseño de los requirentes.

La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a partir del 1 de agosto de 2015, puso al notariado en "estado de alerta y movilización" —dicho así para utilizar metafóricamente el lenguaje de los sindicalistas—, al entender que se encontraba frente a un fuerte impacto profesional, producto de la reforma y unificación de leyes esenciales para la vida corriente del ciudadano y su lógico e inmediato reflejo para nuestra tarea, tan ligada a la actividad de cada habitante en particular y a las diversas formas en que se asocia para desarrollar su vida social y económica. Transcurrido el primer semestre de vigencia de esta norma, las expectativas de los notarios se aplacaron sensiblemente gracias al trabajo de análisis y divulgación de las nuevas normas que realizaron los colegios de escribanos y la Universidad Notarial Argentina especialmente y, en general, la producción bibliográfica de los diversos sectores que integran, con el notariado, el universo jurídico nacional: doctrinarios, docentes, jueces, registradores y abogados.

Considero, entonces, que es un buen momento para sobrevolar las normas de la nueva legislación y expresar el punto de vista del notario en ejercicio acerca de la novedad legislativa en cuanto se trate de escrituras y actas, en una forma tan breve como se pueda por la índole de este trabajo.

2. Excelente enfoque sobre la función notarial

Es oportuno destacar que ya desde los fundamentos expresados por los autores de la reforma se evidencia un excelente enfoque sobre la función notarial, que será sin duda de suma utilidad para orientar la jurisprudencia. En los fundamentos del Título IV "Hechos y actos jurídicos", Capítulo 5 "Actos jurídicos", Sección 5ª "Escrituras y actas", se hace una interpretación de la función y del documento notarial que se emparenta con la más pura doctrina: ... [el notario] "debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente" por los siguientes motivos: (i) la intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica y, sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detentan interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es

el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones... (2)

Es de gran importancia para el derecho notarial que estas apreciaciones se encuentren en los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, pues constituyen un recibo de la doctrina básica del notariado latino, del que el notariado argentino fue pilar fundador.

3. Reconocimiento de la división fundamental de los documentos notariales. Escrituras y actas

Mediante sendas definiciones, el Código introduce la división fundamental de los documentos notariales en razón de su contenido: a) según el artículo 299, es escritura pública el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contiene uno o más actos jurídicos; y b) acta, según el citado artículo 299, es el documento notarial que tiene por objeto la comprobación de hechos.

4. Novedades del Código. Requisitos de las escrituras

4.1. Protocolo

En el artículo 300 se establece la obligatoriedad, para todas las demarcaciones notariales del país, como requisito indispensable para extender escrituras en el protocolo, que este se forme previamente con folios habilitados expresamente por la autoridad que cada ley local establezca. De esa forma, se pone término a la posibilidad de formar un protocolo al estilo español o tradicional, en el que solo es protocolo la colección ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante el año calendario, no conservándose los documentos errados o que no tuvieron efecto por desistimiento de todos o algunos de los comparecientes. (Este sistema se mantenía tradicionalmente por el notariado de la provincia de Salta).

4.2. Obligaciones funcionales del escribano

Llevando adelante lo que destacábamos en los fundamentos teóricos del Código, en el artículo 301 se obliga al escribano a recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes (principio de intermediación), ya fueren partes, sus representantes, testigos, cónyuges o cualquier otro interviniente, y a dar comienzo a las que la doctrina denomina operaciones de ejercicio (3). Se le impone calificar los presupuestos y elementos del acto a documentar y luego configurarlo técnicamente, realizando las operaciones notariales de calificación, legalización, legitimación y configuración, previas a extender la escritura en el protocolo (operación de documentación) y al acto final de autorización de la escritura, inmediatamente después de que los comparecientes la otorguen e inmediatamente la firmen como representación gráfica de ese otorgamiento.

4.3. Excepción a la obligación de que las escrituras se extiendan en un único acto

En el citado artículo 301, se incorpora al Código el texto del artículo 34 del ya legendario Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales (4), que había sido receptado por leyes locales y que constituye una excepción al principio legal y doctrinario que pide que la escritura se otorgue y firme por los comparecientes en un único acto. Esta incorporación legitima estas disposiciones locales, al permitir que una escritura con pluralidad de otorgantes se pueda firmar en distintas horas de un mismo día, siempre que no se altere el texto luego de la primera firma. Obviamente, el notario autorizará la escritura coetáneamente con la firma del último compareciente. Este artículo nuevo no reproduce el último párrafo del citado artículo 34 del Anteproyecto, que pide se deje constancia en el protocolo de la utilización de esta franquicia legislativa, pero evidentemente no cabe ninguna duda que un correcto procedimiento notarial debe dejar expresa constancia, en cada caso, de la utilización de este sistema. Queda librado al criterio del notario autorizante la mejor forma técnica de hacerlo.

