

1951 - 2010 | cincuenta y nueve años

DERECHO NOTARIAL

derecho documental - responsabilidad notarial

Adriana Abella

Escrituras públicas
Falsedad
Actas notariales
Simulación
Ineficacia del acto
Documento electrónico

DERECHO NOTARIAL
Adriana Abella

DERECHO NOTARIAL

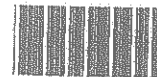
ZAVALIA

ISBN 978-950-572-831-2

BIBLIOTECA JUAN V. GONZALEZ
Facultad Cs. Jurídicas y Sociales

347.961

ABE



* 9 2 4 5 8 *

92458

ZAVALIA

DERECHO NOTARIAL

derecho documental - responsabilidad notarial

Adriana Abella

Escrituras públicas
Falsedad
Actas notariales
Simulación
Ineficacia del acto
Documento electrónico

ZAVALLIA

BIBLIOTECA JOAQUIN V. GONZALEZ

Facultad Cs. Jurídicas y Sociales

347.961

ABE



* 9 2 4 5 8 *

92458

Derecho notarial. - 2a ed. - Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 2010.

616 p.; 23x16 cm.

ISBN 978-950-572-831-2

1. Derecho Notarial. I. Título

CDD 347.016



BIBLIOTECA

92458

© Copyright 2005 by Víctor P. de Zavalía S.A.

© Copyright 2010 by Víctor P. de Zavalía S.A.

Alberti 835, CI223AAG Buenos Aires

Impreso en la Argentina

Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

ISBN 950-572-831-2

Parte primera: Derecho notarial

Capítulo 1: Sistemas notariales

1. El notariado de tipo latino

El notario de tipo latino es un profesional del derecho encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que dan fe de su contenido¹.

La actividad del notario ejercida a través de su *opus* principal, la escritura pública, contribuye a la seguridad jurídica no sólo de las partes sino de los terceros.

El documento notarial es todo escrito que goza de autenticidad corporal, autenticidad de autoría, de fecha y de ideología, y además presenta la característica de su incorporación al protocolo, lo que asegura su preservación y la posibilidad de su eventual reproducción². El acto notarial constituye el medio más idóneo para la producción de la prueba documental.

¹ Conclusión del *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino*. En las *Partidas* se define al notario como "omen que es sabidor de escribir", Ley 1, Título XVIII, Partida 3. La ley del 25 ventoso del siglo XI (10 de marzo de 1803), expresa: "[...] los notarios son los funcionarios públicos establecidos para escribir todos los actos y contratos a los cuales las partes deben o quieren hacer dar el carácter de autenticidad, atribuidos a los actos de autoridad pública y para asegurar las fechas, conservar el depósito, librar las copias y expediciones".

² Despacho del *XIV Congreso Internacional del Notariado Latino*, celebrado en Guatemala en 1977.

La función alitigiosa propia del notario latino se proyecta en la paz social, esencial para la vida del Derecho en la normalidad. El notario latino contribuye al diseño contractual; en la etapa precontractual evita pleitos, reduce la tasa de litigiosidad; facilita el desarrollo del proceso documental, reduce costos administrativos y privados aportando seguridad a la transacción³.

El notario desempeña un papel eminentemente social, ya sea como hacedor del instrumento notarial, o bien como consejero de las partes que ante él recurren⁴.

Es un colaborador en el proceso dinámico de creación del orden jurídico, y de tal calidad, que con frecuencia va a la vanguardia del legislador, preparando con las costumbres notariales y los usos convencionales revelados por las escrituras públicas, la oportuna reforma legislativa⁵.

Para el buen ejercicio de la función notarial se requieren no sólo requisitos de capacitación jurídica y técnica sino, además, una especial vocación profesional y una recia independencia incompatible con los nombramientos a plazo y con la sumisión al arbitrio gubernativo; por lo que se declara que el notario debe ser inamovible, excepto por condena penal, impuesta por los tribunales de justicia en casos de delito⁶.

La complejidad en el mundo actual supone un desafío para el notariado y estimula la preparación profesional y su realización para conservar así los derechos fundamentales de la persona humana y en particular de la autonomía de la voluntad⁷.

³ Véase Paz-Ares, C., *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado Ruiz de Alarcón 3-28014.

⁴ En el siglo XIII aparecen en Bolonia los primeros instrumentos jurídicamente autorizados. En el Fuero Real surge reglamentación sobre el oficio de escribano público. La legislación más completa se encuentra en las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio. Existió primero el escribano amanuense y luego en periodo posterior el notario jurista. Recordando un poco nuestra historia, en la época de la Colonia los títulos de escribanos eran otorgados por el Rey de España. Fueron los escribanos quienes con toda claridad describen en las actas la ceremonia de la fundación de las ciudades. Existían escribanos de número y reales.

⁵ Vallet de Goytisolo, J., "La determinación notarial del Derecho", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXV.

⁶ Véase la Conclusión del *II Congreso Internacional del Notariado Latino*, reunido en Madrid en 1950.

⁷ *XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino*, celebrado en Montreal en 1986.

1.1. Sistema latino

El sistema latino exige la intervención forzosa de un notario que actúa conforme a la ley, la ética y la equidad en la instrumentación de los negocios o los actos jurídicos, a fin de cumplir con dos misiones fundamentales del sistema que son la seguridad y la protección al consumidor.

El notario actúa como intermediario entre el particular y el orden jurídico, al cual interpreta.

La intervención del notario protege la libertad de los consentimientos; el contrato bien explicado y comprendido tiene mayores posibilidades de ser cumplido voluntaria y espontáneamente por las partes.

1.2. Países que adoptaron el sistema

El sistema de notariado de tipo latino impera en más de setenta países como en España, Italia, Francia, Portugal, Alemania, Austria, Albania, Andorra, Bélgica, China, Grecia, el estado de Louisiana⁸ (Estados Unidos), Canadá, Japón,

⁸ Dentro del sistema anglosajón regido por el *common law*, en todos los Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, el Estado de Louisiana es la excepción, pues, como una consecuencia de la dominación española y francesa, prevalece el notariado de tipo latino. El Estado de Louisiana está dividido en parroquias (*Parishes*). La Parroquia de Orleans, que comprende solamente la ciudad de Nueva Orleans, es la única en la cual el notario público lleva protocolo y es depositario del mismo, mientras que en las demás parroquias está obligado a depositarlo en el Archivo Notarial de la Secretaría de la Parroquia respectiva. La primera ordenanza por la que se dispuso el gobierno y la reglamentación del notariado en Louisiana, durante el período colonial francés, data del 2 de agosto de 1717, está fechada en París, y sigue actualmente en vigor con pocas variaciones. Dicha ordenanza está basada en el artículo 423 de la Ordenanza de Orleans, Francia, y fue promulgada por el rey para la colonia de Louisiana. Dentro de sus disposiciones, obligaba a los notarios a numerar progresivamente y a encuadernar cada año sus escrituras por orden cronológico, con sus índices; delegaba las inspecciones anuales en los procuradores del rey y en los fiscales, así como la verificación de si se había dado cumplimiento a la ordenanza. Los protocolos de los notarios fallecidos o que hubieren renunciado o abandonado el ejercicio de la profesión, tenían que ser entregados a los secretarios de la Corte de la jurisdicción respectiva. Durante todo el período de la dominación francesa los notarios ejercieron su profesión en Louisiana de acuerdo con la

Indonesia, Luxemburgo, Macedonia, Malí, Marruecos, Moldavia, Mónaco, Países Bajos, Turquía, México, Nicaragua, Nigeria, la totalidad de los países de América del Sur, Cuba, Guinea, Haití, Honduras, Costa Rica, el Salvador, República de San Marino, República Dominicana, Rusia, Togo, Vaticano.

Los países que adhirieron, con particulares diferencias, participan en común de instituciones fundamentales que tienen su raíz en el derecho romano-germánico.

citada ordenanza de 1717 y los reglamentos que se dictaban para los notarios en Francia. Las leyes españolas fueron introducidas en la provincia de Louisiana por medio de una ordenanza promulgada el 26 de noviembre de 1769, que rigió hasta el 30 de noviembre de 1803. Esta ordenanza asignaba a los notarios distintas categorías: los de Gobierno, del Cabildo, notarios reales y un notario de marina. Todavía en la actualidad existe el notario de la Municipalidad, especialmente designado para las mismas funciones que ejercía en los tiempos de la colonia. Según parece, el otorgamiento de las escrituras, durante el régimen español, se regía por las mismas disposiciones establecidas para los notarios en España. Las escrituras públicas en Louisiana son semejantes a las otorgadas en otros países de tipo latino. Así es que los notarios están facultados para hacer inventarios, escrituras de partición, testamentos, protestar documentos mercantiles, contratos de separación de bienes matrimoniales, ventas e hipotecas de bienes raíces, etc. Las escrituras de venta e hipoteca no se pueden hacer sin la previa presentación ante el notario de los certificados del Registro de Inmuebles y de Hipotecas, los que hacen constar el dominio de la propiedad y cualquier gravamen inscripto contra la misma. Asimismo el notario está obligado a exigir el certificado correspondiente de la Oficina de Recaudación de Impuestos para asegurar que el pago de éstos esté al día. En general, en el Estado de Louisiana, únicamente a los abogados se les otorga el nombramiento de notarios. Si existen vacantes dichos nombramientos los hace el gobernador del Estado entre los solicitantes que hayan cumplido con los requisitos de la ley, entre los que se incluye un certificado de aprobación, después de previo examen hecho por la Corte Suprema del Estado, así como una constancia de haber hecho debida publicación de la solicitud para el nombramiento en uno de los periódicos oficiales del Estado. El nombramiento que haga el gobernador requiere la confirmación del Senado del Estado de Louisiana. El nombramiento es vitalicio y antes de entrar en el ejercicio del cargo, el notario tiene que otorgar en la parroquia de Orleans una fianza por la suma de diez mil dólares, que debe mantener en vigor durante el período de su actuación como notario. El acta auténtica, o sea la escritura notarial, hace prueba plena en todas las Cortes del Estado de Louisiana, sin necesidad de otra prueba sobre el contenido de la misma. Pueden otorgarse actas en cualquier idioma, con todas las formalidades de ley, con los requisitos similares a los países del sistema notarial latino.

“Denominamos notariado latino al que responde a rasgos fundamentales y comunes, cuyos orígenes más próximos y definidos se encuentran en el norte de Italia y se perfilan al calor de la célebre y erudita Escuela de Bolonia”⁹.

1.3. Notariado de los Estados independientes

Con la caída del Muro de Berlín los Estados independientes de Europa Central y Oriental, ante la posibilidad de elegir entre el sistema anglosajón y el sistema de notariado latino, optaron por nuestro sistema porque brinda mayor garantía para asegurar los derechos de los ciudadanos.

Así surgieron, con la colaboración efectiva de la Unión Internacional del Notariado¹⁰, leyes que introdujeron o consolidaron el notariado libre en Polonia en 1991, Hungría en 1992, la República Checa, la República Eslovaca, Lituania, Estonia y Letonia en 1993, Albania, Croacia y Eslovenia en 1994, Rumania, Moldavia, Ucrania, Bulgaria y últimamente otros países que también aspiran a ingresar a nuestra institución.

⁹ De la Cámara Álvarez, M., “El notario latino y su función”, *Revista del Notariado*, 1972, p. 2034.

¹⁰ Unión Internacional del Notariado Latino. El *Primer Congreso Internacional de Notariado Latino* tuvo lugar a instancias de la Argentina en 1948. Al dictarse el estatuto del Congreso en el año 1948, se funda la Unión Internacional del Notariado Latino. La Unión representa la unidad del notariado latino, cuyos miembros son juristas, consejeros independientes e imparciales, que por delegación de la autoridad pública confieren autenticidad a los documentos que redactan, siendo sus instrumentos garantía de la seguridad jurídica y de la libertad contractual. Las reuniones periódicas de los representantes de los notarios de los países que consagran en su legislación los principios esenciales del notariado de tipo latino promueven, coordinan y desarrollan la actividad notarial en el ámbito internacional. El fin de la Organización No Gubernamental es asegurar la dignidad de la independencia profesional y un mejor servicio a la comunidad. La Unión está gobernada por una Asamblea de todos los notarios afiliados que representan a más de setenta países de cuatro continentes. El Consejo Permanente integrado por diecinueve miembros con voz y voto, es el órgano de dirección y de gobierno de la Unión. La Oficina Notarial Permanente (ONPI) es el órgano encargado de difundir las actividades de la Institución, a través de la *Revista Internacional*, y los estudios relacionados con el derecho notarial, su legislación y la jurisprudencia.

1.4. El notario de la Comunidad Europea

El 18 de enero de 1994, el Parlamento Europeo reunido en Madrid, recordó que la profesión de notario en toda la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) tiene elementos comunes que son:

a) Delegación parcial de la soberanía del Estado en la figura del notario para asegurar principalmente el servicio público de garantizar la autenticidad de las convenciones y de la prueba.

b) Desempeño independiente de la actividad ejercida en el marco de un cargo público bajo la forma de una profesión liberal, aunque sometida al control del Estado, o del órgano estatutario, en lo referente a la observancia de las prescripciones de la actuación notarial, de la fijación reglamentada de tarifas e impuesta en beneficio de los clientes.

c) Acceso selectivo a la profesión o a la organización de ésta.

d) Función preventiva de la intervención del juez, eliminando o reduciendo el riesgo de litigios.

e) Rol de aconsejar en forma imparcial.

En función de estos principios, el Parlamento Europeo resolvió aplicar el artículo 55 del Tratado de Roma, declarando que la profesión de notario, por su ejercicio de la autoridad pública, no puede cumplirse sino dentro de la circunscripción territorial que cada ordenamiento legal nacional le señala. Esto deberá tenerse en cuenta en el ejercicio de nuestra profesión en el marco del Mercosur.

Sin embargo, invitó a los Estados miembros y a las instituciones notariales a ponerse de acuerdo para asegurar el reconocimiento recíproco y la libre circulación transfronteriza de los actos notariales, eliminando las actuales formalidades para su validez internacional.

1.5. El notario de tipo latino en la Argentina

La desorganización fue el rasgo distintivo del notariado en la época de la colonia. Los primeros escribanos provenían de Europa y eran hombres sin título alguno que integraban las expediciones colonizadoras. Sin embargo, es sorprendente la exactitud de los datos que se consignan en las actas de fundación de las distintas ciudades y la prolijidad de las descripciones.

A medida que se afianzaban las instituciones en las nuevas colonias el notariado se iba caracterizando y destacando. Los notarios se regían por las leyes que llegaban desde España, muchas de las cuales tuvieron vigencia aún después de la Independencia.

Con anterioridad al Código Civil los escribanos se dividían en civiles y comerciales, eclesiásticos, de hipoteca, de gobierno.

Durante el período preconstitucional, la Asamblea Constituyente del año XIII impuso a los españoles que actuaban como escribanos la exigencia de la ciudadanía. Para Negri¹¹, el notariado argentino nace a la vida institucional en esa época.

Con la Carta fundamental de 1853 la reglamentación del notariado queda a cargo de las provincias.

En 1871 entró en vigencia la ley 340 sancionada el 29 de abril de 1969. Con la organización nacional el Código Civil estableció bases firmes para la actuación del notariado en toda la República, y a través de sus disposiciones evita las disparidades en el ejercicio de la función.

El Código Civil muestra una evidente confusión al referirse a los escribanos. En algunos artículos se los menciona como escribano público o funcionario público, en otros como oficial público, y distinguiendo entre los oficiales públicos unos dicen escribanos y otros funcionarios.

Originariamente, para ser notario bastaba con la práctica o la vocación, no se requería título universitario y alcanzaba un escaso conocimiento del Derecho, pero tenían un sentido ejemplar de la función notarial y de la más pura ética profesional.

Hasta 1910 era suficiente rendir un examen de idoneidad ante los Tribunales de Justicia para poder ejercer el notariado. Con la ley 7048 en 1910 se incorporaron los estudios universitarios para ejercer la profesión de escribano.

En el año 1914 se reglamenta el uso del papel sellado y en 1930 Rosas reglamenta la formación del protocolo y la expedición de copias.

Leyes posteriores, como la 5015 del año 1943 de la provincia de Buenos Aires, primera ley orgánica y de autonomía funcional en la Argentina, contribuyeron a cimentar la etapa del notariado que actualmente nos rige.

Los escribanos actualmente poseen títulos expedidos por universidades de derecho y ciencias jurídicas, en base a materias que abarcan la carrera de

¹¹ Negri, J., *El problema notarial*, Buenos Aires, ed. Atlántida, 1932.

abogacía y prácticas de escribanía que habilitan para cualquiera de los caminos que puedan tomarse para ejercer profesiones jurídicas.

La denominación de notario en el país se adoptó después del anteproyecto de ley de documento notarial del año 1964. Es la denominación acogida por la mayor parte de los notariados europeos.

La denominación los distingue por su origen, ya que eran confundidos con los secretarios actuarios de tribunales, los escribanos de gobierno, los escribanos de minas, fedatarios del poder judicial y administrativo.

La figura jurídica del notario se va perfilando considerando que debe ser un hombre de buena fe, conocedor del derecho que guía a las partes en la celebración del negocio o acto jurídico, aconsejando, asesorando y conciliando voluntades, previo a la configuración del instrumento público. La función pública que ejerce el notario está establecida en función del interés general, y no sólo de los particulares que otorgan actos jurídicos privados.

La seguridad en las relaciones jurídicas, y en materia de transmisión y constitución de derechos reales, no puede lograrse sin el ejercicio de las funciones de carácter público con que el Estado ha investido al escribano público.

1.6. En las XXVII Jornadas Nacionales Notariales se declaró y recomendó:

- El vínculo entre el notario y el requirente del servicio notarial no configura una relación de consumo en virtud de la expresa disposición del artículo 2º de la ley 24.240.

- El principio de legalidad obliga al notario a la aplicación del ordenamiento vigente entre cuyas normas se incluyen la Ley de defensa del consumidor y la Ley de defensa de la competencia, que revisten el carácter de normas de orden público económico.

- En este contexto, adquieren especial relevancia los deberes de información, asesoramiento y consejo, que integran esencialmente la función notarial y que importan una actividad más amplia que el deber de información específico de la Ley de defensa del consumidor. Estos deberes se intensifican cuanto mayor sea el desequilibrio entre los sujetos negociales.

- La actuación imparcial del notario implica un deber activo y sustancial, ya que constituye una de las razones de la existencia de la institución notarial. En

los contratos donde no exista paridad negocial, la imparcialidad reviste especial importancia, ya que procurará restablecer el equilibrio contractual.

- En resguardo de la imparcialidad del notario, éste debe mantener una independencia funcional y operativa que evite la confusión en el consumidor acerca de la relación entre el escribano y la parte fuerte en el contrato.

- Que se disponga mediante reglamentación de los Colegios Notariales la obligación del notario que intervenga en un contrato con cláusulas negociales generales de celebrar con la antelación suficiente y con la parte débil, una audiencia previa de asesoramiento de la cual debe dejar reflejo documental por acto público. En tal oportunidad deberá entregarse copia íntegra del contrato a celebrarse.

- El escribano debe abstenerse de incluir cláusulas prohibidas por las normas del derecho positivo vigente.

1.7. El notariado de tipo latino y la economía

El notariado cumple una función pública de ejercicio privado con las siguientes particularidades:

- a) Cubre todo el país.
- b) No le cuesta nada al Estado.
- c) Los titulares tienen preparación jurídica universitaria.
- d) Son seleccionados por su idoneidad, capacidad y por su honestidad.
- e) Intervienen en la correcta formación de los actos y negocios jurídicos.
- f) Satisfacen una necesidad social.
- g) Informan a las partes imparcialmente sobre sus derechos y obligaciones.
- h) Garantizan el derecho individual de decisión y el libre otorgamiento del acto.
- i) Autorizan un documento de máxima eficacia jurídica probatoria y poder ejecutivo.
- j) Responden directa, personal e ilimitadamente por el correcto y legal ejercicio de su función.

Desde una visión económica del derecho, el producto notarial es un bien de confianza. La seguridad jurídica de las relaciones particulares en materia documental encuentra su máxima expresión con la intervención notarial.

El documento notarial no es sólo un producto final, sino también un producto intermedio, que es empleado en multitud de procesos jurídicos subsiguientes: en

procesos judiciales (donde vale como prueba plena), en procesos de ejecución (donde sirve de título ejecutivo), en procesos de registración (donde opera como título), en los procesos contractuales (es título anterior), etcétera.

La eficiencia de la actividad notarial (plano funcional) y la eficiencia de la organización notarial (plano estructural) son considerados y gravitan en el sistema por la reducción de costes administrativos y privados.

Los costes administrativos, que se traducen en los costes de supervisar la actividad de los notarios como guardianes de la legalidad de las transacciones y, en definitiva, el coste de *enforcement* de la disciplina notarial, lo soporta el propio sistema notarial, que tiene legalmente encomendadas potestades disciplinarias¹².

La reducción del coste privado de las transacciones, o sea el coste que han de soportar las partes, se produce por la diversidad de actividades que desarrolla el notario de tipo latino y que abordaremos al tratar las operaciones de ejercicio.

2. Sistema anglosajón

2.1. El notario anglosajón

En la mayoría de los estados de Estados Unidos de Norteamérica, en Inglaterra y en el resto de los países miembros de la Comunidad Británica tienen el sistema llamado de notariado anglosajón.

El notario anglosajón no debe tener necesariamente conocimientos jurídicos.

Existen particularidades en cada Estado, pero en la mayoría el ejercicio está a cargo de profesionales sin ninguna autoridad y desarrollan su actividad dentro del marco legal, existiendo requisitos mínimos para su desempeño.

El sistema anglosajón facilita el movimiento de bienes y derechos y trata de evitar toda limitación a la circulación de los mismos.

Los contratos son instrumentados en forma privada y tratándose de transacciones sobre inmuebles se respaldan con el seguro de títulos.

¹² Paz-Ares, C., *op. cit.*, nota 3.

2.2. El *notary public*

En la mayoría de los estados de Estados Unidos de Norteamérica el notario es un certificador, no se le exige título de abogado, no cubre la labor asesora, no redacta los documentos, no tiene protocolo ni archivo de los documentos originales, sólo da fe de lugar, fecha y persona, y sólo tiene un libro de notas.

El notariado, a pesar de todo, no es libre, está reglamentado por cada Estado. Así, pues, de las tres fases de la actuación del notario latino: asesor jurídico, autoría del documento, y fedatario, sólo esta última corresponde al notario norteamericano. Pero la fuerza autenticadora de estos escribanos es limitada, los instrumentos que autorizan tienen el valor de un principio de prueba por escrito y no alcanzan la eficacia probatoria plena, en tanto no son convalidados por los tribunales.

Cuando el *notary public* es abogado, le está permitido asesorar y redactar documentos.

La transmisión y constitución de derechos reales en los Estados Unidos se formaliza por instrumento privado. El instrumento se denomina *deed* en la compraventa, *mortgage* en la hipoteca y *grant* en la servidumbre. Sólo se requiere forma escrita y en la redacción de los contratos no interviene necesariamente un profesional del derecho. La frecuente omisión de elementos formales en el negocio jurídico es causal de nulidad por vicios y errores.

El estudio de títulos es costoso y complejo pues requiere la intervención de abogados y empresas especializadas, que tienen responsabilidad por el estudio o dictamen sólo en el caso de que hayan omitido relacionar algún documento registrado. No son relevantes los vicios de falsedad material, ideológica, falta de capacidad, etc., pues para ello se recurre al seguro de títulos.

El Seguro de Títulos es solo un instrumento de indemnización económica que no garantiza al adquirente la titularidad de los derechos de la propiedad. Puede corresponder a otra persona, o bien presentar cargas o gravámenes que no hayan sido previamente detectados.

El Seguro de Título de propiedad protege al adquirente de un inmueble de los defectos y cargas de su título de adquisición existentes al momento de emitir la póliza y que no fueron detectados o descubiertos en el proceso de investigación de los antecedentes histórico-legales del título, los cuales, por su naturaleza, no son identificables a través de un examen ordinario de los asientos de los registros oficiales.

La realidad muestra que son muchos los conflictos que se plantean en los tribunales, y ello trae aparejado un costo elevado para el Estado por la cantidad de pleitos anuales. El seguro de título para cubrir los riesgos no evita las instancias judiciales y la inseguridad jurídica.

2.3. El notario en Gran Bretaña

En Gran Bretaña, el nombramiento de los notarios está supeditado a que el aspirante acredite poseer los requisitos exigidos por la ley. La figura del notario es importante y se distinguen los notarios generales que actúan en todo el país y los notarios de distrito.

Los notarios de Londres constituyen un grupo reducido y selecto, ejercen sus funciones en la ciudad y un radio alrededor de la misma, con modalidades de su autenticación según que el acto produzca efectos dentro o fuera del país.

El notario inglés es un profesional que está autorizado a realizar sólo determinadas actividades, no tiene delegación del Estado. Es redactor y autenticador de los instrumentos que prepara pero no tiene obligación de conservar las matrices o copias de éstos. La doctrina tiene por auténticos a dichos documentos. El poder público está encargado de reglar el ejercicio de su profesión y vigilar su conducta.

2.4. Law Notary

Por efecto de la globalización y la economía de mercado, en el año 1998 aparece en el estado de Florida la Ley Civil –*Law Notary*–, cuyo Capítulo 118 regula la actividad de los notarios internacionales, el significado de documento auténtico, protocolo y notario de derecho civil.

El notario de derecho civil es miembro de la Barra de Abogados de Florida, tiene cinco años de ejercicio de la abogacía, y es designado por la Secretaría de Estado con tal carácter. Está autorizado para expedir documentos auténticos y por tanto puede autenticar o certificar actas, transacciones, sucesos o circunstancias. El acto y su contenido se presumen legítimos. Puede recibir juramentos y redactar el certificado correspondiente para la validez del documento que sea ratificado, protestado o protocolizado bajo su sello; redactar escrituras para su registro; presidir en forma solemne la ceremonia de matrimonio y efectuar reconocimiento de documentos.

Los informes remitidos por la National Association of Law Notaries (NACLAN) tiene varios puntos de interés. En una reunión mantenida en el mes de enero de 2002 en París auspiciada por la Cámara de notarios de esa ciudad, se advirtió el objetivo de la Asociación de promover su adhesión permanente a la Unión, así como el intercambio y reconocimiento del documento notarial producido por notariados civiles de Florida y Alabama, así como promover el notariado latino en otros Estados de los Estados Unidos.

Se han suscripto acuerdos con los Estados del Golfo de México y se efectuó una reunión a fin de discutir el tema de las diferencias entre este sistema y el notario civil de los Estados de Florida, Alabama y otros¹³.

3. Sistemas funcionaristas

En los países con el sistema funcionarista el notario es funcionario de la administración del Estado. Responde a una organización estatal.

Se establece una relación directa entre el particular y el Estado. Los denominados notarios son empleados públicos, un empleado más del aparato administrativo, y son designados y pagados por el Estado.

Como dijo Vallet de Goytisolo, toda burocratización empuja hacia la despersonalización. En este sistema, el notario es un mero autenticador, desnaturalizándose la función. Los instrumentos tienen máxima eficacia, su valor es absoluto, y los originales pertenecen al Estado. El sistema funcionarista es receptado en Estados con escaso margen de libertad contractual y fuerte planificación estatal.

Hay variantes, pero en algunos Estados los escribanos están equiparados a los jueces. Ejemplos son los notarios de Dinamarca y de algunos cantones suizos.

4. Notariados miembros de la Unión¹⁴

El mundo está dividido en dos grandes sistemas jurídicos, el del *common law* (también conocido como sistema anglosajón) y el del *civil law* (sistema notarial latino).

¹³ *Revista Internacional del notariado*, n° 105, primer semestre 2003.

¹⁴ XXIV Congreso Internacional de Notariado Latino 2007.

Ambos sistemas son profundamente diferentes, pero han convivido en forma más o menos pacífica, por lo que no parece adecuado intentar su unificación o la supremacía de uno sobre el otro, tanto más cuanto su implantación responde a razones históricas, culturales, políticas y sociales muy arraigadas.

El sistema notarial de transmisión inmobiliaria sostiene con ventaja la comparación en cuanto a su coste o precio con otros sistemas, como el del seguro del título o el de la participación de otros profesionales jurídicos o inmobiliarios. El notario imparcial unifica los aspectos contractuales de asesoramiento, acomodación al ordenamiento y conservación del documento, mientras que otros sistemas reparten esas actividades entre diferentes profesionales con el consiguiente aumento del coste.

Las características de la función notarial de tipo latino hacen que ésta contribuya a corregir ciertas deficiencias del funcionamiento del mercado, como son las asimetrías informativas y la falta de producción de externalidades positivas o bienes públicos. Las asimetrías informativas se equilibran por la imparcialidad del notario y su obligación (en muchos casos legal) de especial asistencia al contratante débil. También se superan los riesgos de "selección adversa" al estar el coste del servicio y la homogeneidad de su contenido establecidos legalmente. La producción de externalidades positivas también aparece claramente porque con su actividad el notario aporta certeza y seguridad a las relaciones, aumenta el valor de la propiedad regularizada al expulsar del sistema a las propiedades engañosas y produce un importante efecto antilitigioso que alivia la carga de trabajo de los tribunales. En definitiva, el notario de tipo latino como profesional de la seguridad jurídica aporta al mercado y al desarrollo fundamentalmente confianza. Siendo un principio general que el mercado opera en condiciones de incertidumbre todo lo que sea procurar certeza es crear valor económico.

El mantenimiento y mejora de la calidad de la función notarial se logra mediante la formación permanente, la vigilancia corporativa del cumplimiento de las normas deontológicas y la relación creciente con las nuevas tecnologías.