4.4. Idioma de las escrituras. Posibilidad de que el escribano designe un intérprete ante la falta de un traductor público

En los casos en que alguno de los comparecientes ignore el idioma nacional y no se obtuviera la intervención de un traductor público, el artículo 302 CCCN reemplaza la norma del antiguo Código Civil, que exigía la designación judicial de un intérprete, por la posibilidad de que dicho intérprete sea designado directamente por el escribano autorizante. Evidentemente, una reforma que se traduce en una rebaja sensible en los costos de un acto notarial y le permite ganar celeridad. El último párrafo del citado artículo 302 otorga idéntica ventaja en tiempo y costos en los casos de protocolización de un documento original en idioma extranjero, al autorizar al escribano interviniente a aceptar la intervención de traductor público o intérprete, a opción de las partes, con obligación para el notario de entregar, junto con el testimonio de la protocolización, copia certificada del documento protocolizado.

4.5. Abreviaturas y números

En el artículo 303 CCCN no se modifican sustancialmente las normas del Código Civil sobre espacios en blanco, abreviaturas e iniciales. Se mantiene la imposibilidad de usar números para indicar cantidades que se entreguen en presencia del escribano y se la extiende a toda otra cantidad o dato que correspondiera a elementos

esenciales del acto jurídico: precios, montos y plazos de deudas, y toda otra cantidad que, a juicio del notario, reuniera los requisitos para ser considerada elemento esencial del acto jurídico objeto de la escritura.

4.6. Otorgante con discapacidad auditiva

El artículo 304 CCCN sufrió cambios desde su enunciado original en el Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación ⁽⁵⁾ hasta el que finalmente se publicó en la edición oficial vigente. En efecto, el artículo original se encabezaba con estos términos: "Otorgante que padece limitaciones en su aptitud para oír y para comunicarse"; y tenía un segundo párrafo que se refería expresamente a la persona otorgante del acto que, siendo alfabeto, padece limitaciones para comunicarse en forma oral. En ese caso, el otorgante debía firmar una minuta, el escribano debía certificar ese hecho y la minuta protocolizarse; si fuera analfabeta, dos testigos debían presenciar la lectura y se requería información al otorgante del contenido de la escritura. El primer párrafo del artículo en su etapa de proyecto se refería a la persona que padece discapacidad auditiva y coincide en lo sustancial con el de la versión final. Desconocemos las razones por las que se suprimió en la versión final de este artículo toda referencia a la persona que tiene dificultades para comunicarse en forma oral, cuando se la mantiene en otros dos artículos del Código: el 418, relativo al matrimonio, y el 2467, inciso e), relativo al testamento. Queda así derivado al notario resolver este problema formal cuando deba autorizar una escritura en la que interviene una persona que tiene dificultades para comunicarse en forma oral. No tengo dudas en recomendar se utilice la solución contenida en el texto del proyecto original del Código más la presencia de los dos testigos que exige el texto definitivo del artículo.

Otra observación a la redacción final del artículo: en los casos de comparecientes que tienen discapacidad auditiva, si fueran analfabetos, se exige solamente la intervención de dos testigos expertos que puedan asegurar la comprensión del acto por parte del compareciente; y si fueran alfabetos, a esa exigencia se le añade ("además", expresa el artículo) el procedimiento de la minuta firmada por el compareciente y su protocolización, que en la versión original se limitaba al compareciente que tenía dificultades para expresarse en forma oral.

La reelaboración del artículo original no ha sido feliz.

4.7. Contenido de la escritura

En los diversos incisos del artículo 305 CCCN no se modifican sustancialmente las normas del Código Civil sobre lo que expresamente debe contener la escritura:

a) Sobre el lugar y la fecha de escritura, solamente se le agrega la opción para las partes o el escribano de dejar constancia de la hora.

b) Sobre los datos personales de los comparecientes, incorpora lo que pide la mayoría de las leyes locales y la costumbre, pero, de acuerdo con la doctrina notarial, no menciona la obligatoriedad para el notario de efectuar el juicio de capacidad de los comparecientes.

c) Reitera la obligación de consignar la naturaleza del acto que se documenta en la escritura y la individualización de los bienes.

d) Se incluye la obligatoriedad de la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura. El Código Civil solo incluía la obligación de la lectura, pero no su reflejo documental, que se incorporó en la práctica notarial con fundamento en la necesidad de evitar la excepción procesal de escritura no leída.

e) Reitera la obligación legal del notario de realizar de su puño y letra, antes de la firma de las partes, la mención concreta de las enmiendas, testaduras, borraduras, entre líneas u otras modificaciones efectuadas en el texto de la escritura.

f) Reitera la obligación legal de que la escritura contenga la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos en su caso. Mantiene la firma a ruego de la persona que no pueda o no sepa firmar, introduciendo la obligación de hacer constar la causa del impedimento, así como la impresión digital del otorgante que no puede o no sabe firmar.

4.8. Justificación de la identidad de los comparecientes

En el artículo 306 CCCN se mantienen dos de las posibilidades que daba el Código Civil para la identificación de los comparecientes: por exhibición de documento idóneo, que debe individualizarse y agregarse en copia certificada de sus partes pertinentes, y por afirmación del conocimiento por parte del escribano. Se suprime la posibilidad de hacerlo por declaración de dos testigos.

4.9. Documentos habilitantes

En el artículo 307 CCCN persiste la solución que surgía del Código Civil: presentación de los documentos originales de la representación que deben ser agregados al protocolo, excepto que se tratase de poderes generales, fuere necesaria su devolución o ya estuvieren protocolizados en el respectivo registro notarial.

4.10. Copias o testimonios

El artículo 308 CCCN otorga reconocimiento legal a la sinonimia entre copia y testimonio, respetando una larga tradición de nuestro notariado, que indistintamente acepta denominar así al documento notarial que reproduce una escritura matriz y que con la calidad de primero o ulterior se entrega a cada una de las partes del acto instrumentado. Remite a las leyes notariales locales la reglamentación sobre las características de los medios de reproducción, siempre que aseguren la permanencia indeleble de la copia o testimonio. Establece, asimismo, la obligatoriedad de dar copia a las partes que lo solicitaren y, en el caso de que estas pidieran nuevas copias, el escribano también debe entregarlas, siempre que la escritura no contenga una obligación pendiente de dar o hacer a cargo de la otra parte. En este caso, se podrá expedir la nueva copia solicitada solamente si se acredita la extinción de la obligación en instrumento público o, en su defecto, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que deberá tramitarse con citación de las partes de la escritura.

4.11. Nulidad

El artículo 309 CCCN es una reiteración, con ligeras variantes, del artículo 1004 del Código Civil. La gran reforma en esta materia reside en la derogación del artículo 1005 del antiguo Código. Considero que este es uno de los grandes aciertos en materia notarial del Código Civil y Comercial.

A partir de la derogación del Código Civil, y al no reiterarse en el Código Civil y Comercial el contenido del artículo 1005 de aquel, desaparece toda posibilidad de atacar por nulidad manifiesta cualquier alteración del orden cronológico que se advierta en una escritura pública. Para observar ese título deberá obtenerse un pronunciamiento judicial que condene al notario autorizante como autor del delito de falsedad ideológica; no como se hacía por referencistas y analistas de títulos, que los descartaban ab initio ante la contundente imputación contenida en el artículo 1005 del Código Civil —felizmente no reiterada—.

Mi posición fue siempre de crítica al artículo 1005, tal como lo acredita lo expresado en Derecho notarial aplicado [\(6\)](#):

El artículo 1005 del Código Civil es uno de los preceptos del ordenamiento que entendemos no aplicable a nuestro derecho formal. Sí lo es con respecto al derecho español, porque en España —y en nuestra provincia de Salta— el protocolo no existe a priori, sino que se forma coleccionando las escrituras matrices autorizadas durante el año. En consecuencia, los proyectos de escrituras que no se firman no llegan a ser protocolo y, por lo tanto, no se coleccionan. El protocolo es exclusivamente integrado con escrituras otorgadas y autorizadas. Por ello tiene importancia el orden cronológico de su agregación al protocolo. Una escritura del día 10 debe estar después de las del día 9 y antes de las del día 11; de lo contrario se estaría violando el orden cronológico y se lo sanciona con la nulidad. Aparece entonces como prioritario en el derecho español, defender el concepto del orden cronológico y, en consecuencia, sancionar directamente con nulidad la escritura que no se halle en el lugar del protocolo en el que se la debería encontrar por su fecha. En nuestro sistema formal, en cambio, no existe ninguna posibilidad de que una escritura no esté en el lugar que por su orden de otorgamiento le correspondiere, dado que el libro de registro o protocolo es preexistente y se numera, sella y rubrica en blanco. Creemos que en nuestro derecho, cuando aparece una escritura cuya fecha no concuerda con el llamado "orden cronológico", debe estudiarse detenidamente esa situación y no aplicar de manera automática la sanción de nulidad. Ello porque consideramos que, en principio, esa anormalidad puede tener por origen un mero error cuando se consignó el día, mes o año, fácilmente demostrable por otros elementos del mismo protocolo, o una falsedad en la fecha que, una vez probada, ocasionará la invalidez del documento. En consecuencia, en caso de aparecer escrituras con una fecha que no se corresponda con el orden cronológico de las restantes, solo se las puede considerar anulables y se estará a las resultas del juicio que deberá tramitar quien las arguyese de falsas. Por lo tanto, puede llegar a declararse la nulidad del instrumento por falsedad, pero no por inobservancia de un precepto formal. Si no se prueba la falsedad, se tratará de un mero error.