El desarrollo social que favorece el documento notarial no se reduce solo al terreno económico. También contribuye al desarrollo jurídico, mediante la puesta en marcha de nuevas instituciones necesarias para los individuos, las familias o las empresas. Al desarrollo de la paz social, con el efecto antilitigioso antes mencionado o la participación en modernos sistemas alternativos de solución de conflictos como la mediación o el arbitraje. Al desarrollo del crédito territorial, mediante una adecuada titulación de la propiedad. Al desarrollo de las relaciones internacionales, ya que la implantación mundial del Notariado hace

que la actividad documental disfrute de reglas y características relativamente comunes, que favorecen la circulación del documento y quizás en un futuro la existencia de un título ejecutivo mundial, del mismo modo que ahora tenemos un título ejecutivo europeo.

Capítulo 2: Función notarial

1. Concepto

El concepto y el contenido de la función varían según la postura asumida sobre la naturaleza jurídica de ésta.

1.1. Para los funcionaristas

La función notarial es una función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser y de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el notario, hecho en el mismo momento en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de las partes y generalmente con la colaboración de éstas¹.

Castán Tobeñas sostiene que el notario ejerce una función pública de carácter complejo, en nombre del Estado, correspondiéndole una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, aun que no burocrática². Mengual

¹ González Palomino citado por Martínez Segovia, *La función notarial*, Buenos Aires, ed. EJEA, 1961.

² Castán Tobeñas, J., "Función notarial y elaboración notarial del derecho", Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946.

dice que es una función de naturaleza social que está dentro del Estado y que por lo mismo es una función pública que le corresponde presidir y representar al Estado y en su representación, al Poder Público³.

Para Mustapich la autenticidad, alta función de certidumbre, ha quedado monopolizada por el Estado y la función de dar fe es una función pública⁴.

1.2. Para los profesionalistas

La función notarial es profesional, documental, autónoma, jurídica, privada, calificada, impuesta y organizada por la ley, para procurar seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho, al interés jurídico de los individuos, patrimonial y extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales, mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo confiada a un notario⁵.

1.3. Postura intermedia

La función notarial es una función pública de ejercicio privado. El escribano es un profesional del derecho a cargo de una función pública.

"[...] afectado a una actividad privada pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública. El vínculo de la actividad notarial con el Estado dentro de un régimen de concesión no importa adjudicar a sus beneficiarios el rango de funcionarios públicos"⁶.

Couture dice que la función notarial es una función pública a cargo de un particular... El escribano ejerce a nombre propio, bajo su responsabilidad y no

³ Mengual y Mengual, J., *Elementos de derecho notarial*, vol. II, ed. Bosch, 1933.

⁴ Mustapich, J. M., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, t. I, ed. Ediar, 1955.

⁵ Martínez Segovia, F., *Función notarial*, Entre Ríos, Delta Editora, 1961.

⁶ CS18-12-84, JA 1986-I-212, *Vadell c.Pcia. Bs.As.*

en nombre del Estado, lo hace en provecho propio, no desarrolla esta labor al servicio del Estado sino como una persona independiente, por interés, a riesgo y ventaja propios⁷.

La caracterización de la función notarial como función pública no implica atribuir la calidad de funcionario público al notario.

"Sin perjuicio de admitir que en principio la función administrativa es realizada por los órganos estatales [...] creemos que ello no puede erigirse en norma absoluta y general. Por el contrario existen en el Estado moderno numerosas entidades que han sido creadas por el legislador para ejercer cierto tipo de función administrativa, a las cuales se les confiere legalmente cierto poder público para actuar en nombre del Estado y con su potestad"⁸.

La función notarial es una función pública de ejercicio privado, controlada y reglamentada por tratarse de una función social.

2. Orígenes y desarrollo

La función notarial es indudablemente tan antigua como la necesidad social a que responde, cual es: la de constatación de los hechos y su perpetuidad; necesidad sentida ya sin duda por los más remotos grupos sociales⁹.

"[...] El escriba fue funcionario del estado egipcio dotado de especiales conocimientos mediante estudios que debían cumplir y los que de continuo debían perfeccionar en el proceso de la carrera administrativa [...] Eran escribientes o amanuenses. Está claro entonces, que tanto el escriba egipcio, como los variados escribas hebreos, como el escriba, el notario y el tabulario romano, eran funcionarios públicos.

Es en Roma donde se encuentra, pareciera ser en la época de Alejandro Severo (225/235 d.C.), un individuo técnico en derecho, hábil en la redacción de documentos

⁷ Couture, E., "El concepto de fe pública", *Revista del Notariado*, año 1947-5.

⁸ Gordillo, A., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 1979.

⁹ Escobar de la Riva, E., *Tratado de derecho notarial*, Alcoy, ed. Marfil, 1957.

y que cumplía su faena totalmente desvinculado de la actividad estatal, llevando a texto escrito los negocios jurídicos que los particulares realizaban entre sí. [...] El *tabelión* romano prosiguió su evolución, y en tiempo de Justiniano I, entre el 527 y el 565 de la Era cristiana, alcanzó una organización funcional sin integrar el cuerpo de funcionarios públicos del Imperio. [...]"

Para Pondé¹⁰

"En el año 1803, la ley de ventoso del año XI de la Revolución Francesa, afamó al notario como funcionario público porque así lo definía [...] pero la institución de notario latino se la encuentra más asimilada a la figura del *tabelión* —que no era funcionario público—, su más remoto antecedente por los años 538 a. C. época de Justiniano. El *tabelión* tenía conocimientos teórico prácticos de derecho para asesorar y redactar los documentos [...] El Código de Justiniano y las Novelas XLVI, XLVII y LXXIII caracterizan a los documentos del *tabelión* como *publice confecta* —confeccionado públicamente—".

A poco que se investigue la actuación del notario, a través del mundo jurídico romano, se lo observa unido de facultades propias ejerciendo una función típicamente autónoma, aunque no totalmente abstraída de las normas del derecho civil.

La función notarial ya era en ese entonces una institución señorial, en cierto modo desprendida de la sustantiva rama del derecho, y organizada y disciplinada jerárquicamente. Con el tiempo sufrió una evolución social y jurídica pero siempre fue excepcional, pues requería el conocimiento de la escritura.

Posteriormente se considerará al escribano como funcionario público u oficial público. La condición de oficial público es calidad que inviste una persona determinada en virtud de un nombramiento. El ejercicio más extenso de sus funciones hace que se lo denomine oficial público, como lo hacen indistintamente nuestro Código Civil y las leyes italianas de 1919 y francesa de 1943. La noción de oficial público se refiere más a una función que a una persona.

Tan importante es la función de depositario de la fe pública, de consejero, de guardador de documentos, que requirió reglamentación, y así surge la institución del notariado.

¹⁰ Pondé, E., *Tríptico Notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1977, p. 258.

3. Contenido

Sanahuja y Soler¹¹ al analizar el contenido de la función notarial, distingue: a) la función de autenticación; b) las funciones de legalización y legitimación; y c) la función de configuración de las relaciones jurídicas.

Para Giménez Arnau¹²

"La función pública encomendada al notario es potestad que sanciona derechos, impone fe pública y autoridad documental, todo un proceso de adición o agregación de fe oficial a una labor jurídico profesional, elementos que por integración, producen el instrumento público notarial [...]"

Con Carnelutti¹³ decimos que:

"La función del notario consiste en la función preventiva de la justicia, aunque no en la función de la litis sino en la formación del negocio jurídico [...]"

Esa administración preventiva de la justicia que señala el maestro, la encontraremos en la labor configuradora del notario y en su misión asesora en el campo jurídico, moral y social.

Dos son las funciones que cobran especial relieve en el ejercicio funcional: la función "antilitigiosa" y la de control de legalidad.

La función "antilitigiosa" del notariado reduce el coste social de las transacciones ahorrando recursos a la administración de justicia —cuyo sostenimiento satisfacemos todos y no sólo quienes son parte del pleito— y en definitiva, creando paz y seguridad jurídica.

El control notarial de legalidad se lleva a cabo por la vía negativa del control-rechazo, del control-denegación. La tesitura en que se encuentra el notario es muy simple: "autorizar el documento, si hay conformidad con las leyes, o denegar la autorización, si no hay tal conformidad".

¹¹ Sanahuja y Soler, J., *Tratado de derecho notarial*, Barcelona, ed. Bosch, 1945.

¹² Giménez Arnau, E., "La función notarial, su configuración doctrinaria y legal", en su *Derecho Notarial*, Pamplona, 1976, p. 62.

¹³ Carnelutti, F., *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires, Ed. Jurídica Europea Americana, 1959.

La función ejercida por el notario está íntimamente ligada al documento, del cual no puede separarse, pues la labor de asesoramiento como profesional del derecho adquiere su mayor relevancia al quedar plasmada en la actividad documental.

Pero la función notarial no comienza y termina con el documento, sino que se desarrolla en distintas etapas que se inician con el asesoramiento a las partes, continúa y tiene rasgos especiales en la redacción del documento y en la fe pública que el notario le imprime, y culmina con la custodia y conservación del mismo en el marco de la imparcialidad.

En esa continua búsqueda del equilibrio, con su intervención imparcial logra la feliz interpretación de los fines requeridos por las partes, con jerarquía y solvencia moral, en la medida en que el notario recepta los elementos jurídicos y económicos que son motivo permanente de la diaria rogación del público para el cumplimiento de su cometido como jurista investido de la fe pública.

4. Efectos del ejercicio de la función

En el ejercicio de la función notarial, el notario da seguridad, valor y permanencia a los hechos y actos jurídicos.

Seguridad: La actuación profesional otorga al documento la perfección jurídica junto con su función fedante, que contribuye a la estabilidad jurídica. Se torna esto evidente comparando con los países que no responden a la organización del notariado latino que ante la inexistencia de esa "seguridad", la sustituyen con la contratación de seguros que garantizan una compensación para los casos en que existan vicios en los contratos realizados entre las partes por carecer de intervención notarial.

Valor es el grado de aptitud que tiene el documento notarial para producir sus efectos, que los produce no solamente entre las partes sino también frente a terceros.

Permanencia es el atributo que se obtiene por el uso de los medios idóneos para que el documento sea indubitable, juntamente con los procedimientos de conservación previstos por la ley y la prudencia notarial.

El notario desarrolla además otras actividades, como las de agente de retención, percepción e información impositiva, de verificación, retención y pago de impuestos administrativos, de liquidador de impuestos que por ley el Estado

le obliga a realizar. Todos estos elementos nos permiten afirmar que el notario está representando al Estado en una porción de su poder.

5. Teorías doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del notario

5.1. El notario es funcionario público

La corriente doctrinaria tradicional sostiene que el notario es funcionario público. Fundamenta su postura en los artículos del Código Civil que lo denominan como oficial público (arts. 980, 982, 985, 987, 990, 992 y 939, nota 1112, 973, 979 incs. 1 y 2), en la forma de designación, en la obligación de la prestación de su ministerio¹⁴.

Bielsa dice que sin embargo hay actividades profesionales de índole pública que, por eso mismo, han inducido al empleo de una terminología que causa cierta confusión sobre el carácter jurídico legal de quienes la ejercen. Tal es la

¹⁴ Borda, G., *Tratado de Derecho Civil*, t. II, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, n. 1660; Mustapich, *Tratado práctico de Derecho Notarial*, t. II, Buenos Aires, ed. Ediar, 1955, p. 49; Machado, O.J., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. III, Buenos Aires, ed. Lajouane, 1899, p. 225; Salvat-Acuña Anzorena, *Tratado de Derecho Civil argentino. Fuentes de las Obligaciones*, 2° ed., t. IV, n° 2983, nota 11ª, Buenos Aires, ed. Tea, 1958, p. 310; De Gásperi-Morello, *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, n° 1873, Buenos Aires, ed. Tea, 1964, p. 462. Véase Villalba Welsh, "El estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la función notarial", *Revista del Notariado* n° 607, 1945, p. 529; Decupis, "La responsabilidad del notariado", *Revista Notarial* n° 634, julio-agosto 1957, p. 447; En la doctrina extranjera, Savatier, *La responsabilité civile*, 2° ed., t. II, n° 803, Paris, ed. LGDJ, 1951, p. 409; Letourneau, *La responsabilité civile*, 2° ed., n° 362, Paris, Ed. Dalloz, 1976, p. 134; Santos Briz, *La responsabilidad civil*, Madrid, ed. Montecorvo, 1970, p. 623; De Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 7° ed., t. I, n° 136, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1983, p. 315. Para Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, t. III, Buenos Aires, ed. Ediar, 1980, p. 188, el escribano de registro es un funcionario público, depositario de la fe pública, fedatario, y por ello su actuación irregular compromete la responsabilidad del Estado. Ídem en Highton de Nolasco, "Responsabilidad del Estado por los escribanos", *LL 1977-C-954*. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho "[...] Las facultades que se atribuyen a los escribanos de dar fe a los actos y contratos, constituyen una concesión del Estado otorgada por la calidad de funcionario público que tienen [...]" (CS, 13/8/92, *LL 1992-E, 567*).

del notario o escribano público, que naturalmente no es funcionario público, salvo, claro está, que forme parte de la Administración pública como el escribano de gobierno. Para que haya función pública son necesarios, además del vínculo jurídico del nombramiento, los caracteres virtuales que él genera: la relación de superintendencia que se ejerce sobre él, el sueldo pagado por el Estado, si bien no es elemento decisivo, es la regla, pues puede haber excepciones cuando la ley lo dispone. En nuestro régimen legal el escribano no es funcionario público¹⁵.

5.2. El notario es un profesional liberal

La otra corriente le niega al notario la calidad de funcionario y agrega que la función notarial no es función pública.

Para Pondé el notariado es una profesión liberal. En verdad el notario no ha sido funcionario público jamás. No se lo tuvo por tal ni en la legislación de Justiniano I, ni en las Leyes longobardas, ni en la Constitución de León VI el filósofo, ni en los Estatutos del Piamonte, ni en las Leyes de las Siete Partidas, ni en la Constitución Imperial de Maximiliano I de Austria, ni en la Nueva, ni en la Novísima Recopilación, ni en la Legislación de Indias, es decir, en todos los textos legales que constituyen el sostén de las preceptivas reguladoras del notariado¹⁶.

5.3. El notario es un profesional de derecho a cargo de una función pública

Es un profesional de derecho, documentador, conciliador, consultor, consejero, intérprete de la voluntad de las partes. Su tarea se desarrolla a requerimiento de parte; su misión es interpretar la voluntad negocial; califica, legaliza, legitima,

¹⁵ Bielsa, R., *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, ed. Depalma, 1947, p. 56.

¹⁶ Véase Pondé, E., *Trípico Notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1977. "La función notarial no es función pública", *Revista Notarial Pcia. de Bs. As.*, 917-137. Piñón, "Responsabilidad de los escribanos", en *Derecho de daños*, Libro Homenaje a Mosset de Espanés, t. I, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1989, p. 499. Martínez Segovia, *op. cit.* Allende, I., "La fe pública y la función notarial", *Revista del Notariado*, 1951, pp. 594-595.

configura, documenta y autentica con las solemnidades de la ley el documento para su prueba y eficacia.

Díaz de Guijarro dice:

"[...] si se parte de la idea que los efectos de los actos celebrados son los que dan rango de público a la profesión[...] se confunde el contenido de la función con la función misma[...] Cuando el Estado atribuye el desempeño de la fe pública a los escribanos no designa representante sino que reglamenta una profesión [...] el notariado es una profesión especial organizada especialmente [...] La rigurosidad de las prescripciones que contiene la ley de organización del notariado no tiende más que a asegurar la eficacia y seriedad del ejercicio de una profesión a cuyo desempeño se subordina la seguridad de los actos jurídicos [...] Los notarios se vinculan así a la ley, siendo instrumentos de la misma para satisfacer las exigencias que impone sobre la forma de ciertos actos jurídicos"¹⁷.

Para la jurisprudencia, a excepción del escribano de gobierno, el escribano no es un funcionario público, sino un profesional del derecho que ejerce su profesión liberal actuando en su nombre y por su propia cuenta¹⁸.

"[...] El escribano es un profesional del Derecho pero el notario cumple una función pública que le ha sido delegada por el Estado, sujeto en su actuación a las normas que reglamentan su ejercicio"¹⁹.

Entre las posturas intermedias hay quienes sostienen que ejerce una función pública por delegación del Estado, que presta un servicio público, y se lo ha calificado de concesionario del Estado, lo que no importa adjudicar a sus beneficiarios la categoría de funcionarios públicos²⁰.

¹⁷ Díaz de Guijarro, E., "¿Son funcionarios públicos los escribanos?", *JA* 1929, t. 31, p. 260.

¹⁸ CNCiv, Sala A, 30/10/97, *P.C.V.C.*, *JA* 1998- II-374.

¹⁹ Alterini, J., en su voto, "*Quiroga, R. c. Viale V.*", CNCiv, Sala C, *ED* 71-399. Véase Trigo Represas, F., *Responsabilidad civil de los profesionales*, n° 1, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 126, RN 845 -259.

²⁰ Trigo Represas, F., *Seguros y responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, ed. Astrea, 1978, p. 125. Del mismo autor: "La responsabilidad civil del escribano público", en *Las responsabilidades profesionales* (Libro Homenaje al Dr. Andorno), La Plata, ed.

6. La función notarial para la Corte Suprema

“Que esta Corte ha afirmado que la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifica por su especial naturaleza, pues la facultad que se atribuye a los escribanos de registro de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado (Fallos: 235:445; 311:506; 315:1370; 316:855; 321:2086)”.

“Que, como se señaló en Fallos: 315:1370, la facultad que se atribuye al notario de dar fe a los actos que celebre conforme a las leyes constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario de oficio público que corresponde a los escribanos de registro [...] la atribución o concesión de delicadas facultades a los escribanos tiene su necesario correlato en las exigencias y sanciones que la reglamentación de la profesión contiene, en el sentido de que debe revocarse aquel atributo cuando su conducta se aparte de los parámetros que la ley establece para tutelar el interés público comprometido; no es, entonces, el Estado quien a su capricho puede retirar la facultad asignada, sino el sujeto quien voluntariamente se margina al dejar de cumplir los deberes a su cargo (Conf. también Fallos: 321:2086)”.

“Que, por los principios expuestos, esta Corte consideró válida la reglamentación legal de la aludida profesión –por ejemplo, en cuanto a las sanciones aplicables a los escribanos públicos– en tanto fuera razonable, es decir, guardara adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y no desnaturalizara el derecho constitucional de trabajar (Fallos: 311:506; 315:1370)”.

“Si bien los escribanos cumplen como fedatarios una función pública, no se presentan las notas características de la relación de empleo público”²¹.

6.1. Función pública vs. Servicio público

Los fallos de la Corte nos llevan de la mano a reflexionar sobre la distinción entre “función pública” y “servicio público”, que dio entre los administrativistas mucho que hablar, debido a lo incierto del criterio para precisarla.

Marienhoff entiende:

Platense, 1992, p. 338. Alterini-Ameal-López Cábana, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, n° 1857, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1995, p. 773.

²¹ CS 12/11/2002, “Franco c. Pcia. Bs. As.”, JA 2003-11-464.

“Que el concepto de ‘función pública’ debe vincularse al de funciones ‘esenciales’ del Estado (Legislación, Justicia y Administración). En cambio, ‘servicio público’ es un concepto que se desenvuelve dentro de la ‘Administración’, cuya actividad, contrariamente a lo que acaece con la Legislación y la Justicia, es ‘inmediata’, tal como lo requieren las necesidades e intereses que se satisfacen mediante el servicio público. Cuando la respectiva actividad apareje la idea de ‘soberanía’, el servicio deberá ser prestado o realizado por la Administración (es el caso de la policía de seguridad, de la defensa nacional); cuando la actividad pertinente excluya la idea de soberanía, el servicio podrá ser realizado por los administrados o particulares (Ej.: transporte de personas, provisión de energía eléctrica)”.

Actualmente en este sentido, un sector de la doctrina afirma que puede haber servicio público aun en el caso de que éste se realice mediante un procedimiento de derecho privado, ya que para caracterizar la existencia de un servicio público lo fundamental y básico no es el “procedimiento” utilizado sino la “finalidad” perseguida. Originariamente hubo quien consideró servicio público toda actividad del “Estado” cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes; hubo quien restringió dicho concepto, limitándolo a cierta actividad de la “Administración Pública”. *El elemento “público” de la locución “servicio público”, no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta, se refiere al destinatario del mismo, es decir, a quien dicho servicio va dirigido. “Servicio público” no es otro que “servicio para el público”.*

El servicio público constituye una “actividad” que tiende a la satisfacción de necesidades o intereses generales. Por principio para que una actividad determinada se reputa “servicio público”, no es jurídicamente indispensable que al efecto exista una “empresa”, una “organización”, basta con que se realice la “actividad” correspondiente.

En definitiva todo depende de la índole de la “necesidad” a que responda el servicio público. Lo substancial de éste es la satisfacción de la respectiva “necesidad” general, y ésta a veces podrá ser satisfecha haya o no una “organización” constituida al efecto.

“El servicio público puede tener usuarios indeterminados, según que la utilidad que él reporte sea genérica, para la población en general, o puede estar destinado a usuarios determinados, que reciben una utilidad concreta o particular, porque se benefician individualmente con la prestación.

Por servicio público ha de entenderse toda actividad de la Administración Pública, o de los particulares o administrados, que tienda a satisfacer necesidades o intereses de carácter general cuya índole o gravitación, en el supuesto de actividades de los particulares o administrados, requiera el control de la autoridad estatal.

Puede haber servicios públicos prestados por la Administración Pública –por sí o por concesionario–, cuya creación se deba a un acto ‘formal’ o a un hecho o ‘comportamiento’ de la autoridad pública [...] y también puede haber servicios públicos cuya índole de tales no derive de un acto estatal expreso o de un hecho o ‘comportamiento’ de la Administración Pública, sino de su propia naturaleza o esencia (servicios públicos ‘impropios’ o servicios públicos ‘virtuales’ u ‘objetivos’)²².

La importancia del servicio público, considerado como institución jurídica, es indiscutible.

Para Bielsa

“[...] la función pública es lo abstracto y general mientras que el servicio público es lo concreto, que se actualiza y materializa en la función. La función o actividad que originariamente pertenece al Estado puede ser ejercida por un particular por disposición de una norma jurídica”²³.

La seguridad en las relaciones jurídicas privadas y la constatación de los hechos para su prueba, no puede lograrse sin el ejercicio de las funciones de carácter público con que el Estado ha investido al escribano.

El nombramiento es el acto de autoridad que asigna a la persona la calidad o investidura; al carácter genérico de oficial o profesional a cargo de la función pública debe agregarse la competencia específica para otorgar el acto de que se trata. Las facultades otorgadas emanan de la ley así como también su competencia y su ejercicio.

²² Marienhoff, M., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 1966.

²³ Bielsa, R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1955, t. 1, p. 465 y t. III, p. 6 y ss., ed. 1964.

Capítulo 3: Acceso a la función notarial

1. Acceso a la función notarial en los países de notariado de tipo latino

Los requisitos de acceso a la función están legislados y reglamentados. Los regímenes no son uniformes en los países miembros del notariado latino.

El ingreso a la función notarial se concreta cumpliendo con las disposiciones que regulan las leyes orgánicas.

España, Italia y otros Estados europeos se distinguen por la severidad de los concursos y como consecuencia de ello por la alta jerarquía del cuerpo notarial.

En el país, en la provincia de Buenos Aires, desde la sanción de la Ley 6191, se ha implantado el sistema de concurso de antecedentes y oposición como vía directa para el acceso a la función.

Las leyes orgánicas exigen además del título de abogado o escribano la inscripción en la matrícula profesional a cargo del Colegio, el juramento y demás formalidades.

1.1. Notariado de número programado

El sistema de número programado es de vacantes limitadas y vinculadas numerariamente con los parámetros de población y tráfico económico. El ejercicio del notariado es restringido, por cupos. Ejemplos de ello encontramos en España, Italia y Francia.

a) El acceso se logra mediante riguroso concurso o prueba de idoneidad y antecedentes.

b) El número de registros por distrito territorial se fijará para llamar a concurso, teniendo en cuenta el número de habitantes, el tráfico escriturario y la incidencia que el movimiento económico tiene en la actividad notarial.

c) El ejercicio del notariado se desarrolla a través de vacantes limitadas con los parámetros mencionados, de manera que asegure al notario una existencia independiente y honorable.

La organización está estructurada de tal manera que puede asegurar que en ella ingresan justamente las personas que, por su sistema de preferencias, se hallan especialmente dotadas para el ejercicio de la profesión notarial, personas especialmente caracterizadas para el desempeño de la fe pública y el ejercicio del control de legalidad.

1.2. El notariado libre

El notariado libre permite ilimitado número de registros notariales pero se mantienen distintos requisitos para el acceso a la función que varían según las leyes de cada región. Se mantiene la colegiación y la demarcación territorial.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se desreguló el acceso a la función con la sanción del Decreto 2284/91, que proponía la adhesión de las provincias. La desregulación fue receptada en la mayoría de las provincias argentinas, aunque esto no era novedoso pues la experiencia ya existía en el país. Hay leyes provinciales que admiten un número ilimitado de registros, pero mantienen la reglamentación del acceso a la función mediante un examen de idoneidad a los aspirantes a registro.

Considero inconveniente el número ilimitado, pues atenta contra los fines del sistema. El control y la reglamentación del acceso a la función contribuyen a la seguridad jurídica.

2. Requisitos comunes para el acceso en el país

El Estado exige condiciones para el ejercicio del notariado a fin de asegurar la eficacia del servicio notarial.

Las provincias se reservaron el poder de policía (artículo 121 CN), razón por la cual las leyes orgánicas notariales de cada provincia regulan el ejercicio de la función notarial y de la profesión de escribano, organizan su desempeño en su ámbito, el acceso, además de la competencia, los deberes, requisitos generales y formales de los documentos notariales, el gobierno del notariado, la responsabilidad disciplinaria, ética, procedimiento y sanciones.

Los requisitos expresos y comunes para el acceso a la función en las distintas provincias, en general, son los siguientes:

- a) Ciudadanía, mayoría de edad, domicilio, residencia.
- b) Título de escribano o abogado expedido por universidad nacional, provincial o privada legalmente habilitada.
- c) Acreditación de buena conducta al matricularse; antecedentes y moralidad intachables.
- d) Carecer de antecedentes penales y no haber caído en concurso o quiebra sin rehabilitación.
- e) Aprobar el concurso de antecedentes y oposición o pruebas de idoneidad.

2.1. Requisito de ciudadanía

La Corte de Mendoza sostuvo que no es razonable *la exigencia* contenida en el artículo 77 inciso 2 de la Ley 3058 *de la ciudadanía* argentina en ejercicio para la adscripción en el registro notarial, porque la función del notario de ningún modo compromete la seguridad jurídica ni configura el ejercicio de una función pública estrechamente vinculada a la forma representativa de gobierno¹.

2.2. Requisito de residencia

La Corte de Mendoza también ha resuelto un caso interesante sobre el requisito de la residencia en la provincia, planteado por un escribano que al obtener la matriculación, solicitó la titularidad de un registro notarial, y peticionó expresamente al Consejo Superior que se abstuviera de aplicar la restricción

¹ SCJ Mendoza, Sala 3, 23/10/92, JA 1993-III-148.

establecida en el artículo 77 inciso c de la Ley 3058 modific. La cuestión se planteó sobre la Ley 6749, sosteniendo el actor que es una norma manifiestamente inconstitucional, y acompañó en apoyo de tal aseveración el dictamen de la Institución Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, dependiente del Ministerio del Interior.

La Corte contestó que tiene dicho (véase resolución del 18/8/1998, *LL* 1998-F-533 y *Rev. Notarial* 856-155) con apoyo en la jurisprudencia reiterada y constante de la Corte Federal, que:

“La reglamentación a que puede someterse el ejercicio de las profesiones liberales ofrece un aspecto esencial tratándose de los escribanos porque la facultad que se les atribuye de dar fe a los actos que celebren conforme a las leyes, constituye una concesión del Estado acordada por la calidad de funcionario o de oficial público que corresponde a los escribanos de registro” (CSN 14/4/98, Fallos 311:506, 23/6/92, Fallos 315:1381 y *JA* 1993-II-97; 13/8/98, *LL* 1999-E-23, *ED* 181-1082 y *Rev. del Notariado* n° 856-147). “Dado que el Estado provincial delega en el notario la fe pública, no parece manifiestamente irrazonable exigir una residencia por un período mínimo que permita al órgano delegante monitorear la conducta del delegado en el ámbito provincial. No se trata, entonces, de un período previsto por el legislador para que el notario ‘conozca’ las personas del territorio donde actúa, sino para que el Estado pueda controlar, durante un plazo razonable, la conducta de la persona a quien se le delegará una función tan esencial. La Corte Federal afirma, invariablemente, que declarar la inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, que constituye la última ratio del orden jurídico [véase, entre muchas, sentencia del 19/5/99, *JA* 1999-IV-371]”.

Esta pauta, en mi opinión, debe ser especialmente tenida en cuenta cuando la Sala actúa como mero órgano revisor, en instancias de naturaleza administrativa. No obstante que el requisito de la residencia está fijado en numerosas leyes locales (49 de La Pampa, 3718 de San Juan, 6200 de Entre Ríos, 3843 de Catamarca) algunas de las cuales, incluso, establecen plazos más largos (1340 de Río Negro, 4 años, 5732 de Tucumán, 3 años, etc.), se carece de antecedentes jurisdiccionales de la Corte Federal sobre el particular. Resuelve que la norma que exige ser nativo de la provincia o tener por lo menos dos años de residencia, no es inconstitucional.

2.3. Título habilitante

Es requisito generalizado, en la mayor parte de los países adheridos al notariado latino, demostrar la idoneidad en los conocimientos jurídicos a través del título universitario de abogado o de escribano.

El título debe ser otorgado por entidades universitarias nacionales o que pertenezcan al sistema legal de las universidades admitidas por el Estado. El calificativo del título es simplemente académico y, una vez cumplidos los requisitos y el procedimiento administrativo que señalan las leyes orgánicas, será habilitante.