4.12. Requisitos de las actas notariales

La feliz decisión de incorporar al Código Civil y Comercial la figura autónoma de las actas entre los documentos notariales es un reconocimiento a los sucesivos trabajos doctrinarios que han contribuido a estructurar su naturaleza jurídica, independizándola del documento notarial por excelencia: la escritura pública. Por ello, el Código Civil y Comercial, en el artículo 311, establece que las actas están sujetas —en principio— a los requisitos de las escrituras públicas, pero con las modificaciones fundamentales que detalla a través de 7 incisos. Estas modificaciones constituyen una reiteración de lo que expone la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (vigente desde el 24 de julio de 2000), en los 7 incisos de su artículo 83, con las variantes que analizamos a continuación:

Inciso a): la declaración sobre el interés propio o de terceros en el diligenciamiento del acta debe provenir del requirente y no será un juicio del notario.

Inciso b) y c): sin variantes.

Inciso d): se introduce la expresión "en la medida que el objeto de la comprobación así lo permita" como un eximente de la obligación funcional del notario de informar a los requeridos del carácter en que interviene y, en su caso, del derecho del requerido a no responder o de contestar como indispensable paso previo al comienzo de la diligencia. Esta expresión debe ser motivo de especial atención por parte de la doctrina notarial para que no

constituya una excepción al tradicional derecho del hombre y del ciudadano a no declarar contra sí mismo. Debe advertirse a los colegas sobre un indebido uso de la misma, ya que es una situación de hecho que debe valorarse en cada caso, para no enervar el derecho constitucional del requerido y, en consecuencia, provocar la nulidad de la comprobación notarial.

¶Inciso e): sin variantes.

¶Inciso f): sin variantes, por lo que en este caso la observación es para ambas legislaciones, tanto la de la Ciudad de Buenos Aires como la nacional. Se trata de la posibilidad de confeccionar el acta con posterioridad al momento de la diligencia, siempre que se lo efectuó en el mismo día. Pienso que si por razones de necesidad práctica profesional se permite vulnerar uno de los pilares de la fe pública —como es el que se documente el hecho que se comprueba en el mismo momento en que se produce—, la exigencia legal de poderlo documentar solamente en el mismo día del hecho es excesivamente dogmática y sin explicación jurídica, al aplicar a las notas que toma el notario para verterlas luego al protocolo el estigma de los cuentos de hadas, en los que la naturaleza material de las cosas cambia a medianoche, como le pasó a Cenicienta. Entiendo que se encorsete al notario para que no pueda antedatar sus diligencias, pero tampoco puede establecerse un término tan estricto, cuando situaciones de hecho pueden impedirlo. Estimo que no desmejora la solución que se dispusiera que la diligencia deba instrumentarse en el más breve tiempo posible, una vez superadas las dificultades que impidieran su documentación simultánea.

¶Inciso g): sin variantes.

4.13. Valor probatorio de las actas notariales

El artículo 312 CCCN pone las cosas en su lugar y afirma el carácter probatorio de las actas, distinguiéndolas de la naturaleza negocial de las escrituras. Tiene valor jurídico de certeza lo que el escribano exprese que vio o pasó ante él; y ese mismo alcance, de simple hecho, tienen las declaraciones o juicios que los interpelados expresen. Si se efectuaran declaraciones de contenido negocial, todo se transforma y nos encontramos frente a una escritura.

(*) Jordán, Edgardo, *Mi telar de fina urdimbre*, Buenos Aires, Alambique, 1993, p. 50.

(1) Ver Capurro, Vanina L. y Etchegaray, Natalio P., *Derecho notarial aplicado*, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 8, colección "Función notarial" (Dir.: Natalio Pedro Etchegaray), v. 1.

(2) Lorenzetti, Ricardo L. y otros, *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de reformas (Decreto 191/2011)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 542. [N. del E.: el lector podrá acceder a los fundamentos también aquí].

(3) Etchegaray, Natalio P., "Operaciones notariales de ejercicio", en *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 2010, pp. 35 y ss.

(4) Instituto Argentino de Cultura Notarial [hoy Academia Nacional del Notariado], *Anteproyecto de Ley de los Documentos Notariales*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, comentario al art. 34, antecedentes doctrinarios y legislativos.

(5) Lorenzetti, Ricardo L. y otros, ob. cit. (cfr. nota 2), p. 78. [N. del E.: el lector podrá acceder al Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación aquí].

(6) Capurro, Vanina L. y Etchegaray, Natalio P., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 154.