2.4. Matriculación

La matriculación es la inscripción del título en el Registro Profesional y está a cargo de los Colegios de Escribanos. No importa designación ni habilita al ejercicio de la función.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a partir de la sanción de la Ley 404 sólo podrán matricularse quienes hayan obtenido la titularidad de un registro notarial o quienes se hallaren en condiciones de ser designados adscriptos. En el acto de la matriculación se imprime el carácter de título habilitante al título académico de idoneidad en materias jurídicas, por la decisión que lo acepta como tal.

La permanencia, suspensión o eliminación de la matrícula, se debe a acontecimientos y vicisitudes que tienen directa relación con el ejercicio de la función.

Es posible que exista matriculación en más de una demarcación territorial.

2.5. Colegiación

La colegiación es la corporación de individuos que ejercen una profesión, y con relación al notariado está concebida como una necesidad orgánica indispensable para su funcionamiento legal de gobierno y disciplina.

La colegiación se produce automáticamente con la designación a cargo de un registro notarial.

Por la colegiación:

- a) Se ingresa a la comunidad notarial.
- b) Se adquieren derechos y obligaciones establecidos en la ley.
- c) Se obtienen beneficios corporativos, como el servicio de salud y la jubilación de la respectiva Caja Profesional.

Los Colegios de Escribanos, actuando por delegación del poder de policía, controlan la matrícula profesional, ejercen el poder disciplinario, son formadores de la conciencia profesional, ejercen la dirección y vigilancia de los colegiados.

La Suprema Corte de Buenos Aires dijo:

“Los Colegios profesionales a cuya institucionalización ha procedido la legislación bonaerense, delegándoles en cierta medida el ejercicio de poder de policía, están precisamente por ellos sujetos a un control estatal más intenso que las personas jurídicas que no ejercen tales funciones. En ausencia de previsión legal explícita debe resolverse que la atribución de intervenir un Colegio profesional pudo ser ejercida válidamente por el Poder Ejecutivo por aplicación a la lógica de lo dispuesto por el artículo 48 del CC cuya reforma 17.711 vino en este aspecto a legitimar una atribución de éste que la práctica había impuesto, y de la habilitación similar conferida por la Ley 9020, artículo 102, en cuanto al Colegio notarial (artículos 159 CN y 16 CC)”².

2.6. Investidura

La investidura es el acto administrativo por el cual el organismo competente pone en el cargo al notario para el ejercicio de la función.

La designación resulta mediante un proceso en virtud del cual el Presidente del Colegio o en ausencia de éste un miembro del Consejo Directivo, pone al notario en posesión de su cargo para el ejercicio de la función notarial como titular o adscripto.

El acceso a la función debe estar a cargo de los Colegios respondiendo a la necesaria descentralización de facultades administrativas.

La Cámara Nacional en pleno ha entendido:

² SCBA, 3/11/81, *Revista del Notariado* 862/868.

“La fe pública es pues una soberanía del Estado, delegada en determinados funcionarios. Si la fe pública es potestad del Estado, el ciudadano llamado a su ejercicio, ha de serlo necesariamente por delegación del Estado, y esta delegación le convierte, por imperio de la ley en funcionario del Estado, en funcionario público [...] *Al escribano público lo inviste el poder administrativo o ejecutivo*, al secretario del juzgado de Cámara o de Corte lo designa el Poder Judicial, pero ni uno ni otro pueden ejercer funciones notariales mientras esta investidura, esta delegación del Estado le sea discernida en la forma y en las condiciones previstas por la ley. Queda establecido que no existe escribano –en el concepto que le asigna la Ley 12.990– sin previo discernimiento del cargo por autoridad competente y en nombre del Estado”³. (Las cursivas son nuestras).

El acto de investidura contiene, además de la constancia de admisión, la delimitación de la competencia territorial, mientras que la competencia material deviene de la ley orgánica misma que instituye la existencia del notariado. Computa la nacionalidad de origen, por nacimiento, por opción o por naturalización, la inexistencia de causales de inhabilidades, incapacidades e incompatibilidades, situación ésta que debe mantenerse también durante la etapa del ejercicio.

El acto administrativo de investidura, por sí, no implica la definitiva aptitud para el ejercicio, pues aún debe cumplir con los requisitos de asunción que complementan las seguridades y el sometimiento a la autoridad de contralor.

El escribano debe:

- a) Declarar bajo juramento no estar comprendido en el régimen de incompatibilidades ni inhabilidades.
- b) Estar matriculado en el Colegio.
- c) Haber sido designado titular o adscripto a un registro notarial.
- d) Prestar juramento en audiencia especial, ante la autoridad del Colegio, de desempeñar con honor las funciones notariales.
- e) Afianzar el cumplimiento de sus obligaciones por el monto, en la forma y de acuerdo con la reglamentación.
- f) Registrar su firma y sello en el Colegio y en el Juzgado Notarial en el caso de la provincia de Buenos Aires.

³ CNC en pleno, 6/4/48, *JA* 1949/I, p. 443.

2.7. Juramento y fianza

El juramento, la fianza, el registro de firmas y sello y recepción de protocolo son los pasos para comenzar el ejercicio de la función.

El juramento se presta ante el Presidente del Colegio de Escribanos a través de una sencilla ceremonia, y por virtud de la fórmula que éste lee, y luego de la afirmación del juramento suscriben de conjunto en un solo y único acto⁴.

La fianza ha sido postulada por el legislador por razones de garantía para el cumplimiento de determinadas obligaciones. Se exige como una garantía dada a favor de los otorgantes de escrituras y actas públicas, en atención al hecho de que el notario puede ocasionar daños y perjuicios a los propios otorgantes, o a terceros, y por razón de las multas legales que le fuesen impuestas por el mal desempeño de la función pública. La fianza puede otorgarla el propio escribano, o un tercero, y ser real o personal.

A poco que se medite se deduce que ante la importancia y dimensión de los valores en juego, por un lado, y el proceso de inflación de la moneda por el otro, la garantía ofrecida por la fianza que fijan las leyes orgánicas disminuye considerablemente. Este punto de vista de la fianza resulta más de orden moral que efectiva. Como solución al problema, en el medio se ha sugerido reemplazarla por la contratación de un seguro que cubra el importe que la ley, o una resolución del Colegio, fijase como mínimo.

La fianza notarial parece tener su antecedente histórico en la Ley VII, Título IX de la Partida 2^o, en cuanto ésta disponía que los escribanos debían ser "*omes que ayan algo, porque por mengua non hayan a facer cosa que les esté mal; e otrosí a quien pueda caloñar yerro, si lo finieren*"⁵.

2.8. Registro de firma y sello

2.8.1. La firma privada es signo de prueba, la firma pública es sello de solemnidad. La firma del escribano es rigurosamente indispensable, importa una

⁴ Dada la libertad de cultos reconocida por la Constitución Nacional, el juramento se puede prestar invocando la patria y el honor, o poniendo por testigo a Dios y a los Santos Evangelios.

⁵ Neri, J., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, t. II, Buenos Aires, ed. Depalma, 1980, p. 110.

formalidad esencial, pues sin ella no hay instrumento público. Es obvio que siendo el escribano público autenticador del acto pasado ante él, mal puede concebirse que haya pronunciamiento de fe pública si el acto carece de su firma.

Dado que la firma del escribano es una expresión de su nombre y apellido y reviste la configuración técnica de su letra a fin de que se defina e individualice como habitual y exclusiva, las leyes orgánicas del notariado han impuesto su registración en el registro de la matrícula que lleva el Colegio.

2.8.2. El sello es una abstracción derivada del derecho antiguo que simboliza autoridad. Es un accesorio de la firma más que un distintivo profesional, es un símbolo. Materialmente expresa el nombre y apellido y su título universitario, en algunos casos se agrega el número de registro. La estampación del sello al lado de la firma importa testimoniar la presencia del poder público.

3. Régimen de acceso en la provincia de Buenos Aires

La Ley orgánica notarial de la provincia de Buenos Aires establece que es competencia del Poder Ejecutivo la creación y cancelación de los registros y la designación y remoción de sus titulares y adscriptos, en el modo y forma establecidos en ella.

Los registros y protocolo son de propiedad del Estado y el número de registros de cada distrito notarial o partido de la Provincia se fija con relación al de habitantes, al tráfico escriturario e inmobiliario y a la incidencia que el movimiento económico de la población tenga en la actividad notarial. Los registros llevan número correlativo dentro de cada distrito.

3.1. La ley 9020 prevé dos formas para acceder a la función notarial: 1) Acceso por titularidad: a) por discernimiento del concurso de oposición y antecedentes, b) del adscripto a la titularidad por la vacancia del registro, y el transcurso del tiempo en la adscripción (artículo 15 Ley 9020). 2) Acceso por adscripción.

3.2. Cualquiera sea el procedimiento de acceso a la función, el interesado deberá cumplir con la *matriculación* o inscripción del título en el registro profesional, y deberá acreditar lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires: a) identidad con documento de ley; b) constituir domicilio especial en la Provincia, y en caso de tener domicilio real en otra provincia deberá constituir domicilio legal en la provincia de Buenos Aires; c) título de abogado, que es extensible a título de escribano.

3.3. La ley 9020, contempla el registro de aspirante. Justificados los recaudos precedentes el interesado podrá inscribirse en dicho registro para lo cual deberá acreditar: a) mayoría de edad; b) ciudadanía argentina nativa o por naturalización; c) buena conducta.

El artículo 15 inciso a del nuevo Reglamento Notarial establece la acreditación de la buena conducta mediante: 1) declaración efectuada por acta notarial por no menos de tres notarios en actividad o retirados de la provincia de Buenos Aires, 2) informe expedido por la Delegación del Colegio del lugar del domicilio real del peticionante, 3) por el Colegio Notarial del lugar del domicilio del interesado si no reside en la provincia.

Una vez verificados estos requisitos, el aspirante a notario se encuentra habilitado para su nombramiento como notario titular o adscripto.

3.4. Titularidad por concurso

La forma directa es mediante el discernimiento del concurso de oposición y antecedentes.

El llamado a concurso se efectúa por resolución del Poder Ejecutivo a propuesta del Colegio de Escribanos y consiste en un examen escrito y un examen oral sobre temas jurídicos notariales, cuyo resultado final será determinado teniendo en cuenta los resultados de las dos pruebas, y en la provincia como en otras legislaciones locales, computando además los antecedentes de los concursantes de acuerdo a lo preceptuado por el Reglamento Notarial.

Los concursos son públicos, la evaluación está a cargo de un tribunal calificador convocado al efecto y las decisiones son inapelables.

3.5. Titularidad indirecta

Compartimos la opinión de la doctrina que sostiene que el acceso directo a la titularidad del registro por parte del adscripto en caso de vacancia, importa un premio a la colaboración y a la lealtad a la par que un reconocimiento a la capacitación adquirida respecto del funcionamiento y manejo de esa concreta notaría.

4. Régimen de acceso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

4.1. A partir de la sanción de la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 15 de junio de 2000, según el artículo 33, el número de registros se fijará en relación con el de habitantes, con el tráfico escriturario y con la incidencia que el movimiento económico de la población tenga en la actividad notarial.

4.2. Los registros y protocolo son de Propiedad de Estado y su número se fijará en relación con el de habitantes, con el tráfico escriturario y con la incidencia que el movimiento económico de la población tenga en la actividad notarial, determinación que se efectuará cada cinco años como máximo por el Poder Ejecutivo sobre la base de los datos estadísticos suministrados por una comisión especial creada al efecto e integrada por dos representantes del Poder Ejecutivo y dos por el Colegio de Escribanos. El Colegio podrá proponer al Poder Ejecutivo la modificación del número de registros y en tal caso la comisión deberá expedirse dentro del plazo de noventa días contados desde su convocatoria por el Poder Ejecutivo. El número básico de registros no podrá ser inferior a la cantidad existente al momento de la entrada en vigencia de esta ley.

4.3. En todos los casos compete al Poder Ejecutivo la designación del titular de cada registro. La nominación recaerá en el ganador del concurso de oposición y antecedentes, que se efectuará en cada caso, y cuyo resultado será comunicado por el Colegio de Escribanos al Poder Ejecutivo.

De existir registros vacantes, el concurso se realizará una vez al año y comenzará durante el mes de abril.

La oposición se realizará mediante una prueba escrita y otra oral sobre temas jurídicos de índole notarial, de acuerdo con el programa que elaborará el Colegio de Escribanos y que aprobará el Tribunal de Superintendencia. Ambos exámenes serán rendidos ante el jurado, integrado por un miembro del Tribunal de Superintendencia –quien lo presidirá–, un profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, designado por ésta, un notario designado por la Academia Nacional del Notariado, un representante del Poder Ejecutivo y un escribano en ejercicio del notariado, nominado por el Colegio de Escribanos. Los organismos, instituciones y entidades mencionados deberán designar, además, dos miembros alternos que podrán actuar en forma indistinta en reemplazo de los titulares. El presidente del jurado podrá completar la formación de éste en defecto del nombramiento de alguno de sus integrantes. Los miembros del jurado no podrán ser recusados.

El jurado calificará las pruebas entre uno y diez puntos. La calificación será inapelable.

Será ganador del concurso el aspirante que, calificado con no menos de siete puntos en cada una de las pruebas escrita y oral, obtenga el mayor puntaje en la suma de aquéllas y los asignados por antecedentes, lo que será determinado por el mismo jurado.

4.4. El Poder Ejecutivo procederá a reglamentar los concursos y las reválidas dentro de las normas establecidas por esta ley.

Designado un escribano de registro, titular o adscripto, el Poder Ejecutivo comunicará su nombramiento al Colegio a efectos de prestar el juramento de ley y tomar posesión del cargo en la forma prevista por este cuerpo legal, y registrar la firma y sello que utilizará en el ejercicio de su función.

4.5. En el marco de la legislación anterior, se planteó una cuestión judicial por un escribano autorizado de la Ciudad de Buenos Aires, pues la resolución 1104/91 del Ministerio de Justicia establece que, a diferencia de los escribanos adscriptos, los escribanos autorizados sólo pueden acceder a la titularidad de un registro notarial previa aprobación de la evaluación de idoneidad. La Cámara Nacional Civil entendió:

“[...] que no vulnera la garantía constitucional de la igualdad ya que, por un lado, las diversidades existentes entre ambas categorías autorizan al legislador a brindarles tratamientos distintos sin afectar por esa sola circunstancia la garantía consagrada en el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

Tratándose de la selección de escribanos titulares de registros, últimos responsables de los actos otorgados, entre ellos y principalmente las escrituras públicas, no resulta irrazonable, en vistas al aseguramiento de la idoneidad de un cargo que implica el cumplimiento de una función pública, la exigencia de una experiencia profesional específica en tales actos para los cuales se encuentran habilitados los adscriptos y no los autorizados. Se trata, en definitiva, de un tópico que remite a la valoración de circunstancias propias del ejercicio profesional del notariado, en el cual los jueces no pueden sustituir a la autoridad legislativa en sus criterios de conveniencia y oportunidad. La exigencia de la evaluación prevista en la resolución 1104/91 del Ministerio de Justicia para el otorgamiento de la titularidad de un registro no implica una lesión al derecho de propiedad de los escribanos autorizados, pues la condición de tales no entraña el derecho de acceder en forma directa a dicha titularidad y, por ende, no puede considerárselo incorporado a su patrimonio. Máxime que, supuesto el requisito constitucional de la idoneidad para el desempeño de los empleos, la naturaleza de la función notarial y las responsabilidades propias del regente de un registro, la referida evaluación dista de ser irrazonable”⁶.

5. Inhabilidades e incompatibilidades

5.1. Definición y fundamento

Las inhabilidades son causales de prohibición para ejercer las funciones notariales por determinadas características personales.

Acquarone entiende que las inhabilidades son aquellas que atentan contra la eficacia del ejercicio profesional o lesionan o pueden lesionar la dignidad del notariado. La inhabilidad afecta la eficacia del servicio por los que son imperativos del acceso a la función aunque también pueden ser sobrevinientes⁷.

⁶ CNCiv, Sala I, “Schitman A. c. Estado Nacional s/ nul. Acto Adm.”, JA 2001-576.

⁷ En Ponencia a la XX Jornada Notarial Argentina, 1985.

Las incompatibilidades garantizan la dedicación exclusiva y la imparcialidad en el ejercicio de la función. Las incompatibilidades y las inhabilidades tienen su fundamento en el deber de imparcialidad, en la aptitud del notario y en la dedicación a la función.

5.2. Causas de inhabilidad

Son inhábiles para ejercer la función o estarán privados temporalmente o definitivamente de ella:

a) Los incapaces e inhabilitados del artículo 152 bis. El artículo 16 de la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires establece que no pueden ejercer funciones notariales quienes tuvieran una restricción o alteración que, a criterio del Tribunal de Superintendencia, impida el desarrollo pleno de la actividad que requiere el ejercicio de la función.

b) Los que padezcan defectos físicos o mentales debidamente comprobados judicialmente que importen un impedimento de hecho.

c) Los encauzados por delitos no culposos desde que hubiese quedado firme la prisión preventiva y en tanto ésta se mantenga. En la provincia de Buenos Aires, si por eximición legal la prisión no se hubiere hecho efectiva, el juez notarial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podrá diferir la suspensión del imputado en el ejercicio de sus funciones, por el término que estime prudencial. En la Ciudad de Buenos Aires si por eximición legal la prisión no se hubiera hecho efectiva, el Tribunal de Superintendencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podrá diferir la suspensión del imputado en el ejercicio de sus funciones por el lapso que estimare prudencial.

d) Los condenados dentro o fuera del país por delitos no culposos, mientras dure la condena y sus efectos. Si el delito hubiere sido contra la Administración Pública, excepto el de desacato, se agrava.

e) La inhabilidad será perpetua y definitiva en el supuesto de que el delito hubiere sido contra la propiedad o la fe pública.

f) En la provincia de Buenos Aires se prohíbe el ejercicio a partir de los 75 años de edad.

g) En la provincia de Buenos Aires los fallidos y concursados, hasta cinco años después de su rehabilitación y en la Ciudad Autónoma los fallidos no rehabilitados.

h) Los inhabilitados por mal desempeño de sus funciones en cualquier Colegio de la República.

i) Los destituidos o privados de la función notarial en cualquier país o del extranjero.

La Corte Suprema se expidió sobre la constitucionalidad de la inhabilidad para el ejercicio en razón de la edad y dijo:

“En efecto, el artículo 32 inc. 1° del Decreto-ley 9020/78, que dispone *una suerte de presunción juris et de jure de que quienes alcanzan la edad allí prevista se encuentran incapacitados para ejercer la función notarial, resulta arbitrario debido a su generalidad y su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional. Que la arbitrariedad de la norma en cuestión surge, en primer lugar, de que la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada; y, por otra parte, porque si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del Decreto-ley 9020/78, conforme a las cuales son inhábiles para el ejercicio de funciones notariales los incapaces y los que padezcan defectos físicos o mentales debidamente comprobados que a juicio del juez notarial importen un impedimento de hecho (art. 32, incs. 2° y 3°). Esas disposiciones posibilitan separar a los escribanos del ejercicio de las delicadas funciones que les han sido delegadas, por lo que se encuentran asegurados los medios para proceder así en los casos en que se genere una real inhabilidad de cumplir aquéllas en condiciones adecuadas. Que la disposición impugnada afecta el derecho de trabajar consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella por su art. 75, inc. 22, en particular el art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo; 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo; y 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que*

se reconoce el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido. *Que asimismo la igualdad se ve alterada pues el legislador ha establecido, sin razón atendible, una discriminación en perjuicio de los escribanos que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquéllos (por ejemplo, los abogados, los médicos, los ingenieros, etc.).* Es que mientras no existen trabas para el ejercicio de las demás profesiones cualquiera que sea la edad que hayan alcanzado los profesionales, la limitación impuesta a los escribanos por el solo hecho de llegar a los 75 años les impondría en la práctica una incapacidad de trabajar, ya que no es concebible que después de haber dedicado su vida a la actividad notarial tengan entonces que iniciar otra nueva y diferente para la cual obviamente no estarían preparados. Que, por último, es menester distinguir el problema planteado en autos de los que motivó la causa de Fallos 307:1964, en la que se consideró válida la disposición de la Ley 22.207 que establece el cese de los profesores de universidades nacionales a los 65 años de edad, pues —al margen de su acierto o error— regula una situación diversa: por una parte se refiere a un aspecto especial de la relación de empleo público y no al desempeño de una profesión, y, por otra, no establece una incapacidad absoluta sino que se refiere sólo a los profesores ordinarios y permite acceder a las de profesor emérito y profesor consulto a que se refieren los arts. 14 y 15 de la misma ley”⁸. (Las cursivas son nuestras).

La Suprema Corte de Buenos Aires dijo:

“Al modificarse la ley de concursos ya no puede ser aplicada la Ley 9020 con el alcance que tenía antes de la modificación. No puede rehabilitarse al actor sino se le ha declarado la quiebra. Teniendo en cuenta que el Estado le concede la calidad de funcionario público es que a partir de la declaración de apertura del concurso que se operan los efectos del mismo, su estado de cesación de pagos y las inhibiciones y prohibiciones que por ministerio de ley debe establecerse, la decisión del *a quo* debe ser confirmada y los agravios del recurrente constituyen una mera opinión personal y subjetiva sobre la auténtica interpretación de las normas en juego”⁹.

⁸ CSJN, “Franco B. c. Pcia. Bs. As.”, 12/11/2002, JA 2003/I-464.

⁹ SC Bs.As., ED 130-679.

5.3. Incompatibilidades: enumeración y excepciones

Es incompatible el ejercicio del notariado:

- a) Con el ejercicio de otras profesiones, en cualquier parte que éstas se realicen.
 - b) Con el ejercicio del comercio por cuenta propia o ajena en el carácter de auxiliares.
 - c) Con empleos o cargos judiciales, militares o eclesiásticos.
 - d) Con el ejercicio de funciones notariales en otra demarcación.
- Existen excepciones a las incompatibilidades:
- e) Es posible el ejercicio de la abogacía en causa propia o como patrocinante de un familiar.
 - f) Desempeñar cargos o empleos que importen el ejercicio de funciones notariales o registrales, los de carácter docente, y los de índole literaria, científica o artística dependiente de academias, bibliotecas, museos o institutos de ciencias, artes y letras.
 - g) Desempeñarse como director o subdirector de Registros públicos.
 - h) Los cargos de directores de organismos nacionales, provinciales y municipales.
 - i) La tenencia de acciones y los cargos de directores, síndico o miembro del Consejo de Vigilancia en sociedades de ese tipo.

5.4. Necesidad de una reforma legislativa

El ejercicio de la función notarial debe estar garantizado para no quebrantar el rol del notario en la sociedad, el deber de imparcialidad en el desarrollo de la actividad y para evitar que el desempeño simultáneo de otras tareas o funciones permita dudar acerca de aquélla. Sólo si hay riesgo de falta de imparcialidad cabe la incompatibilidad.

Solari¹⁰ propuso una modificación a la ley orgánica del siguiente tenor:

“El desempeño de la función es incompatible con cualquier actividad pública o privada que pueda afectar la imparcialidad del escribano o la adecuada atención

¹⁰ Solari, O., “Incompatibilidades notariales”, *Revista del Notariado* n° 807.

de las tareas notariales. En forma expresa, pero dentro de esas limitaciones, se declara compatible el ejercicio del comercio, la atención de negocios inmobiliarios, el de otras profesiones liberales, incluso abogacía y el de la función notarial en otras jurisdicciones. La incompatibilidad, en su caso, debe entenderse con el ejercicio simultáneo del notariado con la actividad incompatible; pero el Colegio podrá conceder licencias en la función notarial, para que los escribanos puedan desempeñar tales actividades por lapsos determinados”.

Asegurar la imparcialidad y la dedicación adecuada es el límite a que deben ceñirse las incompatibilidades, imponerlas por otras razones afecta el derecho de trabajar amparado por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Los cambios del mundo actual exigen que el notario amplíe las incumbencias ejerciendo su función con una dedicación adecuada y no necesariamente exclusiva.

En leyes extranjeras como la francesa sólo existe incompatibilidad con el ejercicio del poder judicial, el de comisario de gobierno, o el desempeño como abogados u oficiales de justicia. Restricciones escasas en materia de incompatibilidades con el cargo también las encontramos en la legislación austríaca.

5.5. En la XX Jornada Notarial Argentina¹¹ se sostuvo:

“[...] 1) Las incompatibilidades, las inhabilidades y las prohibiciones son restricciones que afectan únicamente a la actividad fedante y no a su desempeño como profesional de derecho. Se fundan en el deber de imparcialidad, en la aptitud del notario y en la dedicación a la función. La interpretación debe ser estricta. 2) Coartar el libre acceso, a la dirigencia, a sus actividades comerciales o a las funciones públicas es negarle lo que se concede a otros profesionales. 3) Es recomendable la sustitución del criterio de dedicación exclusiva por el de dedicación adecuada. 4) La abogacía y la procuración es compatible en causa propia o de su cónyuge, ascendientes y descendientes. También son compatibles los actos procesales [...] 5) Negocios inmobiliarios: Mayoría: debe mantenerse la actual incompatibilidad. Minoría: (Corrientes y Entre Ríos) propició permitir la intermediación inmobiliaria. 6) Permitir el acceso a las sindicaturas (artículo 285, ley 19550)”.

¹¹ Celebrada en Corrientes en el año 1985.

6. Reválida o permanencia en el cargo

El notario está comprometido como operador del derecho a su capacitación permanente. En un mundo versátil y creciente, como advierte el maestro Morello¹², cada plaza es el reconocimiento de eficacia probada en que todos los trabajadores deben dar examen continuamente y ganarse la calificación más alta porque ya no sirve tener puntaje medio cuando todo empuja aceleradamente a la reconversión y al entrenamiento constante. Es imprescindible la prueba de eficacia cuando se trata de la prestación del servicio notarial.

La provincia de Mendoza, a partir de la Ley 6749/00 modificatoria de la Ley 3058, orgánica del notariado, exige un Régimen de Capacitación Permanente del notario, que deberá cumplir obligatoriamente, de acuerdo a la cantidad de años de ejercicio en la función. El incumplimiento de esta obligación será meritado por el Consejo Superior, que podrá aplicar sanciones previstas en la norma y comunicarlo a la Inspección Notarial que a su vez elevará el informe a la Suprema Corte de Justicia. La sanción por incumplimiento de esta obligación será la suspensión en el ejercicio hasta tanto se acredite su efectivo cumplimiento.

Otras provincias del país siguen la normativa en este aspecto.

La ley orgánica del notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, número 404 según texto de la ley 1541, establece lo siguientes:

Artículo 29. Además de lo establecido por esta ley, su reglamentación y toda otra disposición emanada de los poderes públicos o del Colegio de Escribanos, atinentes al ejercicio de la función notarial, son deberes de los escribanos de registro: ...r) Cumplir los requisitos de actualización permanente previstos en el artículo 39. (Conforme texto artículo 1 de la Ley N° 1541, BOCBA 2111).

Según el artículo 38: El Colegio de Escribanos deberá realizar cursos de actualización ante todo cambio en la legislación de fondo vinculada en forma directa con el ejercicio de la función notarial, en su sede o en otra institución. (Conforme texto artículo 3 de la Ley N° 1541, BOCBA 2111.) Y en orden al artículo 39. El Colegio de Escribanos debe dictar no menos de dos cursos de actualización por año de carácter obligatorio para todo escribano titular o adscrito a un registro, los que se realizarán conforme a las siguientes pautas: a) El contenido será determinado por el Colegio de Escribanos, de acuerdo con

¹² Morello, A. M. A., “La habilitación profesional para ejercer la abogacía”, RCA 6051, agosto 1997.

las novedades legislativas y cambios en las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales vinculadas a temas jurídico - notariales. Asimismo, será notificado al Tribunal de Superintendencia y al Poder Ejecutivo. b) Para su aprobación se requerirá la asistencia del setenta y cinco por ciento de las clases dictadas. El escribano que no cumpliera con la asistencia obligatoria dispuesta por el Colegio a tres cursos de actualización consecutivos o seis alternados incurrirá en falta grave, salvo caso de fuerza mayor debidamente justificada.

c) Serán dictados por profesores universitarios, escribanos de registro y por profesionales con reconocidos antecedentes. d) El Colegio de Escribanos es competente para regularlos y efectuar su planificación con diversidad de horarios y fechas para compatibilizarlos con la cantidad de cursantes e integración del cuerpo docente. Todos los cursos de actualización de carácter obligatorio serán gratuitos (conforme texto artículo 4 de la Ley N° 1541, BOCBA 2111).

7. Escribanos a cargo de registros notariales

Notario es el profesional del derecho que conforme a las prescripciones legales se encuentra habilitado para actuar en un registro notarial.

El escribano de registro es el profesional con título universitario de abogado –en algunas provincias de escribano– a cargo de un registro de contratos públicos, habilitado para el ejercicio de la función pública por la autoridad competente, como titular o adscripto.

En este sentido la Corte Suprema¹³ dijo:

“[...] aún después de obtenido el respectivo título, el ejercicio de la profesión de escribano no reviste el carácter absoluto, atento que la ley del notariado lo supedita a la obtención de uno de los Registros creados por el Poder Ejecutivo o de una adscripción, ya que constituye el único camino para acceder al ejercicio de la actividad tratándose de limitaciones al ejercicio de la profesión liberal que resultan esenciales por la facultad que le atribuye la ley de dar fe de los actos que autorice”.

¹³ CS, 13/8/98, Colegio de Escribanos, LL 1999 E-22.

Según la Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, sólo es notario quien conforme a sus prescripciones se encuentra habilitado para actuar en un registro notarial de la provincia.

Según la Ley 404, de la Ciudad de Buenos Aires, se considera notario de registro al investido de la función notarial por su designación como titular o adscripto. Solamente los escribanos de registro son colegiados. Sólo podrán matricularse quienes hayan obtenido la titularidad de un registro notarial o quienes se hallaren en condiciones de ser designados adscriptos según los requisitos legales.

7.1. Titulares

Titulares son los notarios a cargo de un registro notarial, designados por resolución del Poder Ejecutivo con las formalidades señaladas en las leyes locales.

El procedimiento para acceder a la titularidad de un registro notarial debe estar minuciosamente legislado y reglamentado.

El notario titular es el responsable directo de la conservación y guarda del protocolo.

7.2. Adscriptos

La adscripción es una creación argentina. Las leyes orgánicas de algunas provincias facultan al escribano titular a proponer uno o más escribanos adscriptos para actuar en su registro siempre que reúnan los requisitos legales. La institución nace por el principio de notariado *clauso*.

Las leyes orgánicas regulan los requisitos y condiciones que debe cumplir el aspirante a la adscripción, establecen los derechos, atribuciones, deberes y responsabilidades de los adscriptos.

♦ Son nombrados por resolución del Poder Ejecutivo, previo informe y control del Colegio de Escribanos y a propuesta del titular.

Tiene igual competencia que el titular, actúa en la oficina de éste y en el mismo protocolo y bajo su vigilancia. El titular es responsable solidario de los actos del adscripto.

Cesa en sus funciones a pedido del titular, por renuncia y en caso de violación de la obligación de compartir el local profesional con su titular. Reemplazará al titular en caso de ausencia, enfermedad o cualquier otro impedimento transitorio.

El adscripto sólo sucede al titular por renuncia, incapacidad total o fallecimiento de éste, si reúne los requisitos que determina la ley orgánica.

7.3. Suplentes

El titular tiene la facultad de proponer la designación de suplente en caso de ausentarse del registro notarial.

El suplente está a cargo hasta que reasuma sus funciones el titular en uso de licencia. El titular responde subsidiariamente de la actuación del suplente (conf. Ley 9020 artículo 23).

7.4. Subrogante

Los escribanos titulares podrán proponer un notario subrogante que deberá ser escribano de registro y que podrá actuar en todo momento en el registro del subrogado con sus mismas facultades.

De existir adscripto, la actuación del subrogante es admitida en caso de enfermedad, ausencia o impedimento transitorio del titular y de los adscriptos. El subrogante es responsable por los actos que autorice.

7.5. Interinos

En caso de vacancia del registro por renuncia, incapacidad o fallecimiento del titular, hasta tanto se llame a concurso, el adscripto se desempeña como interino en forma temporal.

Según el reglamento notarial de la Ciudad Autónoma, de no contar el registro con adscripto ni subrogante, la propuesta de un interino deberá fundarse y ser elevada al Tribunal de Superintendencia quien decidirá, y en su caso deberá recaer en un notario de la misma demarcación.

8. Convenciones entre escribanos titulares y adscriptos

Son admitidos convenios entre titulares y adscriptos sobre la participación en los honorarios y por gastos de oficina, con obligaciones y derechos recíprocos.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se admite que los convenios excedan el plazo de cinco años desde la muerte de cualquiera de ellos.

Están prohibidas las convenciones que impliquen abonar un precio o contraprestación por la designación como adscripto, como asimismo las que estipulen una participación del titular del registro en los honorarios del adscripto sin reciprocidad. En estos casos, además de la nulidad corresponderán las sanciones disciplinarias.

9. Escribanos sin registro

9.1. Escribanos autorizados

En la Capital Federal se creó la figura de los escribanos autorizados, que son escribanos matriculados sin ser de registro, legalmente habilitados para el ejercicio de ciertas funciones notariales acotadas a tareas extraprotocolares como son las actas y las certificaciones de firmas fuera del protocolo por cuanto carecen de él. Las normas que se refieren a esta categoría son el Decreto 2593/62 y el Decreto-ley 12454/57 que modificó a la Ley 12.990 y la Ley 22.171/80.

9.2. Aspirante a notario

En la provincia de Buenos Aires existe la figura de aspirante a notario. Aspirantes a notarios son los escribanos matriculados –no son ni titulares ni adscriptos a un registro–, que no pueden ejercer funciones notariales hasta tanto accedan a la titularidad o adscripción a un registro del territorio.

9.3. Escribano referencista

Son escribanos encargados de hacer estudios de títulos inmobiliarios, investigando los antecedentes de éstos. Es una función delicada que exige un integral conocimiento del derecho así como experiencia notarial.

La jurisprudencia ha entendido que:

“Los escribanos con título habilitante expedidos por universidades nacionales pueden formar parte de las listas que deben confeccionar las cámaras civiles de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 27, Ley 12.990, no obstante el hecho de que no sean titulares o adscriptos a un registro notarial”¹⁴.

10. Escribano de gobierno

El escribano de gobierno ejerce una función pública notarial, pero sólo en cuanto a los actos en que intervenga el Estado.

Pondé nos dice que las Escribanías Generales de Gobierno germinaron merced al decreto de Mitre del 21/8/1863 y el mal ejemplo se extendió por todo el territorio argentino, con lo que esas leyes locales vienen a injertar en el Código Civil un instituto jurídico que le es ajeno, cual es el Escribano General de Gobierno como hacedor de escrituras públicas. Esto representa nada menos que pretender modificar el Código Civil mediante leyes locales. Es que tampoco es escribano público el llamado Escribano General de Gobierno, ya que no supera la categoría de empleado público; no es ni siquiera funcionario público porque no representa al Estado, que es una de las caracterizaciones del funcionario público que requiere el derecho administrativo.

La Ley 21.890 destaca la situación de dependencia en su artículo 1º: “La Escribanía General de Gobierno de la Nación, dependerá del Ministerio de Justicia” y el 7º remarca su condición de empleado público por su “carácter de agente de la administración pública”.

Para eliminar dudas en cuanto a que es empleado público destaco que es nombrado y también relevado discrecionalmente por el Poder Ejecutivo, su cargo

¹⁴ CNCiv Pleno, 5/10/48, JA 1949-I, p. 443.

y la retribución están previstos en el Presupuesto, hace aportes previsionales como empleado y no como empleador, disfruta de vacaciones pagas, viáticos, licencia con goce de sueldo por matrimonio, enfermedad o luto, y el Estado responde por sus hechos u omisiones. Por lo tanto, el Escribano General de Gobierno ni es escribano público ni es otro de los funcionarios a que se refiere el artículo 997 del Código Civil.

Existen el Escribano General de Gobierno de la Nación, que atiende las cuestiones del Estado Nacional, y en los estados provinciales el Escribano General o Mayor con jurisdicción en las provincias, y sus funciones están reglamentadas en las leyes específicas.

Capítulo 4: Competencia

1. Concepto

La competencia es una aptitud funcional atribuida a un sujeto u órgano para entender con plena eficacia en un asunto dado.

Bielsa sostiene que competencia “denota un poder legal atribuido al órgano del Estado o de otra institución por él reconocida, para actuar, decidir o ejecutar en un poder (constitucional) un órgano, sea jurisdiccional o no”.

Para Carnelutti la competencia es la extensión de poder que pertenece o compete a cada oficio o profesión.

1.1 Competencia del notario en el Código Civil

La competencia del notario está regulada en el Código Civil y en las leyes orgánicas notariales que reglamentan la actividad.

Según el artículo 980 del Código Civil:

“Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto de la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la

República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubieren otorgado (párrafo agregado por la ley 24.441)".

Conforme el artículo 985 del Código Civil:

"Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asuntos en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido".

Conforme a la normativa decimos que el notario actúa cuando es requerido para la documentación de hechos o actos que corresponden a su competencia:

- a) por razón del lugar (distrito de su registro);
- b) por materia (comprende la posibilidad de efectuar la documentación auténtica de todo hecho, acto o negocio, del cual resulten, o puedan resultar, situaciones o relaciones jurídicas que tengan por objeto crear, conservar, transferir, modificar o extinguir derechos de carácter privado que pueden invocar y ejercer los particulares, con exclusión de asuntos sometidos a la competencia de las autoridades judiciales o administrativas, excepto supuestos de competencia concurrentes);
- c) por razón de las personas, el notario no puede intervenir cuando median impedimentos por razón de parentesco, o personales, o cuando existen prohibiciones legales que impiden su actuación.

Por ello Pelosi¹ nos dice que:

"La competencia notarial es límite de ejercicio, toda vez que determina el derecho o inhibición para que un escribano actúe en ciertos asuntos, ya sea en razón de la materia o del ámbito geográfico en que puede intervenir y también en relación con las personas que sean sujetos negociales o instrumentales del acto sometido a su autorización y, finalmente, del interés personal que pueda tener en él".

¹ Pelosi, C., *El documento notarial*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1987.

2. Competencia en razón de la materia

Existen distintos caminos para delimitar la competencia en razón de la materia del notario. La doctrina ha seguido dos métodos: la determinación por exclusión y la determinación por inclusión.

Las leyes orgánicas notariales del país enumeran los actos en que puede intervenir el notario², pero la competencia material comprende todos los actos que no están asignados por la ley a otros funcionarios.

El notario es competente para:

- a) Recibir, interpretar y, previo asesoramiento sobre el alcance y efectos jurídicos del acto, dar forma legal y conferir autenticidad a las declaraciones de voluntad y de verdad de quienes rogaren su instrumentación pública.
- b) Comprobar, fijar y autenticar el acaecimiento de hechos, existencia de cosas o contenido de documentos percibidos sensorialmente que sirvieran o pudieran servir para fundar una pretensión en derecho, en tanto no fueren de competencia exclusiva de otros funcionarios públicos instituidos al efecto.
- c) Fijar declaraciones sobre notoriedad de hechos y tenerla por comprobada a su juicio, previa ejecución de los actos, trámites o diligencias que estimare necesarios para obtener ese resultado. Legitimar por acta de notoriedad hechos o circunstancias cuya comprobación pueda realizarse sin oposición de persona interesada, en procedimiento no litigioso. Sin perjuicio de lo que dispusieren específicamente leyes sobre la materia, serán de aplicación supletoria, en lo pertinente, las normas del Código Procesal.
- d) Redactar y extender documentos que contengan declaraciones de particulares y expresiones del escribano autorizante, con forma de escrituras públicas, actas, copias testimoniadas o simples, certificados y documentos protocolares o extraprotocolares que tengan el carácter de instrumento público conforme las disposiciones del Código Civil, esta ley u otras que se dictaren. Pueden constituirse instrumentos notariales, en razón de la materia, el interés jurídico privado de las personas, extendiéndose a contenidos patrimoniales, en actos entre vivos o por última voluntad. Tal interés debe provenir de relaciones jurídicas, fundadas en voluntades convergentes o concurrentes y en hechos jurídicos, o en relaciones tanto de voluntad como de ciencia, tomados como hechos³.

² Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, artículos 20 y ss. Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, artículos 127, 128, 129.

³ Martínez Segovia, *op. cit.*, nota 16.

Para la jurisprudencia:

"El hecho de que el escribano perciba sumas de dinero por cuenta de terceros en ocasión de sus funciones es incompatible con el desempeño notarial y por ende está prohibido, estableciendo que el pago de las cuotas de una hipoteca que debe realizarse en la escribanía involucra la fe pública y el interés público⁴.

3. Competencia en razón del territorio

La competencia en razón del territorio es límite de ejercicio de toda función pública en un ámbito geográfico, y en el notariado tiene fundamentos históricos y específicos.

Se trata de un principio casi universal, pues son escasos los países en que el notario puede ejercer la función en cualquier lugar del territorio nacional (Uruguay, Guatemala, Puerto Rico, Honduras, San Marino y la provincia de Québec, Canadá).

En nuestro país, en virtud de lo dispuesto en el artículo 980 del Código Civil, carecen de eficacia los instrumentos públicos extendidos fuera del territorio asignado al funcionario para el ejercicio de sus funciones. Ello indica que el notario ejerce sus funciones en el distrito en el que fue designado.

Las leyes orgánicas notariales provinciales determinan en algunas que existe un distrito único que coincide con el territorio de toda la provincia, en otras hay distrito plural que responde a la división de los municipios o que comprende el departamento judicial o región.

Se admite la prórroga de la competencia en distintos y determinados casos pero dentro de la misma provincia⁵.

⁴ CNCiv, Sala E, 29/7/74, *Revista del Notariado* n° 737, p. 430.

⁵ La ley 9020 de la provincia de Buenos Aires en el artículo 130 fija la competencia del territorio de los notarios dentro de los límites territoriales que correspondan al registro de su actuación y se extenderá cuando hubiere de practicar notificaciones relacionadas con documentos pasados en su registro, cuando fuere solicitada su intervención en la sede de su registro para actuar en protestos y otras actas a fin de cumplir el objeto de requerimiento, hubiere de efectuar diligencias no sólo en el distrito de su competencia sino también en otros...

En el ejercicio de su función específica, a efectos de dotar a los documentos que autoricen de fe pública notarial —función pública y técnica—, los escribanos sólo pueden actuar dentro de los límites de su distrito, quedándoles vedado, en consecuencia, constituirse para el desarrollo de su actividad fideifaciente fuera de dicho territorio, bajo pena de nulidad del acto autorizado en tales condiciones.

El notario es profesional en todo el territorio de la República pero el ejercicio de la función fedataria es dentro de su distrito sin importar,

- a) el domicilio de quienes comparecen,
- b) el lugar de cumplimiento del acto que documenta,
- c) ni el lugar de ubicación de los bienes objeto de los actos y contratos documentados.

Existe la excepción de la renuncia de la herencia, que para tener eficacia respecto de acreedores y legatarios será hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto, cuando la renuncia importa mil pesos, y la consagrada por la ley laboral relativa a la extinción del contrato de trabajo, que determina que cuando la extinción se realice por mutuo acuerdo de las partes ante escribano público, éste deberá tener asiento en el lugar donde se presten los servicios. Si los mismos se cumplieran en distintos lugares, será competente el escribano del domicilio del empleador o de cualquiera de los establecimientos donde se realizaren las actividades o a los que estuvieren afectados esos servicios.

En el caso *Aeropuerto de Ezeiza*, del 6 de noviembre de 1968, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Capital aprobó el dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, referido a la consulta formulada por un escribano sobre un acta de comprobación realizada en el Aeropuerto de Ezeiza. El dictamen aprobado estableció que el mencionado aeropuerto es un bien del Estado Nacional que forma parte de la provincia de Buenos Aires, y que ésta no ha cedido al Estado Nacional la fracción de territorio ocupado por aquel aeropuerto y, por tanto, el escribano de la Capital Federal no tiene facultades para actuar allí⁶.

Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

⁶ Pelosi, C., *op. cit.*

Cuando se expresa que están afectados a legislación exclusiva del Congreso, los lugares que el estado federal adquiriera por compra o cesión para instalación de fortalezas, almacenes, arsenales u otros establecimientos de utilidad nacional, esos lugares "no quedan federalizados, sino sujetos a una legislación exclusiva del Congreso únicamente en orden al fin del establecimiento situado en dichos lugares, de tal modo el calificativo exclusiva significa que sobre esos lugares y para los fines del establecimiento allí ubicado, sólo puede legislar el Congreso, pero que subsiste la jurisdicción provincial en todas las demás materias y cuestiones que no guardan relación con aquellos fines. En resumen, esta tesis significa que la jurisdicción federal se limita a la materia específica del establecimiento creado, y que en orden a ella es exclusiva y excluyente"⁷.

Es conveniente discernir el acto de imperio judicial y la competencia material o territorial del escribano, en ejercicio de su función pública.

La función del escribano-perito judicial es diferente de la del escribano perito-fedante. En el primer caso, cuando la función fedante no es exigible para la actuación del perito, no hay objeción para la pericia levantada, y aun cuando lo fuera por alguien que es titular de un Registro en un lugar extraño, hasta podría luego protocolizar el dictamen para preservar su guarda y custodia, y agregar en autos el testimonio de su actuación. Pero quede en claro que para la diligencia no debía ser exigible la función fedante, y el único requisito para su actuación debió ser la idoneidad derivada de su profesión, tal como lo dice el art. 462 del Código Procesal citado.

La jurisprudencia sobre el tema dijo:

"El boleto de compraventa designa un escribano con oficinas en Capital Federal como condición de venta irrevocable y según surge de autos el nombrado escribano no está autorizado para otorgar escrituras en la Capital Federal, regla cuya violación traería aparejada la nulidad del acto por imperio de lo dispuesto en el CC, artículo 980 [...] por ende la cláusula del boleto corresponde ser declarada nula y le compete al adquirente quien pagó la totalidad del precio designar al escribano para extender la escritura traslativa de dominio"⁸.

⁷ Bidard Campos, Germán J. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, p. 143, Buenos Aires, Ediar, 1983.

⁸ CNC, Sala C, JA 18/1973.

"Cuando un escribano designado para el otorgamiento de una escritura tiene su registro en la provincia de Buenos Aires y cita a los interesados a un domicilio de la Capital Federal, dicha citación es nula y no produce los efectos jurídicos que hubieren correspondido"⁹.

4. Competencia en razón de las personas

De acuerdo a lo previsto en el artículo 985 del CC, en orden a preservar la imparcialidad que debe regir en el ejercicio de la función notarial, se le prohíbe al oficial público intervenir en aquellos casos en que tenga un interés personal, o bien, lo tengan sus parientes dentro del cuarto grado¹⁰.

La competencia está delimitada por vía negativa y surge de normas impuestas por la ley, a la que adhieren los reglamentos notariales y los Códigos de Ética profesional.

Por ser norma de fondo, es común y obligatoria para todo el país.

La prohibición señalada por el artículo 985 está dirigida a todos los actos del notario, sea la actuación protocolar o extraprotocolar.

Existen otros artículos en el CC correlacionados con éste y son:

- a) el 3664, que establece que el escribano y los testigos de un testamento por acto público, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que éste disponga a su favor,
- b) el 3653, dice que el escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento,
- c) el 3707 establece que no pueden ser testigos en los testamentos los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de su oficina, ni sus domésticos.

⁹ CNC, Sala C, LL 1976-A, p. 55.

¹⁰ Artículo 985 CC: "Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asuntos en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados; pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será válido".

4.1. Opiniones doctrinarias sobre la naturaleza jurídica

Para Sanahuja y Soler¹¹:

“Otra de las condiciones que fundamentan la autorización, es la competencia específica del notario, es decir, no la competencia general o potestad del notario para autorizar dentro de su demarcación (la cual queda sentada en el título primero de esta parte, como supuesto general de la relación jurídico notarial), sino la competencia relativa al acto o contrato que ha de ser objeto de autorización. Además de las incompatibilidades estudiadas en dicho título, que tienen cierto carácter de perpetuidad o general, existen otras prohibiciones o limitaciones impuestas al notario, las cuales le vedan intervenir en la autorización de algunos instrumentos. Ningún notario puede autorizar contratos que contengan disposiciones a su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad”.

Para Salvat¹² y Llambías¹³, entre otros, siguiendo a los comentaristas franceses se trata de una incapacidad relativa. Borda¹⁴ sostiene que es una incompatibilidad por interés directo o parentesco. Benseñor dice que se trata simplemente de una prohibición legal o una incompatibilidad, semejante a la que tienen los notarios para el ejercicio del comercio o la abogacía¹⁵. Carminio Castagno sostiene que la prohibición contenida en la norma no se dirige al órgano, y se trata de una inhabilidad en concreto, el caso configurado es de ilegitimación del agente¹⁶. Agrega que la ilegitimación es objetivo-relativa: asunto en que él estuviere personalmente interesado, y subjetivo-objetivo-relativa, asunto en que sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados.

¹¹ Sanahuja y Soler, J. M., *Tratado de derecho notarial*, Barcelona, ed. Bosch, 1945.

¹² Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil*, Anotado por López Olaciregui, t. II, 1928.

¹³ Llambías, J., *Parte General*, t. I, ed. Perrot, 1980, n° 1643.

¹⁴ Borda, G., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, ed. Perrot.

¹⁵ Benseñor, N., “El interés personal del escribano o de sus parientes. Problemática del art. 985, CC”, *Seminario Laureano Moreira*, t. II, mayo 2001, p. 7.

¹⁶ Carminio Castagno, J., “Teoría general del acto notarial”, *Revista del Notariado* n° 727, 1976, p. 17.

Para Pelosi¹⁷, la prohibición impuesta al notario por el artículo 985 del CC, fundada en el principio de imparcialidad, es un supuesto de incompetencia por razón de las personas que pueden ser juzgadas por las reglas de la falta de legitimación. Nada obsta a denominarla incompetencia por razón de las personas, aunque el supuesto abstracto de la norma se refiere también al interés personal del autorizante. Armella, en igual sentido¹⁸.

4.2. Interpretación doctrinaria y jurisprudencial sobre la extensión de la aplicación del artículo 985 del Código Civil

La doctrina discrepa acerca de qué parientes se encuentran comprendidos dentro del cuarto grado. La mayoría sostiene que se trata de los parientes consanguíneos, afines y por adopción plena. El cónyuge no es pariente pero se lo incluye.

4.3. Escribanos que actúan en el mismo registro

Para la doctrina y la jurisprudencia la incompetencia en razón de las personas comprende a los notarios que actúan dentro del mismo registro, sean adscriptos, interinos o subrogantes.

La postura fue sostenida por consultas evacuadas por los Colegios profesionales. En una consulta formulada por una escritura del titular del registro –poderante, autorizada por el adscripto– el Consejo consideró que teniendo en cuenta que una de las principales obligaciones y deberes de los escribanos autorizantes es su imparcialidad, resulta aconsejable que dichos funcionarios se abstengan en lo futuro de autorizar actos en los cuales éstos puedan tener algún interés, por insignificante que sea, en la escritura que autoriza, y aplicar el artículo 985 del CC con carácter restrictivo, tal como surge del que alude el propio escribano y cuya doctrina dice textualmente: “Debe considerarse al

¹⁷ Pelosi, C., “El art. 985 del CC”, *Revista del Notariado*, 723 – 665.

¹⁸ Armella, C., *Tratado de derecho notarial registral inmobiliario*, Buenos Aires, ed. Ad-hoc, 1998 -145.

registro como una unidad y, por lo tanto, ninguno de los notarios que lo integran, sea titular o adscripto, debe autorizar un acto en que cualquiera de ellos o sus parientes dentro del cuarto grado estén personalmente interesados¹⁹.

Como advierte Villalba Welsh, una prohibición originaria de carácter individual se extendió vía doctrinaria personalizándola en el Registro¹⁹, con fundamento en una cuestión ética.

Pelosi²⁰ sostiene que si bien resulta éticamente objetable que un escribano autorice la escritura por la que su adscripto o titular o coadscripto adquiere un inmueble o se le instituye heredero, sería diferente el caso en que el otro notario extingue una obligación o un derecho constituido a su favor o cancela una hipoteca en la que el acreedor es integrante de ese registro o un pariente de este otro, o certifica la firma de un pariente de su titular o adscripto, o cualquiera de éstos inclusive, en un escrito por el que el firmante autoriza a otra persona a tramitar la salida del país por razones turísticas de un automóvil del que es propietario el firmante.

“La incompetencia que prevé el artículo 985 CC no sólo impide al escribano de registro actuar como tal en asuntos en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados, sino que también obsta para que lleve dichos asuntos para ser instrumentados y autorizados ante su propia oficina aunque circunstancialmente sean atendidos por un suplente”²¹.

4.4. Parientes afines

El supuesto del concuñado del escribano es un tema que ha sido planteado en distintas consultas notariales. No rige la prohibición del artículo 985, sin embargo, se ha entendido que tratándose de un bien ganancial la prohibición le alcanzará por ser parte de la sociedad conyugal el pariente afín.

¹⁹ Villalba Welsh, A., “Incompetencia en razón de las personas”, *Anales del Notariado Argentino*, t. 3-1964.

²⁰ Pelosi, C., *op. cit.* En nota 6, p. 169.

²¹ CNCiv, Sala C, 17/3/68, RN 780-1779.

4.5. Poderes a favor de parientes

Salvat, Llerena, Machado, entre otros, entienden que la prohibición del artículo 985 no rige para los casos en que el pariente del escribano sea designado apoderado por el otorgante en la escritura que ha de autorizar, si no está personalmente interesado, o a condición de que el instrumento nada contenga que personalmente pueda interesarle.

Pelosi sostiene que:

“[...] el interés es del mandante y no del mandatario, mero ejecutor del negocio, cooperador jurídico del mandante, en el sentido de que el objeto del mandato es tratar y ultimar un negocio jurídico en interés del mandante”²².

Se ha entendido que no habría incompetencia en el caso del otorgamiento de un poder especial para tramitar juicio sucesorio o un poder especial judicial a favor del cónyuge o hijo u otro pariente del autorizante, ya que en tales casos, para su invalidez, debería demostrarse que el interés personal de aquéllos afecta la imparcialidad del autorizante.

La jurisprudencia dijo:

“Es nula la escritura pública en que se otorga poder a un hijo de escribano, el hecho de que el otorgamiento del poder sea un acto unilateral del mandante no varía la solución, porque si bien es posible separar materialmente el acto de otorgamiento, de la aceptación que presta el mandatario generalmente fuera de la escritura, el motivo ético que inspira el artículo 985 CC, no admite distinción alguna”²³.

“El Colegio de Escribanos de Capital Federal ha sentado la siguiente doctrina en materia de poderes relacionados con el artículo 985²⁴: a) ‘Escribano autorizante otorga poder a favor de parientes dentro del cuarto grado –hijo, hermano del

²² Pelosi, C., “El artículo 985 del Código Civil argentino”, *Revista del Notariado*, Buenos Aires, año 1972, p. 665 y *El documento notarial*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1997, p. 161.

²³ JA, t. 54, p. 376.

²⁴ *Revista del Notariado*, Buenos Aires, n° 754, p. 973.

autorizante—: A los efectos de salvaguardar la imparcialidad e independencia del notario, éste debe abstenerse de autorizar escrituras en las cuales sus parientes dentro del cuarto grado sean designados apoderados debiendo interpretarse la prohibición del artículo 985 con carácter restrictivo; b) Comparecientes hermanos del autorizante apoderado: 'por razones éticas debe recomendarse al nombrado escribano, se abstenga de autorizar escrituras de ese tipo', se refiere a escrituras en que comparecía el hermano del autorizante en calidad de apoderado”.

4.6. Testamentos

La designación del autorizante del testamento como albacea, es válida. El artículo 3848 dispone:

“El incapaz de recibir un legado hecho en el testamento, puede ser ejecutor testamentario; pueden serlo también los herederos y legatarios, los testigos del testamento y el escribano ante quien se hace”.

Esta norma ha sido criticada por la mayoría de los autores, quienes sostienen el error del codificador que siguió la doctrina francesa en esta materia, pero prevalece la letra de la ley más allá de las posturas doctrinarias.

La jurisprudencia²⁵ se pronunció por:

“[...] la nulidad absoluta de la cláusula testamentaria que establece como condición para conservar la calidad de heredero que los beneficiarios deben unificar representación en la persona del hermano del escribano autorizante, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 985 CC, dado que media el interés y el parentesco a que se refiere la disposición aludida (artículo 3664 CC), recae la ‘sospecha de un interés personal’²⁶, sospecha que crea una presunción de hecho susceptible de ser destruida por prueba en contrario, a fin de evitar soluciones que en definitiva llevarían a no respetar la última voluntad del causante, cuyo cumplimiento en materia de interpretación testamentaria es siempre el gran propósito de la ley”.

²⁵ LL, t. 121, p. 619.

²⁶ Pelosi, C., *El documento notarial*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1967, p. 167.

4.7. Actas notariales

La competencia notarial en razón de las personas en materia de actas es igual que en las escrituras. Cuando el requirente o el requerido sea pariente del escribano, sea el acta protocolar o extraprotocolar, no puede intervenir.

4.8. Sociedades

El artículo 985 CC señala excepciones de la incompetencia, en los supuestos de tener parte, de ser gerentes o ser directores de sociedades anónimas.

Estimamos con la doctrina que las excepciones deben ser aplicadas a todas las personas jurídicas donde prevalezca el elemento real sobre el personal, como las cooperativas y las asociaciones mutuales, etcétera.

Uno de los casos más frecuentes consiste en establecer si el escribano que es miembro del directorio de una sociedad anónima, puede autorizar escrituras en que ésta sea parte, es decir, cuando haya intereses de esa sociedad, por ejemplo escrituras de venta e hipoteca de inmuebles que son de propiedad de esa sociedad. La doctrina está dividida, un sector opina que no hay impedimento legal para ello²⁷, postura que comparto, mientras que otro sector —Carlos Pelosi²⁸, Giralt Font²⁹— sostiene que “a pesar de no haber ningún impedimento legal que lo prohíba, un escribano que forma parte del directorio de una sociedad anónima deberá abstenerse, por razones de ética profesional, de autorizar escrituras por las que se formalicen contratos bilaterales en los que la misma tenga interés como parte”.

4.9. Sanción por defecto de incompetencia en razón de la persona

El plenario del *II Congreso Internacional del Notariado Latino* dispuso en el tema “Nulidad por razones instrumentales”, en relación con la prohibición

²⁷ *Revista del Notariado*, 1959, p. 1259.

²⁸ Pelosi, C., *op. cit.*, nota 64, p. 612.

²⁹ Giralt Font, J., *Revista del Notariado* n° 715, p. 199.

del artículo 985 CC, que "se trata de nulidad absoluta, con aplicación en todos los casos de la conversión".

En igual sentido el *Congreso de Derecho Notarial* celebrado en Córdoba en junio de 1971. Y la *V Reunión Jurídico Notarial* del Colegio de Escribanos de Santa Fe.

La jurisprudencia ha declarado que la escritura es nula de nulidad absoluta cuando media el interés y/o el parentesco a que se refieren el artículo 985 y conc. del Código Civil. En los términos del artículo 1047 CC el acto no es susceptible de confirmación, la acción es imprescriptible y puede ser opuesta por cualquier interesado, por el Ministerio Público e incluso declarada de oficio por el juez. La nulidad absoluta que sufre el acto realizado en contra de los imperativos del artículo 985 CC puede ser a su vez clasificada como nulidad o anulabilidad según el vicio en el acto sea ostensible, manifiesto o visible³⁰.

"Las escrituras otorgadas por el escribano son nulas de nulidad absoluta, desde que actuó como parte interesada —a través de terceros por interpósita persona— y como funcionario fedatario"³¹.

Se debe presumir que el escribano calificó correctamente el acto, previo a su intervención, y por ello no existe incompetencia en razón de las personas en el supuesto de compareciente con apellido idéntico, pero es de buena técnica dejar constancia de ello en el texto escriturario.

4.10. Conversión del acto en caso de nulidad por aplicación del artículo 987

El Código Civil en el artículo 987, dice:

"El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por

³⁰ Orelle, J., en Belluscio-Zannoni, *Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado art. 985*, t. 4, Buenos Aires, ed. Astrea, 1994, p. 515.

³¹ CNCiv, Sala F, ED 98/202.

las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas".

La norma establece la conversión formal, y para ello, deben concurrir los requisitos: a) que el acto emane de un oficial público, y b) que esté firmado por las partes. La aplicación del instituto la refiere a los casos de: a) incompetencia, y b) falta de las formas debidas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1318 del Código Civil francés:

"L'acte qui n'est point authentique or l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties".

El instrumento público vale como documento privado, si está firmado por las partes; el acto que no se reputa auténtico, por: a) incompetencia del oficial; b) incapacidad del oficial, y c) defecto de forma. Esta norma es reproducción del artículo 68 de la ley notarial del 25 de ventoso, según el cual todo acto hecho en contravención de las disposiciones contenidas en los artículos 6°, 8°, 9°, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 y 67, es nulo si no lleva la firma de todas las partes, y cuando tenga las de todos los contratantes valdrá sólo como escritura con firma privada, salvo las penas que fueren procedentes en ambos casos al notario contraventor.

El fundamento del artículo 1318, dicen Aubry y Rau, emana de la confianza que merecen los oficios públicos en la redacción de los actos de su ministerio y sobre la garantía que su intervención ofrece a las partes. Claro está que debe tratarse de un acto otorgado ante notario.

La doctrina no es unánime en el tema de aplicar la conversión del acto realizado en contra de las disposiciones del artículo 985. Para la tesis predominante en la doctrina no es admisible la conversión cuando la nulidad se funde en el interés del notario autorizante o de su cónyuge. Por el contrario, la doctrina que sostiene que se trata de una incompetencia en razón de las personas, admite la conversión aplicable en mérito a lo dispuesto por el artículo 987 CC. Analizando la fuente del artículo 987 CC, que es el artículo 1318 del Código francés, llegamos a la misma conclusión.

La conversión del instrumento público tiene lugar en los supuestos de nulidad del instrumento, sea por incompetencia territorial, o material del oficial públi-

co, o de las personas, sea por falta de capacidad suya como si actuase después de habersele hecho saber la suspensión o cesantía, sea por inobservancia de formalidades legales.

5. Competencia en razón del tiempo

El artículo 982 dice:

“La falta en la persona del oficial público, de las cualidades o condiciones necesarias para el nombramiento a las funciones de que se encuentre revestido, no quita a sus actos el carácter de instrumentos públicos”.

Excepción del principio el artículo 983 CC dice:

“Los actos que autorizase un oficial público suspendido, destituido o reemplazado, después que se le haya hecho saber la suspensión, destitución o reemplazo, serán de ningún valor, pero son válidos los actos anteriores a la noticia de la cesación de sus funciones”.

Pothier decía:

“Cuando la escritura no es auténtica, ya sea por la incompetencia o suspensión del notario, ya sea por defecto de forma...”.

En la misma orientación, Planiol y Ripert, subsumen dentro de la capacidad del notario a la prohibición de que se trata. Esto significa que la doctrina francesa distinguía por un lado la incompetencia (por razón del territorio, de la materia y de las personas), y por otro la incapacidad, consistente en la suspensión.

Pelosi adelanta que, a su juicio, se trata de incompatibilidad y no de incapacidad, y es aceptable también la tesis según la cual importa un problema de legitimación³².

³² Pelosi, C., *op. cit.*, nota 64, p. 126.

El notario debe estar investido de las funciones que ejerce pues sus atribuciones provienen de la ley y exigen formalidades y requisitos que señalamos en el capítulo anterior, sin las cuales carece de la potestad de dar fe.

Para parte de la doctrina se trata de un supuesto de incapacidad y para otra se trata de una incompetencia en razón del tiempo.

Capítulo 5: Operaciones de ejercicio. Derechos y deberes del notario

1. Concepto

La relación jurídica que se establece entre el notario y los otorgantes del acto jurídico que pasa por ante su registro es una locación de obra intelectual, regida por el artículo 1493 y concordantes del CC¹.

Es evidente que la acción funcional del escribano abarca dos etapas, la profesional y la documental, que constituyen un dualismo inescindible.

El notario no actúa de oficio. La rogación debe ser expresa, precisa y no formal².

- a) *Expresa* porque debe ser posible probarlo, por cualquier medio de prueba;
- b) *precisa*, por cuanto debe tener un objeto específico; y
- c) *no formal*, en razón de que no existe ninguna forma legal prevista, coherente con que debe poder probarse por cualquier medio.

¹ Conf. Bueres, A., *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, p. 39. Lloveras de Resk, "La responsabilidad civil del escribano público", *ED* 106-917. Bustamente Alsina, T., *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, p. 417, n° 1478. Spota, A., *Tratado de Derecho Civil*, vol. 9, n° 2118, p. 655. Alterini-Ameal-López Cabana, *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales, op. cit.*, n° 1858, p. 774. Trigo Represas, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, ed. Astrea, p. 130. Di Próspero, "Responsabilidad profesional", bajo la dirección de C. A. Ghersi, t. 2, Buenos Aires, ed. Hammurabi, p. 39, n° 25.

² Armella, C. N., "El documento notarial sin compareciente", *RN* 918-278, La Plata, 1994.

La función de dar fe requiere del notario la ejecución de una serie de formalidades trascendentes.

Larraud³ permite distinguir "la encuesta de la emisión del juicio o dictamen, que abarca la operación de calificación de la situación y la que propone el tratamiento técnico adecuado de la instrumentación o documentación, que se integra con la configuración, la redacción, la autorización y la registración". Para el autor, la primera etapa tiene un propósito económico moral, circunstancias jurídicas de las partes, estudio de antecedentes. La segunda etapa es de calificación y consejo, y la tercera corresponde a la configuración, redacción, autorización y registración.

Bardallo⁴ trata el quehacer del escribano en lo que él denomina "proceso formativo autenticante", y considera a la forma notarial "la forma jurídica por excelencia, la forma de las formas", sublimación de la técnica del derecho, en la tarea de la realización espontánea; la forma notarial es "forma auténtica". Afirmar que la forma notarial ha sido auténtica desde siglos atrás y así llega a nuestros días y esto es manifiesto pues si el escribano actúa en la contratación privada, sin darle su autoría ni su responsabilidad funcional, nos hallaremos fuera del derecho notarial. Estaremos dentro de la órbita de las formas jurídicas, pero de ninguna manera en las notariales "porque éstas no son tales si no son auténticas". La función notarial se actualiza en la forma auténtica, en cuyo proceso de constitución hay etapas que se siguen en el tiempo y tienen relación entre sí. Las denomina: calificación o categorización, legalización, legitimación, configuración, documentación y autenticación.

Para Martínez Segovia⁵ la acción del escribano se cumple en la etapa interpretativa con la recepción, el dictamen, la docencia y la conciliación; la configurativa, la autenticante, la autorizante, y la conservadora.

El notario recibe e indaga la voluntad de las partes, emite el dictamen sobre su competencia, aconseja y asesora, presidido por el "cavere" de Carnelutti, en procura de la seguridad jurídica de la relación jurídica o el hecho.

³ Larraud, R., *Curso de Derecho Notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1966.

⁴ Bardallo, "Relaciones jurídicas notariales", *Revista del Notariado* n° 717, 1971, p. 809.

⁵ Martínez Segovia, F., *op. cit.*, nota 16.

1.1. Interpretación

El acto intelectual de interpretar comprende, como inmediato a la *rogatio* de las partes, la recepción de su voluntad, el asesoramiento y la interpretación final del sentido jurídico de esa voluntad.

El notario toma conocimiento de la voluntad de las partes, e interpretándola, tiene que explicarles las consecuencias jurídicas del acto que quieren realizar, y asesorarlas para que adecuen esa voluntad a los negocios y formas jurídicas que resulten más convenientes a sus intereses.

Todas las etapas de la labor interpretativa y de asesoramiento del escribano tienden al logro de la seguridad jurídica, fin primordial de la función notarial, y razón de ser de su existencia.

1.2. Asesoramiento

Con el asesoramiento el escribano opina acerca de los fundamentos jurídicos y las consecuencias de la relación jurídica que va a trabarse. Generalmente a la asistencia de las partes se agrega una acción conciliadora de los intereses, apoyando a la parte más débil, para lograr así una verdadera paridad jurídica.

Su intervención le impone el deber de asesorar simultáneamente a todos los contratantes, en el marco de la justicia conmutativa que debe prevalecer en la configuración de las relaciones jurídico-patrimoniales.

El notario tiene que informar a las partes acerca de cuáles son las normas vigentes que rigen la materia objeto del negocio que quieren realizar y las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales.

El deber de consejo y de asesoramiento imparcial se encuentra institucionalizado en el ejercicio de la función.

1.3. Calificación

La etapa de calificación es la de jurista porque al calificar el notario ajusta la voluntad del requirente en una categoría jurídica.

Según los caracteres del acto, rechaza o acepta su intervención, se declara competente o incompetente, aun cuando no haya constancia escrita de esa

declaración. El objeto de la calificación, como conducta del notario, es la determinación de la figura jurídica que los requirentes buscan.

1.4. Legalización

En esta operación el notario encuadra la voluntad de las partes dentro de la ley para poder cumplir con todos los efectos. Es el enlace del acto a realizar con la norma que sea aplicable.

La legalización es la etapa en la que el escribano procura adecuar el negocio o acto jurídico al derecho que lo rige, para asegurar la validez del todo y de cada una de sus partes.

El notario legaliza materialmente, adecuando la voluntad de los rogantes a la norma, y formalmente seleccionando el documento y dándole forma legal.

1.5. Legitimación

En esta operación, el notario como jurista asegura que su actuación no sólo es de acuerdo a la ley, sino que el acto a realizar resulta eficaz y válido de acuerdo a la intención de las partes. Supone la conexión entre el acto con la situación jurídica que le sirve de base.

Para Gattari se desarrolla la operación mediante seis clases de legitimación: la subjetiva o de sujetos instrumentales e imputación de sus dichos y hechos; sustantiva o de títulos antecedentes; formales o de situación registral; impositiva, sobre impuestos y tasa; de personería cuando hay representantes; de otorgamiento con relación a la lectura y firma⁶.

La legitimación consiste en la comprobación de la relación habilitante, o sea que entre el sujeto y el objeto del negocio o acto jurídico existe una relación que habilita a aquél para realizarlo eficazmente.

⁶ Gattari, C. N., *Manual de derecho notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1997.

1.6. Configuración o redacción del documento

Es la instancia en que el notario vuelca en el documento los elementos materiales y formales que las partes y la ley le exigen.

La definición de la Unión Internacional de Notariado Latino incluye esta acción bajo la expresión de "redactar y dar forma legal a la voluntad de las partes".

Generalmente el escribano se vale de fórmulas o modelos. Martínez Segovia dice:

"El uso de la fórmula como recurso del menor esfuerzo conduce a textos incongruentes, disparatados y extemporáneos. Incongruentes, por no guardar la debida relación con el caso particular al que se aplican; disparatados, porque no se revisa, tan siquiera, la sintaxis, y aun se aplican o transcriben cláusulas que no se refieren al negocio documentado; y extemporáneos, porque se siguen repitiendo frases que han dejado de tener actualidad por reforma de la legislación".

Es la mayor degradación en que puede caer el notariado, y sólo es factible que ocurra cuando no se reglamenta adecuadamente el acceso a la función, descuidando la importancia de una sólida formación jurídica y otras garantías para ingresar a ella.

Dicho autor considera, sin embargo, que la fórmula cumple "finalidades muy nobles y útiles cuando se la emplea a conciencia". Existen cláusulas formulas cuyo empleo aconseja la experiencia, pues constituyen el resultado de una provechosa práctica, ya que a través del tiempo han consultado los pareceres de la doctrina y la jurisprudencia.

La utilización de esas fórmulas se impone razonablemente cuando el negocio jurídico o la situación lo indiquen, dando oportunidad al escribano para que dedique preferente atención a otros aspectos del caso particular sometido a su consideración.

Martínez Segovia sostiene que "no debe hablarse del formulismo con sentido despreciativo y peyorativo, sino saber elegir y usar las fórmulas que sean verdaderas normas de experiencia y abandonarlas en su momento oportuno".

Este autor considera que el escribano, como operador del derecho positivo, tiene un amplio campo de perfectibilidad de la ley, modificando o derogando la misma a través de la interpretación de la voluntad de las partes.

Las distintas etapas del proceso formativo del negocio o acto jurídico mencionadas se materializan en el documento notarial que corresponda, escritura o acta, convirtiéndose ésta en sostén material del negocio o acto jurídico o del hecho ocurrido en presencia del notario.

El escribano elige la forma legal que corresponde al caso, o sea el molde que brinda la ley para los contratos o las relaciones jurídicas.

El acto de escribir el documento consiste en la operación material de hacerlo, que es delegable y, salvo excepciones, así acontece en la práctica.

1.6.1. Redacción y narración

La división principal de los documentos notariales por razón de su contenido conlleva la diferencia entre redacción (escrituras) y narración (actas), aunque en las escrituras hay también narración, puesto que se hace constar determinados hechos (v.gr. comparecencia, entregas, exhibiciones, etc.).

La narración pertenece a la esfera de los hechos que el notario anuncia como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia y que están protegidos por la fe pública (artículo 993 CC). La redacción corresponde a la labor que realiza el notario como operador del derecho, dando forma legal y expresión escrita al pacto económico o moral de los otorgantes, previo asesoramiento y conciliación, en su caso. La redacción importa una operación intelectual, técnica y jurídica. El notario recibe las declaraciones de las partes y las vierte en el documento después de un proceso de interpretación y adecuación al ordenamiento jurídico⁷.

Los negocios no se manifiestan como acontecimientos espacio-temporales, sino a través de las declaraciones de los interesados, muchas veces imperfectas o con intereses encontrados que el notario debe plasmar en convenciones que satisfagan los fines queridos, las condiciones del derecho positivo, y las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales.

En todo documento notarial hay relato de hechos, fijación histórica que produce distintos efectos en el ámbito de la función autenticadora, pero algunos requieren esencialmente "redacción", y las convenciones de las partes adquieren legalidad.

⁷ En la narración "el notario relata el hecho, patente para sus sentidos, y le deja ser lo que es y como es. La actividad notarial no lo manipula ni lo altera. Es la verdad al desnudo. En la redacción del notario -por ministerio de la ley- interfiere en las declaraciones de voluntad de los comparecientes, las estructuras jurídicas indispensables, el esqueleto legal del acto o contrato.

Núñez Lagos dice que un contrato no es un hecho material, sino un hecho jurídico complejo, que integra no sólo hechos, sino normas convencionales que contienen disposiciones y obligaciones⁸. El negocio pertenece en buena parte, no sólo al mundo de los hechos, sino al derecho.

1.6.2 La técnica de elaboración del documento⁹

Empleamos una técnica en la elaboración del negocio jurídico y dentro de ella una técnica documental. El técnico operador del derecho configura jurídicamente las declaraciones de las partes, de acuerdo a su voluntad respondiendo a intereses jurídicos económicos, dentro del sistema legal y les da forma o expresión para comunicarlos.

El resultado de esta labor técnica, "lo construido" por el notario, es lo que el otorgante o declarante ha de aceptar o asumir como suyo. El notario ha de ocuparse en ordenar conforme a la ley la voluntad ajena. Incorporar aquellos pactos, que, según la naturaleza del contrato y los usos del tráfico, aseguren la efectividad de los objetos previstos por los otorgantes.

El arte de redactar el documento¹⁰ es literario y jurídico, y la técnica de la redacción es aplicación de la técnica literaria general. Una sola expresión técnica ahorra el empleo de cien palabras. El documento notarial es una obra literaria y el valor de una frase puede ser decisivo. El talento del que escribe consiste, en definitiva, en atribuir el matiz exacto a las palabras, en emplearlas con su verdadero valor. Y aquéllas valen en función de la frase, es decir que su significado lo determina el contexto, pues la palabra aislada tiene aptitud múltiple de significación¹¹.

El lenguaje del jurista debe ser simple, sin exceso de tecnicismo. El exceso de tecnicismos terminológicos debe reemplazarse por conceptos precisos. La claridad de la redacción en el instrumento será de suma importancia. La tarea de interpretar

⁸ Núñez Lagos, R., *Esquemas conceptuales del instrumento público*, Madrid, 1953.

⁹ Véase Pelosi, C., *Técnica notarial*, Cuaderno 15 UNA. Etchegaray, N. P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, Astrea, 1997.

¹⁰ Véase Soligo Schuler, N., "Los principios Técnicos de la redacción contractual", R.dN.873.

¹¹ Existen diferencias fundamentales entre el lenguaje de los juristas y un lenguaje formalizado. El primero es una forma menos espontánea y menos imprecisa de lenguaje natural, que muchos juristas usan con la pretensión, consciente o no, de estar usando un lenguaje absolutamente riguroso.

comienza cuando un contrato tiene vicios en su redacción, y entonces origina dudas e impide señalar la medida o alcance de las obligaciones asumidas¹².

Legibilidad

El concepto de legibilidad designa el grado de facilidad con que se puede leer, comprender y memorizar un texto escrito. Existe legibilidad alta con palabras cortas y básicas, frases cortas, lenguaje concreto, presencia de marcadores textuales, situación lógica del verbo. Escribir es un proceso de elaboración de ideas, además de una tarea lingüística de redacción. El escritor tiene que saber trabajar con las ideas tanto como con las palabras.

¹² Allende Guillermo dice que en la interpretación de la ley debe primar el sentido jurídico, pero en cambio en la interpretación de los actos jurídicos debe prevalecer el lenguaje común. En las culturas evolucionadas la palabra pierde parte de su valor. Se busca más el sentido de la frase, la voluntad de los contratantes, que el significado jurídico o gramatical de los vocablos en cuestión. El juez reconstruye el acto, tal cual fue querido por las partes, valiéndose de los principios generales del derecho, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, las normas de orden público y las leyes interpretativas. Nuestro Código Civil se refiere a la interpretación de los contratos en el artículo 1198, norma general que la jurisprudencia y la doctrina completan por analogía y complementariamente con los artículos 217 y 218 del Cód. de Comercio, normas o reglas prácticas. La aplicación de las reglas prácticas de interpretación se hará sobre los siguientes principios: La interpretación subjetiva: a) indaga la intención común concreta de las partes y no limitarse al examen del sentido literal de las palabras empleadas (artículo 218, Cód. Com.); b) esa voluntad común de las partes debe ser reconstruida apreciando el comportamiento anterior, simultáneo y posterior al contrato (artículo 218, inc. 4); c) el contrato debe ser considerado en un todo congruente y sus cláusulas deben interpretarse las unas por medio de las otras (artículo 218, inc. 2). La interpretación objetiva: a) cuando sea dudoso si el contrato, en su conjunto o en sus cláusulas individuales, deben producir efecto o no, se estará al primer sentido (artículo 218, inc. 4); b) se tendrá en cuenta el uso y la práctica generalmente observados en el lugar donde se ejecuta el contrato (artículo 218, inc. 6); c) se emplean palabras que más convengan a la naturaleza y objeto del contrato y reglas de equidad (artículo 218, inc. 3, últ. párr.). El presupuesto esencial de toda relación jurídica, tanto en lo subjetivo como en lo objetivo, es la buena fe lealtad, buena fe comportamiento, tanto en la celebración, como en la ejecución y en la interpretación. Karl Larenz dice que la interpretación integradora requiere que se tenga en cuenta que todo contrato se estipula entre los participantes en determinadas circunstancias de carácter general, ya sean conscientes o no de ello en el caso concreto, por ejemplo, el orden social o económico existente, el poder adquisitivo de determinada moneda, las condiciones normales del tráfico u otras sin las cuales el contrato no cumple la finalidad para él pensada

Orden y composición

El arte de ordenar lo que se va a escribir, lo que debe ponerse antes, lo que debe colocarse después, la vista del conjunto según las proporciones debe ser considerado en la escritura¹³. A este principio debemos agregar el de estilo conciso. La presencia de palabras irrelevantes o con incisos que alejan los vocablos que deberían ir juntos complican el texto. Los notarios deben hacer uso prudente y cauteloso de los guarismos para conservar la tradición, jerarquía y solemnidad del documento¹⁴. Es un arte ordenar de manera sistemática el contenido del documento notarial en relación con las actividades y las declaraciones de los intervinientes y del notario y de los hechos autenticados. Debe evitarse que la lectura se haga pesada, fatigosa, difícil aun para el que está al corriente de cada término.

Castán Tobeñas dice que es necesario en el ejercicio de la función notarial: a) Fijar los hechos que interese recoger y consagrar en el documento. b) Determinar la norma jurídica que le sea aplicable. c) Plegar en definitiva aquella a ésta, enlazando, debidamente armonizados, los deseos y voluntad de los requirentes con las disposiciones de la ley.

La fijación notarial de los hechos comprende: 1) El supuesto de hecho o caso concreto en orden a la capacidad de los otorgantes, identidad y circunstancias personales, 2) al fondo del acto, 3) los hechos o situaciones jurídicas que sean base, ocasión, causa o antecedente del negocio jurídico; 4) la voluntad e intención de los otorgantes en cuanto a la especie del acto que se quiere realizar y los fines y efectos que se persiguen y las condiciones que han de acompañar el negocio¹⁵.

Según Couture

“El escribano es, en primer término, un intérprete de la voluntad de los otorgantes. Su cometido es desentrañar el significado de cierta conducta humana, a través de las palabras que le han sido dirigidas. Con su tecnicismo debe extraer

¹³ Sólo podemos servirnos de la puntuación para marcar los giros sintácticos y, por lo tanto, el orden de las palabras no es tan libre y se convierte en esencial para conseguir una redacción fluida.

¹⁴ Véase “La recomendación aprobada en la V Jornada Notarial Bonaerense”, *Revista Notarial*, nº 735, p. 448.

¹⁵ Castán Tobeñas, J., *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Madrid, 1946, p. 98 y ss.

y desenvolver la carga de representaciones que va contenida en las breves palabras que ha escuchado. Su arte es, en primer término, de interpretación; luego de reproducción¹⁶.

Los comparecientes u otorgantes son autores de las declaraciones, pero autor del documento es sólo el notario, aunque otra persona lo escriba. El documento original representa, refleja o contiene el pensamiento de su autor, lo que no ocurre en las copias¹⁷.

Es aconsejable: a) Redactar en tiempo presente (con algunas menciones en pretérito); b) En tercera persona (para los intervinientes) y en primera persona (para el notario); c) Las declaraciones y constancias ordenadas y ensambladas y según el contenido económico del negocio o la naturaleza y fines del acto. d) La imputación conjunta o separada, según los casos, de las declaraciones y comportamientos de los otorgantes, en su reflejo documental y en el desarrollo sistemático del acto o negocio jurídico. e) Separar de los actos y declaraciones que atañen a los sujetos documentales y los que se refieren al notario. f) Tener en cuenta qué acto se ejecutó y cual se ejecuta frente al notario.

Es recomendable la lectura de los formularios; empero no debe ser simple copia de ellos ya que la creación de nuevas figuras e institutos legales y las transformaciones jurídicas y económicas exigen que diariamente se rectifique y ajuste la redacción atendiendo a las necesidades propias de cada negocio. El uso

¹⁶ Couture, Eduardo J., "El concepto de fe pública", en *Rev. del Notariado*, 1947, n° 546, p. 5 y ss.

¹⁷ La redacción de los documentos en primera persona corresponde al sistema subjetivo. Figura hablando el otorgante y al final el notario consigna los elementos adjetivos o autenticadores. La redacción en tercera persona, equivalente a la objetiva y es la que se impuso definitivamente por ser la más correcta ya que pone de resalto que la autoría del documento pertenece al notario. Cuando la escritura se refiere a las actuaciones del notario debe redactarse en cambio en primera persona. Casi todos los actos notariales se extienden o redactan exintervallo y no in continente. En la realidad, en especial en las escrituras, los requirentes comparecieron antes o previamente, manifestaron sus voluntades al notario y éste prepara el documento. Una vez concluido el documento comparecen para perfeccionar, en el otorgamiento documental, mediante prestación de consentimiento, los acuerdos preexistentes, verbales o escritos. Ello significa a la vez un otorgamiento sustantivo. El fenómeno es más complejo si tenemos presente que, en cualquier caso, la redacción es anterior a la lectura, consentimiento y firma, operaciones estas que integran la unidad de acto.

de la fórmula como recurso del menor esfuerzo conduce a textos incongruentes, disparatados y extemporáneos. Incongruentes, por no guardar la debida relación con el caso particular al que se aplican; disparatados, porque no se revisa, tan siquiera, la sintaxis, y aun se aplican o transcriben cláusulas que no se refieren al negocio documentado; y extemporáneos, porque se siguen repitiendo frases que han dejado de tener actualidad por reforma de la legislación¹⁸.

1.7. Autenticación

Es la acción de garantizar la certeza de un hecho, la atribución de valor jurídico al todo o parte de la obra del notario.

Martínez Segovia la llama la segunda audiencia. En esta etapa documental, exigida de unidad, tiene lugar la lectura por escribano, la ratificación y firma por las partes, la autenticación y autorización por el notario. La autenticación es la atribución de valor jurídico al todo o parte de la obra del notario, y constituye la facultad que la ley da a la función notarial como "elemento propio y distintivo".

La función autenticante del notario es esencialmente documental. La autenticación tiene su centro de gravedad en la fe notarial.

Ese valor de plena fe tiene alcance público porque excede los límites del alcance privado, ya que la plena fe tiene vigencia entre las partes y también con respecto a terceros¹⁹.

La palabra autenticación, dicen Sanahuja y Soler, tiene dos significados distintos, según se contemple en un sentido genérico o específico. En el primer sentido, autenticación es: "La acción de garantizar mediante un acto oficial la certeza de un hecho, convirtiendo en creíble públicamente aquello que por sí mismo no merece tal credibilidad. Responde a una necesidad jurídica en cuanto a ciertos hechos que son base del derecho, si la certeza de éstos no se halla garantizada por sus caracteres ni por las circunstancias que concurren".

Desde este punto de vista, autenticación equivale a certificación oficial.

En el sentido específico, "un documento es auténtico si el que lo expidió es el mismo que allí consta. Es el sentido más frecuentemente empleado en derecho

¹⁸ Martínez Segovia, *Función Notarial*, op.cit.

¹⁹ Véase un mayor desarrollo de este tema en el apartado 7 del capítulo 6, El valor probatorio del documento notarial.

notarial, referido a los documentos públicos. La autenticación se verifica generalmente por percepción directa de los hechos, es la autenticación notarial típica, que se refiere a aseveraciones de presencia, investidas de absoluta autoridad, porque el escribano manifiesta en ellas haber apreciado los hechos directamente por los sentidos, permitiéndole aseverar con todo el peso de su autoridad".

Debemos distinguir el procedimiento que realiza el escribano a efectos de formar un juicio de notoriedad del hecho, a solicitud no contradicha de un interesado, mediante informaciones, pruebas, citaciones, etc. Se diferencia de la autenticación que implica una operación instantánea, fruto de la evidencia, cosa que no ocurre en el acto de notoriedad, por ello éste no puede tener el mismo valor, pues se fundamenta en testimonios ajenos, no en el propio del escribano, quien se limita a formular una conclusión que ha de guardar una ilación lógica con las pruebas aportadas, pero sin que pueda garantizar de una manera absoluta la autenticidad del contenido de las mismas pruebas. Por ello se mantiene hasta tanto un juicio ordinario no lo impugne.

El efecto de la autenticación consiste en imponer a todos por el poder coactivo del Estado la veracidad de los hechos autenticados. Autenticado un acto, ha de ser admitido sin indagación ni comprobación previa por todos los órganos del Estado y por los particulares.

Como regla general, Sanahuja señala que "siempre que la ley crea un órgano público de autenticación, impone *prima facie* la credibilidad en lo que él declara en la forma prevenida. Esto es una consecuencia de aquella creación legal, que consiste en proporcionar una prueba *a priori*, al objeto de facilitar la vida jurídica...". La mayor garantía de la autenticación es la conservación del documento autenticado en poder de un funcionario responsable, el autenticador. La autenticación garantiza la certeza de un hecho que necesita obtener crédito público, y no cumpliría tal misión si fuera efímera o no asegurara su permanencia.

1.8. Autorización

La autorización está consustanciada con la autenticación, aunque pueda separársela a los fines de su estudio.

La autorización se manifiesta mediante el estampado de la firma y el sello. Está presente en toda actuación notarial, abarcando a ella en su integridad; en tanto, la autenticación sólo recae sobre partes fundamentales.

La autorización opera las consecuencias siguientes:

- a) Quedan autenticadas las firmas de las partes, puestas antes que la del escribano; les son atribuidas sin que se admita prueba en contrario, y sólo puede intentarse la destrucción de su valor jurídico mediante querrela de falsedad.
- b) El escribano se reconoce autor del documento.
- c) El escribano da a su obra su autoridad, la del valor similar a los instrumentos del Estado, además de la propia como jurista.

Martínez Segovia²⁰ hace una interesante relación de cómo el instrumento notarial es el único de entre los instrumentos públicos que tiene verdaderamente un autor. Fundamenta su opinión en que la calidad del autor tiene como características esenciales la responsabilidad del mismo por toda su obra y la originalidad. Encuentra que el único responsable en el documento notarial es el escribano.

1.9. Conservación

Esta etapa de ejercicio es postdocumental, y como dijo Couture, es al hombre de confianza y de orden a quien se le encomienda el fin de asegurar la permanencia del documento y, por ende, de su contenido.

Es la última etapa de los actos de ejercicio de la función notarial. En ella prácticamente desaparece la faz profesional del escribano, y habiendo concluido la faz documental nos encontramos con que emergen con caracteres nítidos otras cualidades que hacen al notario, confiéndole el particular relieve que se le ha reconocido desde antaño.

2. Deberes del notario

Son deberes del notario:

- a) Autorizar con su firma los documentos en que intervenga.
- b) Asesorar en asuntos de naturaleza notarial a quienes requieran su ministerio. El escribano debe individualizar el objetivo perseguido por el requirente, y la situación de hecho que cubra la exigencia, así como todo otro elemento a fin de decidir si acepta el encargo y dispone de los instrumentos necesarios y

²⁰ Martínez Segovia, F., *op. cit.*, nota 16.

útiles para la realización del objetivo final que le es requerido, según la ciencia y saber de un experto.

c) Estudiar los asuntos para los que fuere requerido con relación a sus antecedentes, a su concreción en acto formal y a las legales previsibles.

d) Examinar con relación al acto a instrumentarse, la capacidad de las personas individuales y colectivas, la legitimidad de su intervención y las representaciones y habilitaciones invocadas.

e) Obrar con imparcialidad de modo que su asistencia a los requirentes permita que el acuerdo se complete en un plano de equidad.

f) Guardar el secreto profesional en tanto no se hagan públicas las declaraciones de las partes y exigir igual conducta a sus colaboradores.

g) Proceder de conformidad con las reglas de la ética.

h) Tramitar, bajo su sola firma, la inscripción en los Registros Públicos de los actos pasados en su protocolo.

i) Asentar en los títulos de dominio o en otros documentos que los interesados le exhibieran, nota de los actos autorizados ante él, que tengan relación con aquéllos.

j) Atender personalmente la notaría. Solicitar licencia y proponer suplente en caso de ausencia prolongada.

k) Mantener abierta la oficina al público con determinación de horario. Deberá anunciar el horario de labor en lugar visible.

l) Tener a la vista, toda vez que haya de autorizar documentos relacionados con la transmisión y constitución de derechos reales sobre inmuebles, los certificados vigentes exigidos por las leyes registrales y de Catastro Nacional, sin perjuicio de los demás que correspondan conforme a la legislación vigente.

m) Deber de información al cliente. En su carácter de experto, el notario ante un requerimiento, sobre la base de la información recibida, debe informar de modo que el cliente pueda adoptar con posterioridad las decisiones que estime más oportunas para sus intereses. Es característica común a todas las modalidades de información profesional que su extensión, forma, contenido, nivel de comprensión, restricción, etc., debe adaptarse a cada situación concreta, sobre todo a la naturaleza de la prestación profesional. Relacionado con el deber de información existe el de requerir su consentimiento insistido en determinados casos.

n) Deber de actuación profesional diligente. El escribano debe actuar conforme las normas del arte y la técnica notarial. Ella tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la labor profesional, de la complejidad y trascendencia

y de la influencia en diversos factores que pueden incidir. El incumplimiento de este deber de actuación diligente compromete la responsabilidad civil del profesional, por negligencia, impericia o imprudencia.

La impericia es una falta de saber teórico o práctico de la materia del propio oficio, es una ausencia de saber o de habilidad reprochable, dado que ejercer el arte o profesión. La imprudencia consiste en una temeridad, el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podría desembocar su acción irreflexiva. La negligencia es sinónimo de descuido y omisión.

3. Prestación del servicio

Por la naturaleza de la función, el notario tiene la obligación de prestar el servicio en los actos en que es rogado. La obligación funcional de cumplir con la tarea encomendada es excusable ante un impedimento fundado.

Son excepciones a la obligación de prestar los servicios:

a) Existencia de impedimentos legales (requerimiento de un testamento recíproco); físicos (enfermedad), o éticos (requerimiento simultáneo).

b) Falta de identificación del compareciente (artículo 1002 del Código Civil).

c) Dudas razonables sobre el estado mental o voluntad del requirente.

d) Atención de tareas de igual o mayor urgencia.

e) Requerimiento intempestivo.

f) Falta de provisión de los elementos o medios indispensables, por parte de los requirentes, para la tramitación del asunto encomendado.

g) Prestación del ministerio en otro distrito en los casos en que estuviere legalmente habilitado para actuar fuera de aquel en que tuviera su sede.

h) Si se trata de actos contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres.

4. Nuevas incumbencias notariales

Todos somos testigos de que la lentitud de la Justicia es, en gran parte, fruto de innumerables expedientes a su cargo que carecen de cuestiones contenciosas y se reducen a meras declaraciones administrativas a cargo de los magistrados, sin ninguna razón jurídicamente valedera.

La actividad desarrollada por el juez en los procesos acontenciosos es de competencia del notario de tipo latino y debe cumplirse en sede notarial.

El notario es el profesional del derecho más idóneo para atender los casos vinculados al estado civil de las personas, en tanto haya común acuerdo de todos los interesados, cuestiones de familia y otros.

Las nuevas legislaciones han dejado en manos de los notarios las notificaciones de las resoluciones judiciales y otras etapas del proceso²¹.

Al intervenir en distintas etapas del proceso el notariado de tipo latino reduce los costos y el tiempo, beneficiando seguramente a los usuarios o consumidores. La fe pública que la ley otorga al documento notarial obedece a la necesidad de que determinados instrumentos hagan fe por sí mismos, sin depender de otras pruebas, contribuyendo a la seguridad y la certeza de las relaciones jurídicas.

4.1. Actuación en juicio

4.1.1. La Ley 24.441 en el Título V regula la ejecución especial hipotecaria y pone a cargo del notario nuevas incumbencias con la finalidad de acelerar el proceso, economizar gastos y descomprimir la tarea de los tribunales.

En el Título IX de la Ley, el artículo 79 modificó el artículo 598 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que trata de la ejecución judicial. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al procedimiento de ejecución judicial se le da un matiz extrajudicial en la etapa del proceso judicial con la finalidad de lograr celeridad y reducir los costos de la ejecución hipotecaria. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación del inmueble hipotecado, con intervención del escribano que proponga el acreedor.

4.1.2. El artículo 54 prevé la nominación del notario a efectos de la comprobación del estado de ocupación del inmueble hipotecado. Si el inmueble está ocupado se intimará su desocupación en el plazo de diez días bajo apercibimiento de lanzamiento con la fuerza pública.

4.1.3. El lanzamiento procederá con intervención notarial y se entregará la tenencia al acreedor. El acreedor también está facultado para solicitar informe

²¹ Véase Ley 25.488.

de dominio del inmueble e inhibición del titular dominial y para requerir liquidaciones de deuda, tarea que es seguramente solicitada al escribano. Cambia el servicio de justicia respondiendo a estos presupuestos con el objetivo de privatizar etapas del proceso.

4.1.4. Entre las tareas que la ley le encomienda al escribano debemos distinguir las de constatación y de intimación, de las de ejecución y coerción, que son actos que corresponden y proceden por orden judicial. A esos fines el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, violentar cerraduras, y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble a costa del deudor.

4.1.5. El acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía. El escribano deberá documentar en acta notarial la realización del remate²².

4.1.6. La protocolización de actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, no siendo necesario que sea el designado para las diligencias que menciona el artículo 54.

En la *XXX Jornada Notarial Bonaerense* se resolvió que el notario interviene en la ejecución especial en ejercicio de una función que le es propia. No actúa en el proceso por delegación judicial ni como oficial de justicia o perito. A su accionar se le aplican las normas notariales. La relación del notario con el acreedor es de origen contractual por lo que no es necesario que el escribano acepte el cargo en el expediente²³.

4.2. El despacho en las *XXVI Jornadas Notariales Argentinas* concluyó: La intervención del notario en procesos judiciales es de distinta naturaleza, y es importante remarcar que²⁴:

²² Artículo 57, *in fine*.

²³ Si el juez que interviene es de distinta jurisdicción debe librar oficio conforme a la Ley 22.172 al juez del lugar en que está ubicado el inmueble para que ordene las diligencias que requiere el originario del proceso y demás actos y diligencias del aludido artículo 54.

²⁴ Conclusiones en las *XXVI Jornadas Notariales Argentinas*, realizadas en la ciudad de Córdoba del 3 al 5 de octubre de 2002, en el Tema 2.

a) Lo que es conocido como jurisdicción voluntaria sea individualizado con la terminología "*Proceso no contencioso*" y si éste se desarrollare *con intervención de un escribano público* que autentique la circunstancia generadora de una declaración en cuanto a derecho, se lo califique como producido en "*sede notarial*".

b) Debemos destacar que el notario de tipo latino reúne las condiciones necesarias para asumir las actividades que, por no requerir el imperio propio de la magistratura, sean susceptibles de extrajudicialización.

c) Dado el carácter opcional de estos procedimientos extrajudiciales, para garantizar el debido derecho de defensa, se mantenga el patrocinio letrado cuando éste fuere requerido en sede judicial.

d) Dejar establecido que en la *notificación de resoluciones judiciales*, por acta notarial, el escribano interviene en pleno ejercicio de la función notarial y no por delegación judicial, por lo que sólo está facultado para desarrollarla dentro de la demarcación a la que corresponde su competencia en razón del territorio y con las limitaciones emergentes de la competencia en razón de las personas.

e) La notificación al domicilio en extraña jurisdicción pueda hacerse por cédula o "*acta notarial*", en los términos de la Ley 22.172.

f) Las leyes procesales de cada jurisdicción admitan la *formalización de la prueba testimonial* por medio de escritura pública, con acuerdo y presencia en el acto de las partes intervinientes en el proceso, procedimiento éste que será optativo y permitirá, al solo arbitrio del juez interviniente, su ampliación en sede judicial.

g) Todo proceso sucesorio sea susceptible de sustanciación en sede notarial e implementada mediante *acta de notoriedad*.

h) Al concluir el proceso con el acta de notoriedad se pueda realizar la partición privada ante el mismo notario o cualquier otro.

i) Que se reconozca en todas las demarcaciones territoriales la utilización de la escritura pública para realizar la partición del acervo postcomunitario.

j) Se promueva, a través de los Colegios locales y el Consejo Federal del Notariado Argentino, la creación de tribunales arbitrales institucionales que permitan la *actuación de los escribanos como árbitros juris o amigables componedores*, sin perjuicio de las que les cabe como secretarios de tribunales arbitrales en los que no fueren parte integrante.

k) Se promueva la creación de centros institucionales de mediación para colaborar con el poder judicial en el restablecimiento de la paz jurídica fuera

de sus estrados. Se genere al mismo tiempo, en las oficinas administrativas de dichos centros, receptorías "*multi puertas*", que escojan el sistema alternativo más adecuado para la solución del conflicto.

l) Se asuma para el beneficio del funcionamiento de la justicia federal y del servicio a los requirentes, documentar la opción de nacionalidad realizada dentro del territorio argentino en sede notarial.

4.3. El consejo y la mediación

La función notarial es preventiva de litigios: el *consejo y la mediación* son sus instrumentos²⁵.

a) Para la ejecución de la mediación, le será necesario al notario, además de su buen dominio del derecho, una formación especial, un equipamiento técnico armónico, una deontología adaptada, llegado el caso, y una remuneración adecuada; el notario debe elegir libremente si ofrece sus servicios de mediación a título complementario en relación con sus otras funciones notariales.

b) El resultado de la mediación debe ser fijado por un acuerdo escrito que debe tener efectos jurídicos incontrastables.

c) Por otra parte, el notario que actúa como mediador, dispone del privilegio de ofrecer sus servicios profesionales para la documentación de las soluciones encontradas por las partes, y puede, guiado por la experiencia directa y auténtica del procedimiento de mediación en cuestión, traducir el acuerdo de las partes en acto notarial o en acuerdo escrito respetando todas las formalidades legales a las que se refiere.

d) El acto notarial presenta incluso la ventaja suplementaria de ser ejecutivo, poniendo de esta manera fin a todas las incertidumbres sobre la ejecución definitiva del asunto.

e) El *arbitraje* con la intervención de notarios no se entiende como una función notarial suplementaria, sino como una actividad extraordinaria, compatible en la mayoría de los casos con las otras actividades notariales, y que se asocian con las funciones notariales habituales que quedan destinadas con prioridad y dedicadas al consejo y a la mediación notariales, es decir a lo complejo de la "*Justicia Amistosa*" y al espíritu de la prevención de conflictos y de litigios.

²⁵ Véase Conclusiones del XXII Congreso del Notariado Latino, Atenas, Grecia.

f) Junto a los fenómenos enunciados, que podríamos definir como de presión sobre la libertad contractual, también se desarrollan en el tiempo las relaciones económicas y sociales, y nace la exigencia de reglamentar nuevas situaciones jurídicas que también son fruto de la evolución de las necesidades, de los intereses y de las relaciones entre las personas: nuevas formas del derecho de propiedad, nuevos tipos de acuerdos y relaciones entre grupos económicos, consorcios de empresas, nuevas formas de goce y utilización de bienes muebles e inmuebles, relaciones de carácter fiduciario, administración del patrimonio familiar, asociacionismo y sector sin fines de lucro, disposiciones para casos de incapacidad sobreviviente, tutela de la familia natural, disposiciones relacionadas con los propios órganos, reglamentación de uniones de hecho hétero y homosexuales, etcétera.

g) El notario debe ser un jurista y no un guardián rígido de la norma codificada, sino que sepa convertirse en intérprete de las más auténticas aspiraciones que aparecen en el contexto en el cual opera, favoreciendo de esa manera la actuación de aquel derecho natural que se identifica con el deseo de equidad y justicia que surge espontáneo y, a veces, en forma inconsciente, del cuerpo social.

h) Las organizaciones representativas de nuestra profesión ya están capacitadas en muchos países —y es de augurar que lo estén en todos los países con notariado de tipo latino—, recogiendo las contribuciones de todos los notarios presentes y difundiendo las experiencias individuales, para convertirse en intérpretes, a través de los notarios, de las exigencias del público, y contribuir por lo tanto en la elaboración de soluciones uniformes, las más idóneas y coherentes con respecto al ordenamiento.

i) Se observa (y esto es probablemente un fenómeno irreversible) el paso de la función creadora del notario individual al notariado como organización fuerte, tanto a nivel nacional como supranacional.

5. Reconocimiento de la función del notario creadora de derecho²⁶

Por lo general el notario es el primer jurista que trata las nuevas normas jurídicas en el área del derecho privado en el ámbito no contencioso, respondiendo a las exigencias de su reglamentación contractual concreta.

²⁶ Véanse al respecto las conclusiones del tema II del XXII Congreso del Notariado Latino, Atenas, Grecia.

El documento es el producto de una elaboración cuya paternidad exclusiva pertenece al notario, previa adecuación de la voluntad de las partes al ordenamiento existente, con el respeto a los límites impuestos por éste a la libertad de negociación y con referencia a la tipicidad y/o inderogabilidad y/o indisponibilidad de algunos derechos y deberes.

Se considera que el notario tiene el rol de creador del derecho por la naturaleza de la función. Ello se pone de manifiesto cuando se le solicita regular las relaciones jurídicas de derecho privado a través de la elaboración de actos auténticos, vinculantes para las partes y oponibles a terceros, algunos dotados de fuerza ejecutiva.

6. El derecho del notario al arancel en los países de Notariado de tipo latino

La función pública notarial nace por imperio propio del ordenamiento jurídico que la rige, y la actividad del notario en el marco de la ley, la ética y la equidad es posible por delegación del Estado, con características particulares y distintas de otras actividades o profesiones, entre las que se destaca la responsabilidad propia de los valores que sustenta como pilares del orden y la seguridad jurídica general.

El producto notarial es un bien de confianza. La organización notarial está construida con el fin de ser efectiva y eficaz dentro de la sociedad y con este enfoque —es decir, bajo el punto de vista de la eficiencia— la actividad desarrollada por los notarios y la organización dentro de la que se encuadra estarán justificadas.

La propia supervivencia del sistema notarial y su extendida implantación en los sistemas jurídicos europeos son indicios precisos de su eficiencia²⁷. La eficiencia desde una visión económica del derecho se cumple por la minimización de la suma de los costes que ocasionan las transacciones y de los costes en que es preciso incurrir para evitarlos o reducirlos.

El notario latino responde por su actuación con su propio patrimonio, asume los costes de materiales, empleados por él contratados, oficina, maquinarias y

²⁷ Véase sobre el importante papel que juega la supervivencia institucional o contractual como evidencia de eficiencia en la economía de las organizaciones, M. C. Jensen, "Organization Theory and Methodology", *Acct. Rev.* 58, 1983, pp. 331-332; North, *Instituciones*, pp. 110 ss., esp. 121 ss., y G. Becker, "Comment" al estudio de S. C. S. "On New Institutional Economics", 1992, pp. 66 ss.

924581

sistemas tecnológicos imprescindibles para el desempeño de las tareas de control, información, vigilancia y recaudación de impuestos del Estado.

Si ponemos el acento en el aspecto más estricto del servicio notarial, en la función facilitadora que realiza el notario allanando o construyendo con su intervención al valor de las transacciones, la prevención del litigio, en la información y la recaudación de impuestos de las distintas reparticiones del Estado, decimos que el notario crea valor y que su función es socialmente productiva.

Debemos reconocer la importancia del capital humano necesario para desempeñar la labor transaccional de control de legalidad y para ejercer la función fedante en ocasión de la prestación de los servicios. Y desde esa plataforma la función notarial es posible si contamos con profesionales altamente idóneos, capacitados y actualizados permanentemente, lo que también tiene sus costos.

Los recursos humanos se cuentan entre los principales medios de que disponen las organizaciones para conseguir sus fines. Generalmente cuanto menos enajena una organización a su personal más eficiente es. Sin organizaciones que marchen bien no puede mantenerse un nivel digno de vida, nivel cultural, ni nuestra vida democrática. Así pues, hasta cierto grado la racionalidad de la organización y la felicidad van de consuno²⁸.

La probabilidad de que una persona pueda ser bien calificada en la ocupación para la cual ha sido educada, varía mucho según las actividades. En la mayor parte de los oficios mecánicos es casi seguro el buen éxito; muy incierto, en cambio, en las profesiones liberales²⁹.

El objetivo que perseguimos desde una visión económica del sistema de notariado de tipo latino es examinar en qué medida debe ser retribuido el notario en función de su contribución a la reducción de los costes de las transacciones que tienen lugar en el mercado, entendiendo por tales, tanto los costes privados — que soportan las partes de la transacción— como los costes sociales — que la transacción impone a terceras partes³⁰.

²⁸ Véase Etzione, *Organizaciones Modernas*, T.E. Hipano, México, 1975.

²⁹ Véase Adam Smith, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, traducción española, México, 1981, 103-104 "...Si uno enseña a su hijo el oficio de zapatero es casi seguro que aprenderá a hacer un par de zapatos; pero si lo destina a estudiar leyes la probabilidad de que progresa lo necesario para poder vivir de su profesión no es sino de uno contra veinte...".

³⁰ Abella Adriana, "La función notarial en los países del notariado latino", *Revista Notarial*. CEPBA 956, año 2007, p. 489.

Destacamos y recordamos que la acción funcional del notario latino abarca dos etapas, la profesional y la documental, que constituyen un dualismo inescindible. La función notarial es función preventiva de la intervención del juez, elimina o reduce el riesgo de litigios, cumple el rol de aconsejar en forma imparcial y cumple el servicio público de autenticación. Es en razón de ello que la doctrina y jurisprudencia justifican la norma que impone el acceso selectivo a la profesión con el fin de asegurar la calidad humana de quienes asumen ese doble plano —privado y público— que la función notarial exige. Por ello, entonces, se requiere de incentivos y estructuras organizativas peculiares. Y si se quiere disponer de profesionales de calidad en una actividad crucial de la vida civil y económica de un país es preciso que éstos tengan la oportunidad de obtener ganancias holgadas.

En ese marco la actuación notarial exige la fijación reglamentada de sus honorarios impuesta en beneficio de la sociedad.

Distinguimos las distintas modalidades de retribución: el sueldo, el honorario y el arancel, con la salvedad que los precios que actualmente rigen en nuestro sistema notarial son más bajos que en otros países comparables, tanto "regulados" como "desregulados". El sueldo denota la preexistencia de una relación de empleo y si no existe relación de dependencia se los llama honorarios. La libre fijación de honorarios puede dar lugar a abusos teniendo en cuenta que se presta un servicio público. Por ello el sistema de retribución arancelaria cumple adecuadamente la finalidad.

En los países que adoptaron el sistema de tipo latino es preocupación del Estado proporcionar a los consumidores el beneficio de la certeza del costo del servicio notarial y garantizar la calidad de la prestación, porque es el Estado y no el mercado quien ejerce el control y establece el equilibrio.

La fijación del arancel por ley es proporcional a los intereses que se pretenden ordenar mediante la intervención notarial y establece una justa correlación entre la responsabilidad notarial y su compensación económica.

El desarrollo económico de un Estado ocurre cuando una nación reinvierte el sobrante económico del que dispone en su propia capacidad de producción, con lo cual el sobrante y la inversión crecen sistemáticamente como una bola de nieve. En momentos económicamente difíciles en todos los tiempos el Estado pretende hacer méritos con los contribuyentes a veces a costa de la seguridad jurídica. El subdesarrollo no sólo constituye un conjunto de datos estadísticos que permiten esbozar un cuadro socioeconómico. También constituye un estado mental, una

forma de expresarse, una perspectiva y una personalidad colectiva caracterizadas por algunas enfermedades crónicas y ciertas formas de desajuste.

Es importante que se comprendan los valores que resguarda la función notarial. Si se pretende la desregulación, la liberación del arancel, y la licitación del servicio notarial se pone en peligro la seguridad jurídica y, como consecuencia previsible, el resultado a corto plazo será el debilitamiento de incentivos para la independencia y, a largo plazo, la destrucción del mecanismo de autoselección, menor inversión de capital humano, aumento de costes al Estado, reducción de la vigilancia mutua.

Ésta es la razón por la cual la organización notarial posee fuertes componentes monopólicos y también la razón por la cual el Estado es el responsable de preservar el funcionamiento del sistema, regulando su actuación.

El notariado desempeña una función esencial en el seno de la sociedad, y la cumplen los profesionales idóneos e independientes que asumen la responsabilidad por sus actos con todas las consecuencias que ello implica.

“El Estado que disminuye a sus hombres hallará que las cosas grandes no pueden hacerse por hombres pequeños”³¹.

La intención en determinadas épocas y estados de la intervención notarial con liberación de precios carece de fundamento y sustento jurídico, social, económico y ético, pues nadie puede sostener que el trabajo no ha de ser retribuido equitativamente en razón de las exigencias de la idoneidad y la responsabilidad que la asunción de la tarea impone.

Si se regla el acceso para el ejercicio del notariado corresponde la reglamentación del sistema retributivo. Teniendo en cuenta el rol del notariado en la sociedad, la seguridad jurídica del estado en la función de autenticación, el carácter de profesional del derecho y el ejercicio de la función pública, el sistema de retribución arancelaria es el más adecuado³².

³¹ Véase John Stuart Mill, *El Estado y el ciudadano*.

³² Abella, Adriana, “La función notarial en los países de notariado latino”, *Revista Notarial*, CEPBA, número 956, año 2007, p. 489.

Capítulo 6: Fe pública

1. Concepto

Larraud¹ dice que la palabra fe puede utilizarse con diferentes significados:

“[...] fe es la creencia o confianza en algo que no hemos percibido por nuestros sentidos, que aceptamos por la autoridad de quien lo dice, o por la fama pública. Es la fe que el pueblo deposita en el notario, o en el documento que él autoriza, es la creencia en algo que no hemos visto, pero en lo que creemos por la autoridad de quien lo afirma... fe es la seguridad que se da acerca de la verdad de algo; fe es una cualidad o calidad, un grado de eficacia demostrativa de algo...”

La fe pública es la convicción del Estado de la certeza de un hecho o de una relación jurídica que se impone a los particulares, abstracción hecha de su creencia individual².

Etimológicamente la fe pública significa lo que es propio del pueblo, lo que se refiere al pueblo. En sus comienzos era verdaderamente pública, pues consistía en el testimonio de todos al verificarse las actas ante el pueblo; pasó luego a

¹ Larraud, R., *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1966.

² Jiménez de Arnau, E., *Derecho notarial español*, vol.1, Pamplona, ed. Universidad de Navarra, 1964, p. 32.

los testigos, se encarnó en el magistrado y se concedió al notario, confiriéndole autoridad pública y facultad de certificar, para hacer verdaderos y ciertos los hechos que presencie.

Para Mengual y Mengual *el fundamento de la fe pública*

"[...] se halla en la necesidad que tiene la sociedad para lograr estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos. La fe pública es el asentimiento que, con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo manifestado por aquellos a quienes el poder público reviste de autoridad asignándoles una función"³.

Ni las leyes, ni las sentencias judiciales, ni los documentos notariales, podrían tener eficacia ante la sociedad organizada, si a cada momento pudiera ponerse en duda la legitimidad o autenticidad de su contenido.

Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de libre albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autónomamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social⁴.

Zinny⁵ sostiene que la fe pública es la creencia legalmente impuesta.

Bardallo⁶ advierte dos aspectos de la fe pública, "uno subjetivo como la potestad que se manifiesta en la acción de dar fe, de autorizar, de asegurar el carácter real o verdadero de los hechos, y otro objetivo, como calidad jurídica del documento que adquiere carácter auténtico".

La fe pública es potestad legal atribuida a ciertos funcionarios que tienen por objeto presenciar y representar en los documentos hechos evidentes que en la expresión documental se presumen verdaderos o auténticos. Como calidad

³ Mengual y Mengual, J., *Elementos de derecho notarial*, t. II, vol. II, Barcelona, ed. Bosch, 1933, p. 116.

⁴ Jiménez de Arnau, E., *Introducción al derecho notarial*, Madrid, 1941, p. 25.

⁵ Ziny, M., *El acto notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1990.

⁶ Bardallo, J., "Fe pública notarial", *Revista del Notariado* 769, p. 19.

jurídica, es el carácter auténtico que el ejercicio de la potestad de dar fe comunica al documento autorizado, con respecto a su contenido y autoría.

Para la jurisprudencia la fe pública ha sido definida como "una potestad del Estado que obliga a tener por ciertos y auténticos determinados hechos [...] La fe pública es pues una expresión de la soberanía del Estado delegada en determinados funcionarios; cuyo dicho es tenido por cierto por su sola afirmación, mientras no sea argüido de falso y declarado tal en sentido firme"⁷.

La función de dación de dar fe se impone por la seguridad social de afianzar los intereses jurídicos, y por la demanda en el tráfico de los individuos, particularmente interesados en hacer autenticar los hechos y actos jurídicos por ellos procreados.

Nos dice Larraud⁸:

"El Estado confiere fe pública, autoridad al notario y el pueblo por un fenómeno más sociológico que jurídico, deposita colectivamente su confianza en aquellos documentos que el notario expide en el ejercicio de sus funciones".

2. Clases

La fe pública se divide para atender sus respectivas necesidades de autenticidad. Se distingue la fe pública legislativa, administrativa, judicial y notarial.

El fundamento de la división tiene por base el carácter o naturaleza de los hechos materia de la fe pública y el ámbito natural en el que se producen.

a) *Fe pública legislativa*. Es la atribuida en especial a los secretarios de las Cámaras Legislativas, Asamblea General, comisiones, etc., y tiene por objeto los actos o hechos cumplidos en la actividad propia de dichos órganos.

b) *Fe pública administrativa*. Es atribuida a múltiples funcionarios que sirven a la Administración Pública, en el campo de su actividad específica: secretarios de las oficinas públicas, los encargados de las mesas de entrada, los archiveros, los sumariantes, los encargados de los registros administrativos; los registradores públicos; los oficiales del Registro del Estado Civil; etc. Tiene por objeto los

⁷ CNCiv en pleno, "Cock Guillermo", 5/10/48, JA 1949-I-443.

⁸ Larraud, R., *Curso de derecho notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1966, p. 594.

actos, hechos o datos cumplidos o existentes en el ámbito correspondiente a la Administración Pública.

c) *Fe pública judicial*. Corresponde a los secretarios de los tribunales de justicia, se origina en el ámbito procesal y en cuestiones sometidas a su decisión y tiene por objeto los actos, hechos o datos de los procedimientos cumplidos.

d) *Fe pública notarial*. Comprende a los notarios investidos con la potestad legal de autenticación que tiene por objeto hechos jurídicos dentro de los límites de la competencia, con fines de prueba o demostración.

Pondé no comparte la tendencia divisionista. "Dentro de la fe pública única pueden hacerse distinciones o distingos en razón de las diversas funciones, en atención a la clase de hechos diversos [...] A su vez, la fe pública puede aceptar posibles distinciones basadas en esa clase de hechos en los que se exterioriza, pero no obstante, permanentemente, sigue siendo una [...] La fe notarial es la que posee el notario, él sólo, por eso es personal y personalísima"⁹.

Según el objeto de evidencia distinguimos la fe originaria y derivada.

Decimos que la fe originaria se presenta cuando el oficial público da fe de la existencia del hecho que percibe por sus sentidos y el hecho que realiza él mismo.

La fe de las copias o concurda de una escritura o de cotejo, es fe derivada de primer grado pues trata de la fidelidad a un documento con fe pública originaria, y existe fe derivada de segundo grado si el notario certifica copias o reproducciones.

3. La fe notarial

Siguiendo a Couture, "la fe pública es una calidad propia, que la intervención notarial acuerda a ciertos instrumentos".

Esa calidad es constante en todos los documentos emanados de escribanos que actúen en el ejercicio regular de su función; pero su eficacia es variable, ya que esa calidad es independiente de la significación probatoria del documento.

El distinguido jurista dijo:

⁹ Pondé, E., *Tríptico Notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1977.

"Que el concepto de fe pública se asocia con el de función notarial, de manera más directa que a cualquier otra actividad humana. El escribano da fe de lo que percibe por sus propios sentidos, y el derecho da fe a lo que el escribano asegura haber percibido, y, por dicha razón, esta fe es pública. Al autorizar la ley al notario para dar fe, le transmite ese grado de credibilidad que el mismo poder central tiene, por llevar en su seno, condensada la verdad. Forma, documento y paz son significaciones íntimamente ligadas al derecho que difícilmente podrán ser separadas. La fe pública sirve a ellas de manera directa"¹⁰.

Martínez Segovia afirma:

"Fe notarial, es la autoridad que la ley acuerda al notario para dar valor jurídico al todo o parte del documento notarial y de su contenido —negocial o de hecho— entre partes y con respecto a terceros, autoridad de plena fe que sólo puede ser vencida por querrela de falsedad [...]. La fe notarial es una potestad legal de autenticación de hechos dentro de los límites de la competencia y con fines de prueba"¹¹.

4. La fe pública en el documento notarial

La exigencia de formas redundante en beneficio del valor y eficacia de los actos y contratos que se realizan con la intervención del notario. La seguridad de las relaciones jurídicas particulares exige necesariamente de la seguridad de su prueba¹².

¹⁰ Couture, E. J., "El concepto de fe pública", *Revista del Notariado* n° 546, Buenos Aires, p. 41.

¹¹ Martínez Segovia, *op.cit.*, nota 16. p. 22.

¹² Véase Núñez Lagos, R., *Hechos y Derechos en el documento público*, Ministerio de Justicia Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1950, p. 81; nos dice que el mundo jurídico está dividido en el campo de las normas y de los hechos. Así como toda la norma jurídica pertenece indiscutiblemente al mundo jurídico, la mayoría de los hechos no preocupan al derecho, únicamente ciertos hechos son los que interesan al derecho y éstos que no son indiferentes al mismo, son la fuente de los derechos subjetivos: son los hechos jurídicos. La existencia del hecho es el primer problema para la aplicación del derecho, ya que la existencia de la norma dejó de ser un problema desde

En el notariado de tipo latino la dación de fe se completa con el asesoramiento, la legalidad, la legitimación, la configuración, y cubre la cuota de seguridad que el tráfico reclama.

La prueba del hecho y del contrato resulta siempre asegurada, ya que el protocolo, custodiado por el notario primero, por el archivero después, protege la conservación del documento.

Es mediante el documento auténtico, continente del hecho documentado, que el hecho perdura y trasciende.

Para entender el valor probatorio del documento notarial es importante advertir que la fe pública en el documento es sólo una simple parcela y que la fe pública tiene sus propios límites.

Conforme el artículo 993 del Código Civil:

“El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia”.

La acción de falsedad es la que puede destruir el valor de autenticidad o de fe pública que tiene la escritura pública en algunos aspectos.

Como explica Zinny¹³ una cosa es el contenido de la dación de fe, que no es otro que la percepción sensorial del notario, y otra el juicio del notario. *Debemos separar en la escritura, el acto de las partes, y el acto del notario, y atribuir a cada uno de ellos los efectos propios.*

la publicación en diarios oficiales. A la expresión del hecho o declaración del mismo se la puede llamar forma. Es la figura o perfil con que el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico. La forma, como el lenguaje, es un medio de expresión y comunicación. Lo que la palabra es a la idea, es la forma al hecho jurídico. El hecho jurídico, una vez que existe, bien en forma libre, bien en forma obligatoria, es valorado por el orden jurídico. El juez aprecia la existencia del hecho. Pero el hecho jurídico es fugaz. A la exteriorización hay necesidad de agregar la posibilidad de reproducirlo. La forma se convierte en problema de prueba. El hecho pasado ha de hacerse presente: éste es el punto de vista de la prueba en juicio. El hecho presente ha de hacerse valer en el futuro: es el punto de vista de la prueba preconstituida. Lo que partes y testigos a posteriori reproducen no es en verdad el hecho pasado, sino su recuerdo personalísimo de una imagen intelectual de ese hecho pasado. De ahí el valor del documento.

¹³ Zinny, M. A., *El acto notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1990, p. 35.

Los juicios que realiza el notario de capacidad, legitimación, legalidad, no están amparados por la fe pública.

Así podemos distinguir la fe pública, la ejecutividad y los efectos sustantivos.

5. Fases de la fe pública

El acto notarial está dotado de fe pública –notarial, personal e indelegable– y requiere de cuatro fases¹⁴:

- a) fase de evidencia, requiere que el autor del documento perciba los hechos a través de sus sentidos o narre los hechos propios,
- b) fase de solemnidad, exige que el acto de evidencia se produzca en un acto solemne, regulado en cuanto a sus formalidades, que dan garantía de la percepción, expresión y conservación del hecho histórico,
- c) fase de objetivación, requiere que el hecho percibido sea plasmado en un objeto, pasarlo de la dimensión acto a la dimensión documento,
- d) fase de coetaneidad entre el hecho de la evidencia, que implica el acto y la actividad documentadora.

6. La causa y efectos de la dación de fe

Zinny advierte que:

“La causa de la dación de fe notarial es la de dar certeza al comportamiento, y coincide con la razón de ser de aquella, brindar certeza fuera del proceso para garantizar al orden jurídico una base extraprocesal de estabilidad y equilibrio. La función que el derecho asigna a la dación de fe es la de dotar de certeza al comportamiento, fenómeno o resultado que ella tiene por objeto. Por otra parte este cometido es cumplido por la dación de fe mediante la fe pública, que es el efecto que el derecho le fija y conforme el cual se nos sujeta a todos, incluido en su caso el juez, a creer en la veracidad del notario”¹⁵.

¹⁴ Núñez Lagos, R., “La fe pública”, *Revista de Derecho Notarial* n° 17 y 18, Madrid, 1957.

¹⁵ Zinny, M., *op. cit.*

La fe pública es la creencia impuesta por la ley de la autoría de ciertos objetos (documentos), la autoría y la data del acto público, al hecho que ha tenido lugar —el acontecimiento y/o comportamiento— y que ha existido el resultado material, narrado y/o descrito por el notario¹⁶.

7. El valor probatorio del documento notarial¹⁷

La fe pública es creencia impuesta por la ley. En cuanto tal, ella sujeta a todo el mundo, incluido el juez, a creer en la autenticidad del documento y en la veracidad del notario.

Para las partes, los terceros y el juez, el documento notarial debe considerarse probado; el documento es obra del notario, lo narrado por el notario ha tenido lugar donde, cuando y como éste lo narra.

La fe pública *no se extiende*

- a) a la validez de los hechos documentados,
- b) a la sinceridad de las declaraciones realizadas ante el notario,
- c) al temor o violencia o error que pudieran sufrir las partes al declarar.

La autenticidad externa produce fuerza probatoria formal de su genuinidad y autoría por los elementos materiales.

La autenticidad corporal es:

- a) correspondencia exacta con la matriz cuando se trata de copias;
- b) signos formales que le acrediten como documento público de la especie a que pertenece, especialmente el que determina que su autor es el funcionario público en ejercicio de la función;
- c) conservación e integridad documental. Se refiere a ello el artículo 989 CC.

La autenticidad interna:

- a) hace plena fe de la verdad del hecho histórico, y
- b) de su exacta correlación con lo visto, oído y narrado por el notario.

Como resultado de su potestad autenticante si el notario actúa dentro de su competencia y observa las formalidades prescriptas, el documento lleva una verdad impuesta o certeza sobre lo que se dice o se narra en el texto, y constituye

¹⁶ Zinny, M., *op. cit.*, p. 67.

¹⁷ Despacho de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1991.

la prueba por antonomasia prevista por el legislador, en el proceso o fuera de él, que incluso se sustrae a la valoración del juez mientras una sentencia definitiva en proceso civil o penal no declare su falsedad.

La fe pública no asegura la eficacia del acto, la sinceridad de las manifestaciones, la legalidad del acto ni la legitimidad.

Procesalmente se distingue entre la verdad impuesta, la verdad supuesta y la verdad puesta.

Son verdad impuesta, prueba tarifada por la ley, las declaraciones del notario contenidas en el documento respecto de los hechos y actos que han sido cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia, y el hecho de la declaración de las partes ante el notario.

Los instrumentos públicos gozan de plena fe respecto de las partes y demás sujetos intervinientes en el acto, como con relación a terceros. La plena fe sólo se destruye por redargución de falsedad.

Las declaraciones del notario que respondan a apreciaciones subjetivas en la constatación de hechos no hacen plena fe.

La autenticidad ideológica está prevista en el Código Civil en el artículo 993, que se refiere a la existencia material de los hechos que el oficial público declara como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia y en los términos del artículo son atacables por la acción de argüción de falsedad que puede intentarse por acción civil o criminal.

Se puede plantear la falsedad instrumental en todo o en parte, considerando el instrumento en sí mismo; por falsedad externa y por falsedad interna o del contenido del documento.

La eficacia probatoria del documento no varía, se trate de una escritura pública, un acta notarial o la mera certificación de firmas.

El artículo 993 del Código Civil menciona los hechos auténticos, y los autenticados los menciona el artículo 994. Auténtico es el hecho realizado por el notario y los hechos que hubiesen pasado en su presencia.

En las declaraciones efectuadas por las partes del negocio documentado, es auténtico el hecho de la manifestación de las partes frente al notario, pero la sinceridad de las enunciaciones directamente relacionadas al hecho o acto pueden ser atacadas por simple prueba en contrario, por acción de simulación. No gozan de plena fe. Las cláusulas que no están relacionadas con el negocio y resultan ser meras enunciaciones que efectúan las partes valen como principio de prueba por escrito.

Todo juicio de valor que emita el notario no necesita ser argüido de falso. Sólo debe ser atacado por simple prueba en contrario (conf. nota artículo 993 CC).

Capítulo 7: Responsabilidad notarial

1. Concepto. Evolución. Criterios de valoración

1.1. La responsabilidad notarial es aquella en la que incurre el notario por incumplimiento de las obligaciones que le impone el ejercicio de su función.

No corresponde adentrarnos en el tema de la obligación y la consecuente responsabilidad, sin previamente señalar que participamos de la resolución que sostuvo el *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino*, en el año 1948, en el sentido de que el escribano es un profesional del derecho que ejercita una función pública.

El notario como profesional del derecho, no puede ejecutar la prestación si no está en condiciones de poner a disposición del cliente una cierta cantidad de energía física o intelectual guiada por una cierta capacidad técnica. Su conducta debe ajustarse a las reglas de técnica, conocimientos requeridos y actualización.

En materia de responsabilidad, la interpretación debe ser siempre de carácter restringido, circunscripto a los casos expresos que una disposición legal haya establecido. Como deber, la norma debe contener el hecho que origina la acción respectiva y, en caso de duda, es de aplicación el principio de derecho que absuelve en tal situación al imputado.

El concepto de responsabilidad notarial ha evolucionado con el transcurrir de los siglos.

Así consigna Bauby que en un pasaje de la vida de Alejandro Severo, Lampridius relata que un tabulario por falsedad de documentos fue desterrado, después de habersele amputado sus dedos. Las leyes bárbaras reeditaban semejantes procedimientos; la de los ripuarios, por ejemplo, los condenaba a la mutilación de los pulgares. El Estado decía participar del daño sufrido por el cliente por el hecho del escribano y la pena representaba, simbólicamente, la destitución en su oficio por la imposibilidad física que provocaba la aplicación de la misma¹.

“La delicada labor que le compete al escribano lo obliga a extremar los recaudos necesarios para asegurarse plenamente de la veracidad de los actos que autentica. La función notarial se asienta en el ‘cavere’ romano, es decir, en velar por alguien, dar garantía, *precavere*”².

Los hechos del escribano pueden afectar al orden público de la sociedad, el interés privado de los ciudadanos o violar los derechos relativos a las relaciones internas de la jerarquía administrativa³.

1.2. El documento notarial es producto de una relación jurídica que comienza con la rogativa y culmina con el instrumento válido y eficaz y en su caso inscripto, complementándose con la guarda y conservación.

Por la naturaleza de los servicios que presta, el notario queda obligado a poner a disposición del particular su trabajo y su servicio conforme las reglas de su profesión.

La tarea documentadora exige el despliegue y cumplimiento de varias operaciones, y en ese ejercicio pueden eventualmente sobrevenir transgresiones susceptibles de engendrar responsabilidad, sea por:

- a) asesoramiento deficiente a las partes,
- b) concreción de la labor documentadora (fedante) con vicios intrínsecos y extrínsecos, y

¹ Mustapich, J. M., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, t. II, Buenos Aires, ed. Adiar, 1955, p. 312.

² SC Mendoza, en pleno, 26/10/1992, Portella JA 1993-II-659.

³ Mustapich, J. M., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, t. II, Buenos Aires, ed. Adiar, 1955, p. 313.

c) inobservancia de los recaudos previos y ulteriores al acto impuestos por la legislación vigente.

1.3. La diligencia debida por el notario tiene un criterio severo de valoración. Existe una inflación obligacional en determinadas relaciones jurídicas, como para Josserand⁴ la prestación de servicios profesionales.

Como toda prestación profesional, la del notario supone el conocimiento de reglas que no son patrimonio de todos y su trasgresión puede ser independiente del desempeño del deudor. Estimamos que el análisis debe hacerse en base a hechos concretos y el juzgamiento en base a circunstancias de apreciación.

Neri⁵ dice que la responsabilidad notarial:

“1) Debe verse restrictamente, pues está limitada a los casos específicos que prescribe la ley, sea que la responsabilidad la acarree un hecho ilícito, delictual o cuasidelictual.

2) En materia de prueba, la cuestión que ella ocasiona debe ser objeto de intervención por la autoridad pertinente, Colegio o Juzgado, según el caso, y de examen y cotejo de las circunstancias, para la consiguiente apreciación.

3) Tiene una medida; pretender asignarle una amplitud mayor sería exponer la función a la inseguridad y peligrosidad de tareas, y la responsabilidad no tendría más límites que la buena o mala respuesta de los jueces, que la encuadrarían a su leal saber y entender, en lugar de hacerlo de conformidad a normas fijas y precisas”.

El notario es un locador de obra intelectual, ya que promete un resultado, la realización de una obra, *opus* intelectual, una escritura formalmente válida.

Parte de la doctrina sostiene que debemos distinguir en su quehacer la actividad profesional de la función fedataria. No compartimos esta postura; la actuación del notario es una y es imposible separar la actividad profesional de la autenticante.

⁴ Josserand, L., *Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, Buenos Aires, ed. Ejea, 1950.

⁵ Neri, *op. cit.*

2. Ámbitos de la responsabilidad notarial

La responsabilidad notarial abarca los ámbitos civil, penal, administrativo o fiscal y disciplinario.

Por un mismo caso el notario puede responder simultáneamente en los distintos ámbitos. La diferencia radica en los distintos bienes o valores jurídicos protegidos que respectivamente tienden a tutelar.

a) La *responsabilidad civil* surge por un acto irregular del notario, cuando en el ejercicio de su función falta a los deberes propios de su actividad, e incumple obligaciones que tengan origen convencional o legal por acción u omisión, culposa o dolosa, productora de un daño que le sea imputable según las reglas de la causalidad, sea a un tercero o a la parte.

b) La *responsabilidad penal*, aun admitiendo que el notario no es funcionario público, cada vez que en el Código Penal se tipifica un delito relacionado con los funcionarios públicos como sujetos activos del mismo, tal tipificación vincula al notario por el ejercicio de la función pública.

c) La *responsabilidad fiscal* acontece por el incumplimiento de los deberes que corresponden por las leyes fiscales y tributarias en su carácter de agente de percepción, y/o retención y/o información.

d) *Responsabilidad disciplinaria*: La responsabilidad disciplinaria del notario ocurre por infringir normas profesionales y éticas que lesionan el correcto desempeño de la función y provocan un daño a los particulares y a la institución.

3. Responsabilidad civil notarial

3.1. La responsabilidad civil se analiza desde la óptica del valor implicado. En la función notarial el valor es la seguridad jurídica.

El fundamento de la responsabilidad se encuentra en el deber jurídico que surge de una norma que prescribe al individuo determinada conducta y la sanción ante la conducta contraria.

“La responsabilidad civil del escribano nace cuando incumple las obligaciones y reglas de la profesión, pero si no existe dolo, culpa o negligencia, no puede

imputársele un mal desempeño en sus funciones, no siendo, en consecuencia, responsable civilmente”⁶.

3.2. Las conclusiones de las *Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil*, en Mercedes, provincia de Buenos Aires, agosto de 1981, son trascendentes para el tema en cuestión.

Sobre responsabilidades profesionales dicen:

1. La denominada responsabilidad profesional es, en principio, una manifestación de las responsabilidades del derecho común.

2. Las particularidades de dicha *responsabilidad profesional* resultan de la importancia o trascendencia de la actividad, que depende de una habilitación conforme a la ley, y que ésta debiera estar reglamentada en su ejercicio.

3. La responsabilidad profesional deriva de una obligación determinada contractual o tiene fuente aquiliana, según los casos.

4. En el tema de la responsabilidad profesional es relevante la determinación de la carga de la prueba.

5. Como uno de los factores en la apreciación de la culpa de los profesionales es menester computar *el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y, en su caso, la condición especial del profesional de que se trate*.

6. Las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad de los profesionales son inválidas.

Los escribanos:

La comisión hace suyas las conclusiones presentadas por la Comisión II de la *X Convención Notarial de la Capital Federal*, Buenos Aires, 28 al 30 de mayo de 1981, sobre responsabilidades del escribano, y en consecuencia declara:

1. Que *la responsabilidad del notario surge de su actuación como “profesional de derecho que tiene a su cargo una función pública”*.

2. Que la función notarial se integra con el asesoramiento a las partes, la configuración del documento y la dación de fe que al mismo le imprime.

3. Que el asesoramiento integra la función notarial, debe ser formulado de conformidad a derecho y propender a lograr seguridad jurídica.

4. Que dada la complejidad y diversidad de tareas del notario puede incurrir en responsabilidad contractual o extracontractual; para ello se tienen que com-

⁶ CNCiv, Sala F, 31/5/84, “Anaeróbicos Argentinos SRL c. Detry, Amaro”, 31/5/84, LL-1984-D-1.

binar cuatro elementos: 1) antijuridicidad; 2) factores subjetivos de atribución de responsabilidad (dolo); 3) daño; 4) relación de causalidad.

5. Responsabilidad civil. Será responsable:

a) *Por asesoramiento en cuanto no responda a los esquemas normativos de manera que pueda verse vulnerado el valor "seguridad jurídica" que caracteriza a la función notarial.*

b) *En cuanto a la función documentadora: responderá por los vicios extrínsecos o de forma, que determinan la nulidad del documento, y por vicios intrínsecos o de fondo referidos a su propia competencia, a la ilicitud del acto, a la capacidad de los otorgantes y a su legitimación, y a la eficacia del negocio en cuanto a su validez como tal.*

c) *En cuanto al cumplimiento de la legislación registral en actos previos y posteriores al otorgamiento de la escritura. No media responsabilidad: 1) cuando se trata de aplicar principios de derecho controvertidos; 2) ante la culpa del propio interesado; y 3) en supuesto de casos fortuitos o de fuerza mayor.*

6. Responsabilidad del titular por actos u omisiones del adscripto. La relación existente es atípica y característica del derecho argentino y genera responsabilidades específicas reglamentadas por las leyes locales.

7. Responsabilidad por el estudio de títulos. *El escribano responde por el defectuoso estudio de títulos, tanto que el mismo sea realizado por el escribano autorizante o el referencista, sin perjuicio de los derechos subjetivos que surgen de la relación existente entre ambos.*

8. Responsabilidad por la dación de fe de conocimientos. La dación de fe de conocimientos es pilar fundamental de la función notarial. Debe mantenerse en toda su extensión pese a las transformaciones de la vida moderna.

9. Responsabilidad del escribano por los hechos de sus dependientes. El escribano debe responder por los hechos u omisiones de sus dependientes conforme a las disposiciones del derecho privado vigente.

4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del notario. Teorías

La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del escribano público depende de la postura adoptada sobre la naturaleza jurídica de la actividad notarial y del vínculo entre el notario y el requirente.

La doctrina sostiene tres posiciones⁷:

a) La responsabilidad es siempre extracontractual (artículos 1112, 1066, 1067); con culpa (901, 903, 1109), con dolo (905 y 1072)⁸.

Quienes sostienen que el escribano de registro es funcionario público concluyen que su responsabilidad es extracontractual (artículo 1112 del Cód. Civil).

b) La responsabilidad es contractual frente a las partes y extracontractual frente a los terceros (artículos 520, 521, 512, 4023 y conc. CC y por 1109, 1113, 4037 y conc. CC)⁹.

Esta corriente entiende que el escribano se contacta jurídicamente con el cliente y celebra un contrato. La responsabilidad es contractual inter partes; empero, si el notario se niega a prestar su cometido injustificadamente cuando las leyes se lo imponen o se genera con su acto un detrimento a terceros, su responsabilidad será aquiliana.

La relación jurídica notarial es de carácter contractual y genera un proceso inescindible que comenzando con el requerimiento tiende a la obtención de un documento notarial ajustado al ordenamiento jurídico. La responsabilidad notarial con relación a los terceros a este vínculo es de carácter extracontractual. La relación notario-Estado es de derecho público y extracontractual.

c) La responsabilidad puede ser contractual o extracontractual¹⁰.

⁷ Véase CNCiv, Sala C, "*Quiroga c. Viale*", 5/11/76, LL 1977-B-178.

⁸ Salvat-Acuña Anzorena, *Tratado, op. cit.*, t. IV, n° 2983, p. 310. Salvat expresa: "Para que la responsabilidad de los escribanos exista, es necesario que concurren los diversos requisitos que la ley exige en los artículos 1066 y 1067, o sea una prohibición u obligación de la ley que prohíba o imponga la realización del hecho en cuestión y un daño causado con dolo o culpa".

⁹ Lloveras de Resk, M. E., "Responsabilidad de los escribanos...", *op. cit.*, ED, 105-936. Ferrari Ceretti, "Responsabilidad civil del escribano", JA, 1986-II-725. Bustamante Alsina, J., *Teoría...*, *op. cit.*, p. 417. Bueres, A., *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 1984, p. 36 y ss. Mazeaud-Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, trad. Alcalá Zamora, t. I, v. VII, n° 513, Buenos Aires, ed. Ejea, 1962, p. 186, consideran que el contrato es un "mandato" cuando los actos de los notarios son ajenos a su ministerio. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 7° ed., t. II, n° 2764-2765, París, 1917, p. 840, en los casos de redacción de contratos hipotecarios el escribano es responsable, pues existe un mandato expreso o tácito. Para Santos Briz, *La responsabilidad civil... Derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1977, el contrato es una locación de servicios.

¹⁰ Colombo, *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, Buenos Aires, ed. Ejea, p. 258, entien-

Esta corriente reconoce, pese a enrolarse en el esquema funcionarista, que el notario realiza una doble actividad: como funcionario público labra en su protocolo escrituras, asumiendo una responsabilidad aquiliana o extracontractual por sus omisiones u errores culposos; como profesional liberal cumple fuera del protocolo diversas labores que vinculan al notario con el cliente en el marco de un contrato, asumiendo una responsabilidad de tipo y naturaleza contractual.

Postulo la valoración integral de la actuación notarial sin diferenciar entre función pública y privada, pues no existe un notario oficial público distinto del notario profesional sino que ambas calificaciones se combinan en una figura unitaria.

Si bien existen actividades notariales extradocumentales, se entiende que es en el quehacer documental donde se muestra en plenitud la totalidad de las manifestaciones funcionales.

Al caracterizar al escribano de registro como profesional del derecho a cargo de una función pública me enrolo en la postura que entiende que la responsabilidad del escribano es contractual con las partes, extracontractual en relación con terceros.

5. Responsabilidad en el Código Civil. Presupuestos de la responsabilidad

5.1. Para los Mazeaud¹¹, una persona es responsable, siempre que deba reparar un daño; para Jossierand¹², aquel a quien se le endose definitivamente el daño realizado deberá ser calificado de responsable, aun cuando fuere la víctima directa del hecho dañoso.

de que cuando los actos pasan ante el protocolo del escribano, su responsabilidad es extracontractual. En los demás casos de realización de tareas "no esenciales" hay un contrato donde según su decir: "el vínculo se puede considerar como '*locatio operarum*', o de obra, o un mero mandato, ya que -conforme su cálida expresión- de todo hay en la viña del Señor".

¹¹ Mazeaud, H. y L., *Manual Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil*, trad. Alcalá Zamora, Buenos Aires, ed. Ejea, 1961.

¹² Jossierand, L., *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, Buenos Aires, ed. Ejea, 1950.

La reparación civil consiste en una prestación que se impone al responsable de un daño injusto. El objeto de la prestación de la indemnización por daños consiste en una suma de dinero¹³.

Conforme el artículo 499 CC, no hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia o de las relaciones civiles.

La responsabilidad civil se define actualmente como la obligación de resarcir un daño injustamente sufrido, poniendo el acento sobre la reparación de la víctima antes que sobre la sanción del responsable.

5.2. El fundamento de la responsabilidad evolucionó desde el principio de la culpa y de la presunción de su existencia hasta el principio del riesgo, que evoca la idea de un hecho con consecuencias que deben ser indemnizables, con independencia de la culpa.

En la Argentina se incorporó a nuestro ordenamiento en el siglo pasado en la ley de accidentes de trabajo. Se afirma así que, cuando la actividad de una persona crea un riesgo, ésta debe reparar las consecuencias dañosas que puedan derivar del mismo; el perjudicado sólo debe acreditar la relación de causalidad entre el daño y la actividad o hecho que lo ocasionó¹⁴.

No existe total acuerdo en doctrina acerca de cuáles son los presupuestos de la responsabilidad civil. Tradicionalmente se mencionan: el obrar humano, la antijuridicidad, los factores de atribución, el daño y la relación de causalidad.

Sin embargo, mientras que algunos autores consideran que la acción humana es un elemento indispensable, otro sector doctrinal estima que ella sólo tendría real importancia en los supuestos de responsabilidad por hecho propio, o bien que podría subsumirse en la relación de causalidad, en el factor de atribución o en la antijuridicidad.

También se discute la validez de la antijuridicidad, fundamentalmente frente a la constatación de la existencia de supuestos de responsabilidad por actos lícitos. En tal sentido, el Proyecto argentino de Unificación Civil y Comercial de 1998 elimina toda referencia a la antijuridicidad en tanto presupuesto del

¹³ Alterini, A., *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987.

¹⁴ Ray, J., "Responsabilidad en el derecho y en especial en el marítimo", *Lexis Nexis* 27/2/2002.

deber de responder, aunque mantiene las causas de justificación clásicamente admitidas como excluyentes de responsabilidad.

No obstante ello, parece existir consenso doctrinal sobre al menos tres elementos de la responsabilidad civil: el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

Para que pueda predicarse la calidad de responsable de una persona sería necesario, al menos, que exista un perjuicio; que entre éste y la acción del sindicado como responsable, de una cosa de la que éste es dueño o guardián, o de una persona por la que se debe responder, haya un vínculo de causalidad; y finalmente, que la reparación de ese daño le sea imputable sobre la base de algún factor de atribución subjetivo u objetivo.

“En el plano filosófico la idea de causalidad suscita innumerables problemas. Hume, ha negado la exactitud de la idea misma de causalidad, afirmando que ella no es sino una relación arbitraria creada por el entendimiento¹⁵, y a partir de Kant sabemos que la causalidad no está en el orden de las cosas, sino que ella constituye una categoría ‘puesta’ por el entendimiento humano, un concepto *a priori* del que se sirve nuestra razón para ‘ordenar’ y conocer el mundo”¹⁶.

5.3. Obrar humano

El sujeto responderá:

- a) por el incumplimiento de sus obligaciones,
- b) por la comisión de actos que perjudiquen a los demás, ya sea delito o no, y
- c) por incumplimiento de los deberes legales.

Las conductas que poseen trascendencia normativa que conforman una ilicitud objetiva son el primer sostén de la responsabilidad civil.

¹⁵ Hume, D., *Investigación sobre el conocimiento humano*, trad. de J. Salas Ortúeta, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 98 y ss. Así, en la ley francesa de 1985 sobre accidentes de circulación, la causalidad vendría a ser reemplazada por el concepto de “implicación”, que serviría para determinar, a la vez, los daños cubiertos por el seguro, y el asegurador que deberá hacerse cargo de la reparación. Se aproximaría a la seguridad social más que a la responsabilidad civil propiamente dicha.

¹⁶ Kant, I., *Crítica de la razón pura*, trad. de M. García Morente y M. Fernández Núñez, México, Porrúa, 1987, p. 119 y ss.

5.4. Imputabilidad

Un obrar es imputable a alguien cuando puede ser referido a su conducta; ese sujeto es moralmente imputable si obró voluntariamente y sólo es jurídicamente imputable cuando lo ha hecho transgrediendo el ordenamiento jurídico.

Para que se genere el deber de reparación, el comportamiento debe ser contrario al orden positivo, pero además se requiere que la conducta sea atribuible al sujeto, es decir, sea imputable, que ocasione un daño y que exista relación de causalidad.

5.5. Factores de atribución

5.5.1. La responsabilidad es:

- a) *Subjetiva*: cuando el eje de la atribución recae sobre la persona del autor
- b) *Objetiva*: contenida en el artículo 1113 del Código Civil. Se denomina también teoría del riesgo creado, en la que el núcleo sobre el que se basa la imputación no es solamente la autoría sino un daño potencial, que se le atribuirá, cuando ocurra, a quien con su conducta lo hizo posible. Éste podrá liberarse probando el caso fortuito.

Los factores de atribución subjetivos:

- a) *por los actos ilícitos*: culpa y dolo, y
- b) *por el incumplimiento contractual*: culpa, dolo y malicia.

5.5.2. Culpa

En el Código de Vélez la responsabilidad asienta en la culpa.

Conforme el artículo 512 del Código Civil: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

El accionar puede ser con imprudencia, negligencia o impericia.

- a) *Negligencia*: conducta contraria a las normas que imponen determinado comportamiento, solícito, atento, sagaz.

b) *Imprudencia*: acción de la cual habría que abstenerse, o una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura.

c) *Impericia*: incapacidad técnica para el ejercicio de una función, profesión o arte.

La diligencia en sí es un hecho material que adquiere relevancia en el plano jurídico ante el caso concreto y adaptable a cada situación particular.

5.5.2.1. Consideramos que la culpa es una noción unívoca, que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inexecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos.

Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa. Para alguna doctrina la culpa del profesional no cabe incardinarla en la moderna teoría del riesgo, ni cabe aplicar a ella planteamientos objetivadores, ni aun postular en este terreno inversiones probatorias... Sigue respondiendo a los tradicionales criterios que exigen "culpa o negligencia", por cuanto la obligación del profesional no constituye una obligación de resultado, sino que tiende, simplemente, a poner los medios necesarios y la habilidad precisa en cada campo de actuación... Dicha norma de conducta constituye una adecuada regla para medir la conducta profesional, y que toma en consideración diversos parámetros, esencialmente: a) la adecuación de la conducta con la técnica normal requerida, b) la capacidad técnico-profesional del experto y c) la adaptación al caso concreto. Corresponde al perjudicado probar la existencia del daño, su cuantía o extensión, la intervención del agente en su producción, su falta de diligencia y el nexo causal preciso y, ello, de acuerdo con el principio general que en materia probatoria establece nuestro Código¹⁷. Pertenecemos a un segmento doctrinario que afirma la supervivencia de la culpa como factor de atribución en el derecho moderno y como eje del sistema de responsabilidad en el derecho argentino, a tenor de los textos legales vigentes, cuya única interpretación razonable es ésta¹⁸.

¹⁷ Concepción Rodríguez, José Luis, "Derecho de daños", 2º ed. Bosch, Barcelona 1999, p. 241.

¹⁸ Cazeaux, N.-Trigo Represas F. "Derecho de las obligaciones" t. IV, p. 502 n. 2412, López Mesa, "Curso de derecho de las obligaciones", t. III, p. 78; Casillo Juan J., "Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor" LL 1990-C, 509

Se ha demostrado acabadamente que la desaparición de la culpa constituye una aspiración y perjuicio, más que una realidad; dicho factor atributivo conserva genuina importancia en diversos ámbitos: 1) la culpa de la víctima normalmente hace que ésta no pueda reclamar indemnización por el daño y 2) la culpa es el principio rector de atribución de responsabilidad a los profesionales¹⁹. Con lo que va dicho, no compartimos en absoluto el criterio de objetivar la responsabilidad de los profesionales. Es más, aun quienes proponen una objetivación "equilibrada" se ven obligados, inmediatamente después, a reconocer los riesgos que tal objetivación entraña los que, además, admiten que no se pueden ponderar previamente con exactitud. Para responsabilizar a un profesional por un acto suyo, debe existir una culpa o negligencia -por acción u omisión- de éste, probada en juicio, en el desarrollo de dicho acto... Nos manifestamos de tal modo contrarios a la objetivación de la responsabilidad profesional en general, excepción hecha de algún supuesto puntual, que por sus características merezca tal tratamiento. En nuestro entendimiento, la culpa debe seguir -y de hecho sigue- siendo el eje del sistema de responsabilidad civil... no nos convence la objetivación integral de la responsabilidad profesional, sin perjuicio de que esa objetivación sea necesaria en algunos supuestos excepcionales, coincidiendo con la consideración de las obligaciones incumplidas que les dan origen como obligaciones de resultado²⁰.

Se ha resuelto que en el resarcimiento de los daños no es de aplicación la idea de responsabilidad objetiva, por lo que no puede prosperar la acción de responsabilidad si no se ha probado una culpa incontestable, patente, en el demandado, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes²¹.

5.5.2.2. Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada,

¹⁹ De Ángel Yagües, Ricardo, "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1996, pp. 30/44.

²⁰ López Mesa, Marcelo, Responsabilidad Profesional su actualidad en el Derecho europeo. La ley, 23.6.2004, p. 1.

²¹ Trib. Supremo de España, Sala 1º, 4-3-93, ponente: Sr. Santos Briz, Archivo LL (Esp.), t. 1993, p. 553.

excepto en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes (artículo 909 CC).

5.5.3. Dolo. El dolo configurativo del delito civil exige ejecución del acto a sabiendas, intención de dañar.

Así el artículo 931 del Código Civil dice: "Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin". Como elemento de delito civil: artículo 1072 del Código Civil: "El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código *delito*". Y como causa de incumplimiento contractual conforme el artículo 506: "El deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses que a éste resulten por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación"; para ello es indispensable una intención deliberada de no cumplir.

La doctrina distingue el dolo directo y el eventual.

a) *Directo*: el sujeto actúa para provocar el daño, hay una voluntad concreta de dañar.

b) *Eventual*: no se actúa para dañar, no hay tal voluntad, pero, pudiendo evitar el daño, no se evita. "El dolo agrava la responsabilidad del autor del acto ilícito, extendiendo el daño resarcible a las consecuencias causales previstas al ejecutarse el mismo". Para configurar delito civil el dolo debe contener intención nociva (artículo 1072).

En derecho penal, según Soler, existe dolo no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción, y, a pesar de ello, se ha obrado.

La reforma de nuestro Código Civil por la Ley 17.711, incorpora el concepto de inejecución maliciosa, que integra el incumplimiento contractual. Para Alterini es la "misma inejecución deliberada, configurativa del dolo en el incumplimiento contractual". El artículo 506 se refiere al dolo en el incumplimiento de la obligación. La reforma al artículo 521 que introduce la inejecución maliciosa de la obligación, no puede ser distinta al dolo del 506.

5.6. Daño

En la órbita contractual el daño es presupuesto del resarcimiento (artículos 519 y ss. y 622).

En la extracontractual no habrá acto ilícito punible si no hubiere daño causado, u otro exterior que lo pueda causar (artículo 1067).

El daño está definido en el artículo 1068 del Código Civil:

"Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

Es reparable en cuanto a:

- a) la pérdida sufrida (daño emergente) y
- b) la ganancia dejada de percibir (lucro cesante),
- c) el daño debe ser cierto, real, no ficticio.

El daño:

- a) *Patrimonial*: comprende el daño emergente, que es la pérdida sufrida; y lucro cesante: ganancia que se ha dejado de percibir.
- b) *Moral o extrapatrimonial*: cuando lesiona los sentimientos de la víctima, sin afectar su patrimonio.
- c) *Inmediato*: daño que acaece como consecuencia del incumplimiento mismo.
- d) *Mediato*: las pautas para definirlo las encontramos en el artículo 901 del Código Civil: "resulta solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto".
- e) *Remoto*: avanza un paso más que el anterior, porque la relación con el hecho que origina la responsabilidad es distante.

5.6.1 Jornadas de derecho Civil, Lomas de Zamora 2007

Comisión n° 2: Obligaciones

"Cuantificación de la indemnización por daños personales"

De lege lata:

1. Debe distinguirse la valoración del daño de la cuantificación de su indemnización. Valorar el daño importa la determinación cualitativa previa de su existencia, naturaleza, contenido intrínseco y extensión.

Cuantificar la indemnización significa establecer el monto reparatorio.

2. Posición A: Daño es la consecuencia perjudicial que deriva de la lesión a un interés jurídico patrimonial o extrapatrimonial. Las lesiones a la estética, a la psique, al proyecto de vida, etc., no constituyen categorías autónomas y se reconducen necesariamente en las dos únicas categorías que admite el derecho argentino, que son el daño patrimonial y el moral. Sin perjuicio de reconocerse que el daño se subdivide en patrimonial y moral, a los efectos de la cuantificación se tendrán en cuenta los menoscabos incluidos en cada uno de los dos primeros rubros, a la estética, a la psique, a la vida de relación, etc. (mayoría). Posición B: La clasificación de los daños a la persona no se agota en el daño patrimonial y extrapatrimonial, sino que admite otros supuestos con basamento en la Constitución Nacional (Messina de Estrella Gutiérrez).

3. Rige en nuestro sistema el principio de reparación plena o integral del daño injustamente causado. No corresponde apartarse del mismo, salvo previsión normativa en contrario que en todos los casos deberá superar el test de constitucionalidad en su aplicación al caso en concreto.

4. La sentencia debe exponer la metodología y pautas cualitativas y cuantitativas tenidas en cuenta para medir la indemnización, como exigencia indispensable para la motivación suficiente del decisorio.

5. El sistema de cuantificación judicial de los daños a la persona muestra un panorama de preocupante anarquía que conspira contra los valores seguridad, equidad y justicia.

6. Tratándose de cuantificación del daño patrimonial a la persona, particularmente lucro cesante futuro, es necesario acudir a la utilización de fórmulas matemáticas, actuariales u otros parámetros objetivos uniformes, que permitan alcanzar con razonable grado de objetividad un resultado previsible por los justiciables. Ello, sin perjuicio de las amplias facultades del juzgador de incrementar o disminuir fundadamente el monto resultante de dicho procedimiento. La falta de parámetros objetivos produce efectos altamente perniciosos con insalvable secuela de injusticia.

7. La valoración y la cuantificación del daño moral deben tener en cuenta las pautas empleadas mayoritariamente por pronunciamientos judiciales expedidos en casos razonablemente afines a los efectos de evitar decisorios contradictorios en relación con el tema. A tales fines, resulta altamente conveniente confeccionar tablas comparativas de antecedentes judiciales.

8. Posición A: A efectos de la liquidación de intereses adicionados al capital resarcitorio no debe aplicarse la tasa pasiva (Edgardo SAUX). Posición B: A efectos de la liquidación de los intereses adicionados al capital resarcitorio debe aplicarse la tasa activa, sin perjuicio de las facultades de morigeración del tribunal (Mayoría: Alberto J. Bueres, Ramón Daniel Pizarro, Ernesto C. Wayar, Alejandro A. Taraborrelli, Fernando A. Sagarna, Roberto Loustanau). Posición C: A efectos de la liquidación de los intereses adicionados al capital resarcitorio debe aplicarse la tasa pasiva (José Nicolás Taraborrelli, Silvia Bianchi, Alejandra Berton).

De lege ferenda:

1. Posición A: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos y con reflexión del destino que debe darse a las indemnizaciones (En Minoría: Bueres, Pizarro, Saux, Loustanau, Rinessi, Fumarola, Parellada, Rugna). Posición B: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos con destino a la víctima, en los cuales la cuantificación tenga en miras el patrimonio del agente dañador (Mayoría: Wayar, López Herrera, Alejandro Taraborrelli, Cornet, Castro, Magri, Berton, Sagarna, Moeremans, Urrutia, Abdala, Flass, Jalil, Hersalis, Leiva, Ambos).

2. Sin perjuicio del principio cardinal de reparación integral de los daños en algunas hipótesis puntuales (vgr. muerte o gran discapacidad), podría analizarse la posibilidad de prever topes indemnizatorios razonables, con mecanismos de pronto pago que faciliten la más expeditiva percepción del monto resarcitorio, siempre que ellos sean optativos para el damnificado.

5.7. La relación de causalidad

La relación de causalidad supone establecer el ligamen existente entre el acto y sus consecuencias. Para Brebbia, la investigación de la relación de autoría es siempre de carácter subjetivo, mientras que la relación de causalidad es de carácter objetivo, ya que se hace sobre la base de la apreciación de la regularidad de las consecuencias.

La investigación de la relación de causalidad es necesariamente previa a la determinación de la culpabilidad del agente. Para saber si una persona es culpable debe demostrarse que es autor material del hecho con las consecuencias

que se le adscriben. Recién después de haberse adjudicado las consecuencias al acto y demostrada la autoría material y jurídica del agente, sí responderá civil y penalmente por su acción²².

5.8. Módulos diversos de imputabilidad en el Código Civil

a) Consecuencias inmediatas: Son siempre imputables al autor del hecho (artículos 520 y 903).

b) Consecuencias mediatas: Son imputables en tanto y en cuanto sean previsibles en abstracto (artículo 904), o resulten de la inejecución maliciosa de la obligación (artículo 521).

c) Consecuencias casuales: Como regla general son inimputables (artículo 905, parte 1º), con las excepciones siguientes: 1) cuando fueron tenidas en mira por el agente y su acción resulte idónea para producirlas (artículo 905, parte 2º); 2) en el caso de que la acción del sujeto hubiera precedido al caso fortuito, constituyéndose en condición adecuada del evento dañoso (artículo 513).

d) Consecuencias remotas: No se responde por ellas en ningún caso, ya que por su lejanía con el hecho antecedente en el iter causal, quedan al margen de todo cálculo previsible.

Por medio de los artículos 901 a 906, que deben ensamblarse con las pautas circunstanciadas contenidas en el artículo 512 y con la figura del dolo como elemento configurativo del delito civil, se llega a vertebrar una teoría general sobre el debatido problema de los límites de la reparación civil.

Para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial de los agentes (artículo 909 CC).

²² Brebbia, R.H., *La relación de causalidad en el derecho civil*. Rosario, ed. Juris, 1975. Bustamante Alsina, "La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad, LL 1996-D-23; Compagnucci de Caso, R., *Responsabilidad civil y relación de causalidad*, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1984.

5.9. Los sistemas para apreciar la culpa

Son dos:

- a) *In concreto*: se debe juzgar la conducta del autor del daño tomando en cuenta las circunstancias particulares y analizando la conciencia del sujeto.
- b) *In abstracto*: se debe determinar si el comportamiento coincide con el que hubiera asumido el sujeto ideal. No se toma en consideración la mentalidad del agente, sino el interés social.

5.10. Diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual

La corriente moderna evita la diversidad de la responsabilidad contractual y extracontractual en el ordenamiento.

Desde 1961 a la fecha, en distintos Congresos Nacionales se propició la supresión del distingo, así como también adecuar el concepto actual acerca de la amplitud de la reparación del daño.

La ley regula diferencias en las distintas órbitas:

El origen

- a) La responsabilidad contractual es una obligación preexistente que se incumple.
- b) La responsabilidad extracontractual es la violación de un mero deber no obligacional.

Estructura

- a) La responsabilidad contractual sustituye o se adiciona a la obligación preexistente.
- b) La reparación del daño por el hecho ilícito implica una obligación que nace en ese momento.

Edad de discernimiento

- a) Para los actos lícitos a los 14 años, para los ilícitos a los 10 años.

Carga de la prueba

- a) En la responsabilidad contractual el acreedor está eximido de probar culpa del deudor, salvo que la obligación sea de medios.
- b) En la extracontractual la regla es que la víctima pruebe la culpa de quien causó el daño, salvo los supuestos de responsabilidad objetiva.

Producción de la mora

- a) En el contrato, en principio, debe constituirse al deudor en mora.
- b) En el hecho ilícito la mora se produce automáticamente.

Prescripción

- a) En la responsabilidad contractual rige el plazo de diez años.
- b) En la extracontractual el plazo es de dos años.

Extensión de la responsabilidad

a) La responsabilidad extracontractual es más amplia que la contractual. En un hecho ilícito se responde por las consecuencias inmediatas y mediatas y en ciertos casos de las causales.

b) En el incumplimiento contractual la responsabilidad se limita a las inmediatas necesarias si hay culpa, y a las mediatas si hay dolo.

El Encuentro de Santa Fe propicia superar dos tecnicismos jurídicos: la división de áreas contractual y extracontractual de responsabilidad²³, pues –a pesar del artículo 1107– se aplica la doctrina del artículo 1113 del CC a toda categoría de incumplimiento.

5.11. Obligación de medios y de resultado

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado se desconoce en el derecho anglosajón.

En el derecho alemán se la reconoce por la diferencia entre el contrato de servicios y de obra.

En Francia se la conoce como de medio o medios, de prudencia y diligencia. Demogue reconoce la diferencia entre procurar un resultado y comprometer a emplear los medios con la diligencia exigible o previa técnica.

Unidroit contempla la distinción a propósito del contenido de los contratos y omite regular el incumplimiento y sus consecuencias.

²³ Es el sostenido a reclamo de los Congresos jurídicos: "III Congreso Nacional de Derecho Civil" (Córdoba, 1961); "V Jornadas (Nacionales) de Derecho Civil" (Rosario 1971); "Jornadas Australes de Derecho (Comodoro Rivadavia, 1980); "II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil" (Junín, Pcia. de Bs. As, 1986); "III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (San Juan 1986); "Jornadas Nacionales sobre Unificación de las obligaciones civiles y comerciales" (Bs. As. 1986).

La obligación tiene distinto contenido según la manera en que se expresa en el acto o por su propia naturaleza.

- a) En la obligación de resultado quien asume los riesgos es el deudor y en la de medios es el acreedor.
- b) En la de medios el acreedor debe probar la culpa o negligencia y el deudor excepciona si prueba que el hecho no le es imputable.
- c) En la de resultado el acreedor debe probar la existencia del contrato y el hecho del incumplimiento.

En el encuentro de Abogados Civilistas realizado en Santa Fe en el año 1988, se arribó a la conclusión de que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es inoperante a los fines de configurar normativamente el débito profesional.

El deber de la prestación se conforma con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de modo mediato.

- a) Si el factor de atribución fuera subjetivo se debe probar la culpa.
- b) La culpa profesional no es diferente de la culpa en general.
- c) Se debe probar la falta de diligencia, impericia jurídica o el dolo.
- d) Si se presume se invierte la carga de la prueba.
- e) Se exime de responsabilidad probando una causa ajena que irrumpa el nexo causal (caso fortuito o caso de tercero, culpa del damnificado).
- f) Los derechos e intereses de los clientes deben cumplirse con máxima prudencia y diligencia. La diligencia exige un obrar: cuidadoso, exacto, activo.

"La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado es inoperante a los fines de configurar normativamente el débito profesional", ... "el deber de prestación se conforma con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de un modo mediato", así como que "dichos medios deben juzgarse de acuerdo con lo dispuesto por la autonomía privada, las reglas administrativas, civiles, de injerencia externa del empleador o del cliente y el modelo del buen profesional de la especialidad"²⁴.

²⁴ Orgaz, Alfredo, "La culpa (actos ilícitos)", p. 135, Bs. As., 1970; Trigo Represas, Félix A., "Responsabilidad civil de médicos y establecimientos asistenciales", en *Rev. LL*, t. 1981-D, p. 140, texto a nota 26; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de médicos", p. 206, Bs. As., 1979.

El Encuentro de Santa Fe declaró que “la culpa del profesional debe apreciarse según el tipo promedio al que pertenece el agente”²⁵.

²⁵ Véase Alterini, Atilio Aníbal, López Cabana, Roberto M., La responsabilidad profesional (en los congresos de civilistas), *LL*, 1988-E, 723. Lo cual adecúa al concepto, también adoptado de “modelo de buen profesional de la especialidad”. La jurisprudencia suele exigir una diligencia máxima: para las prestaciones médicas, CNCiv., Sala E, ED, t. 119, p. 613, Sala F. J.A., t. 1982-IV, p. 227; CNFed. Civil y Com., Sala I, *Rev. LL*, t. 1985-A, p. 612, fallo 36.757-S, CN Especial Civil y Com., Sala IV, ED, t. 104, p. 209, etc. En tal situación –ha dicho Viney, Genevieve, *op. cit.* n° 533– la causa de liberación se ubica “a veces próxima al caso fortuito”. En sentido concordante, Borda, Guillermo A., “La reforma del Código civil: responsabilidad extracontractual (I)”, en ED, t. 30, p. 809, n° 4 destaca que el nuevo artículo 1113 del CC sólo introdujo oficialmente la teoría del riesgo en nuestro Derecho positivo, desde que la jurisprudencia la “habría aplicado por su cuenta”; esta afirmación tiene sustento en cuanto, con anterioridad a la ley 17.711, los fallos ya habían establecido el afinamiento del concepto de culpa en los hechos ilícitos (conf. Trigo Represas, Félix A., “Responsabilidad civil por accidentes de automotores”, t. 2-b, p. 423, texto y notas 270/272, Bs. As., 1987).

Capítulo 8: Responsabilidad civil del notario en el ejercicio funcional

1. Principios

1.1. La función notarial está enmarcada por una responsabilidad severa, y de acuerdo a Jossierand los notarios responden por todas sus faltas, por mínimos que sean sus errores, de hecho o de derecho.

Pero debemos advertir a quienes juzguen su accionar que no deben olvidar que detrás del ropaje funcional existe el ser humano, que puede tener falencias y ser burlado en su buena fe por un requirente de mala fe.

El notario cumple una función de consultor, consejero y depositario de la confianza general.

Existe el *debitio functionis*. Principio de rogación o de requerimiento y obligación de prestar el servicio.

El escribano actúa con total sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico del país, principio de legalidad.

Interpreta y da forma legal a la voluntad de las partes, principio de calificación.

Debe redactar los instrumentos adecuadamente, y conservar los originales.

Da de fe: Garantía de certeza y seguridad de las relaciones jurídicas.

“Cuando el escribano se contacta jurídicamente con el cliente celebra un contrato, razón por la que él debe responder, creándose un vínculo básicamente de naturaleza contractual inter partes. Claro está que si el notario se niega a prestar

su cometido injustificadamente cuando las leyes se lo imponen, o si genera con su acto un detrimento a terceros, su responsabilidad civil será aquiliana¹.

“La caracterización básica del escribano de registro como profesional del derecho, conduce naturalmente a que corresponda la teoría contractualista de la responsabilidad del escribano ante su cliente; por ello es que no es posible plantear únicamente el tema dentro de la responsabilidad extracontractual, y es poco compatible con la unidad de actuación del escribano dibujar una nítida línea de separación entre su misión como fedatario o como simple contratante².”

La doctrina y la jurisprudencia en su mayoría entienden que el notario:

a) Responde contractualmente con la parte y extracontractualmente con los terceros³.

b) El escribano promete un instrumento público formalmente válido. Se trata de una obligación de resultado aunque no está en compromiso la eficacia de tal resultado.

c) La responsabilidad se basa en la culpa apreciable con relación al tipo al que pertenece el propio profesional.

d) La actuación como tal lo compromete sobre todo por la confianza especial del cliente que recibe sus servicios.

e) La víctima debe probar el daño en sí ante el incumplimiento de la obligación. No debe probar la actuación culposa.

Presunción de culpabilidad del profesional:

a) Para eximirse deberá probar la existencia de caso fortuito o fuerza mayor (artículos 513 y 514) o el debido cumplimiento de su función fedante.

¹ CNacCiv, Sala D, 31/8/82, - “B.O., E. c. R., A.”.

² CNacCiv, Sala B, 16/2/82, “Grinstein, David c. Pérez, Mary M.”, JA 1983 - II - 488.

³ Trigo Represas, F., *Responsabilidad civil de los profesionales...*, cit., p. 138. De Cupis, *Teoría y práctica del derecho civil*, trad. Martínez Valencia, Barcelona, ed. Bosch, 1960, p. 305, observa que “hay un tercero que no es cliente del notario, y puede exigir de éste el resarcimiento del daño sufrido como consecuencia de la nulidad imputable a aquél: es el del testamento. Si el notario es culpable de la nulidad, el único sujeto del negocio unilateral (testador) es el único cliente, pero quien tiene derecho al reclamo es un tercero”.

b) La responsabilidad se extiende a las consecuencias inmediatas, y en caso de probarse culpa o negligencia a las consecuencias mediatas (artículos 512, 901-904), si fue doloso por las casuales (artículos 1072, 901 a 905).

c) La acción de responsabilidad prescribe a los diez años a contar de la fecha de la escritura o del daño causado por el acto auténtico otorgado por el escribano (artículo 4023).⁴

d) Frente a los terceros el escribano responde en virtud del hecho ilícito propio, aplicándose a este supuesto la norma de responsabilidad extracontractual (artículos 1067, 1109, 1072, 1066).

e) La víctima del daño deberá probar el ilícito, la actuación con dolo, culpa o negligencia del escribano.

f) El escribano es responsable de las consecuencias inmediatas y mediatas de su acto dañoso para terceros, si su actuación es debida a culpa o negligencia (artículos 1109, 512, 901 a 904 CC). Si el obrar fue doloso responderá de las consecuencias casuales que hubiere tenido en mira (artículos 1072, 901 a 905 CC).

g) La acción de responsabilidad por daños y perjuicios a terceros prescribe a los dos años a contar de la fecha de la escritura o del acto otorgado (artículo 4037).

h) El notario no responde por un acto simulado o cualquier otro acto que permita probar causa ajena.

Bueres dice que:

“[...] sería justo de *lege ferenda*, el establecimiento de una obligación *ex lege* del Estado por el hecho del notario, malgrado la responsabilidad personal que cupiera a éste en relación con las partes o los terceros [...] No habría obstáculo

⁴ Para quienes sostienen que el escribano público es un funcionario público, su responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasione en el ejercicio irregular de su profesión, es siempre extracontractual, de modo que el plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios será siempre la bianual del artículo 4037 CC. En cambio, para quienes entienden que se trata de un profesional del derecho que cumple una función pública por delegación del Estado, la relación existente entre él y los otorgantes del acto jurídico, al mediar una vinculación contractual—locación de obra intelectual— los daños y perjuicios que pudieren resultar de su irregular desempeño originan una responsabilidad de naturaleza contractual, cuya acción de responsabilidad por incumplimiento prescribe a los diez años, de acuerdo a la normativa del artículo 4023 CC.

para que la ley impusiera al Estado un deber jurídico reparatorio, que reconociera como criterio legal de imputación el riesgo. No dudamos que si el Estado abdica una función suya, lo hace para satisfacer más ajustadamente sus fines, es decir, de algún modo, por razones de beneficio propio, comodidad, etc. Y, a la vez, la socialización del derecho que en mayor o menor dimensión penetró en todas las legislaciones del mundo durante este siglo, reclama la protección cabal de las víctimas; en este caso, poniendo frente a ellas dos responsables, uno de los cuales (el Estado) gozará siempre de solvencia patrimonial⁵.

2. Responsabilidad por asesoramiento

2.1. Quien asesora está facilitando con su opinión una decisión y orientando al requirente sobre el acto que se instrumentará. Debemos diferenciar el asesoramiento del consejo, que no se documenta y, en consecuencia, no origina responsabilidad⁶.

El consejo notarial es imparcial en cuanto a las partes afectadas, independiente de toda influencia inadecuada, severamente concentrado en las necesidades legítimas del consumidor jurídico y toma en consideración todos los aspectos jurídicos y sociales que se dirigen a los resultados y fines señalados por las partes. El contenido preciso del consejo notarial abarca todos los asuntos jurídicos, todas las informaciones en materia internacional, transfronteriza y en materia de derecho internacional privado⁷.

En muchos pronunciamientos, la Corte de Casación insistió en el deber secundario de los notarios de aconsejar e ilustrar a sus clientes sobre las consecuencias de los actos, no limitando su obligación sólo a dar forma auténtica a los actos⁸.

⁵ Bueres, A., *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, p. 140.

⁶ "Armella C. y otros. Función notarial y Responsabilidad", RN 886-411 y RN 887-627.

⁷ Conclusión del XXII Congreso del Notariado Latino, Atenas, Grecia, 2002.

⁸ En Repertorio Dalloz, Voz: "Responsabilité des notaires", nos. 427 y 428, se pueden ver varios fallos dictados en el siglo pasado, que exigieron una "culpa lata" para cargar con la responsabilidad a los escribanos. *Gazette Palmailre* 1937-I-927, *Dalloz Hebdomadaire* 1934-500. Ídem en Lafrançois, *La responsabilité civile des notaires*, Paris, 1901, p. 24. Savatier, *Traité...*, cit., t. I, n° 814, p. 420.

2.2. ¿Podría el escribano excusarse por oscuridad o insuficiencia de las leyes?⁹ El notario es un intérprete *a priori* de la ley en el ámbito alitigioso. Debe aplicar la ley y no puede excusarse por oscuridad o insuficiencia. Si existen varias posibilidades, debe optar por la posición más cautelosa.

Demolombe¹⁰ distingue dos circunstancias que permiten distinguir la responsabilidad del escribano. Cuando el notario haya autorizado, por ejemplo, un acto cuyo fondo legal es perfectamente controvertido y litigioso, *v.gr.*, la disposición testamentaria que el testado le ha dictado al notario y que contiene cláusulas de fondo legal discutible. En tales circunstancias este autor releva de responsabilidad al notario por ser excesivo exigirles a esos oficiales públicos y aun hacerlos responsables por cuestiones de derecho arduas, que han sido objeto de controversias doctrinarias o jurisprudenciales.

En cambio, los responsabiliza especialmente por la violación de las leyes cuyo texto claro haga presumir impericia o gran negligencia en el desempeño de sus funciones, dado que no es posible presumir la ignorancia de una ley que por razón de su ministerio deben conocer.

2.3. La jurisprudencia resolvió:

"El escribano incurre en culpa contractual frente a las partes del acto jurídico por él instrumentado (conf. Lloveras de Resk, "La responsabilidad civil del escribano público", *ED*, 105-917, espec. cap. III, ap. 3.3.), si ejecuta actos que previsiblemente pueden conducir a la invalidez. El escribano no es instrumento pasivo de redacción para los contratantes, sino que está obligado a preocuparse en todo lo que interese a la validez del acto y a informar a las partes acerca de las dificultades legales que pudieran, en contra de su intención, modificar la voluntad que manifiestan, restringir su alcance o anularle, cuya obligación se considera a la letra de la ley y por tanto inadmisibles. La ley somete la habilitación para el ejercicio de la profesión notarial a infinidad de cautelas que, además de asegurar la capacidad profesional, se encaminan a dar al notario, más que la tarea mecánica

⁹ Nuta, A. R., "Interpretación a priori de la ley por el notario", *LL* 144-1219.

¹⁰ Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, Paris, Durand-Hachette, 1854, p. 459.

de redactor de las voluntades que se le manifiestan, la de consejero de las partes, debiendo indicar a éstas sobre el alcance y los efectos de sus obligaciones"¹¹.

3. Responsabilidad por fe de conocimiento

3.1. La fe de conocimiento en el Código Civil antes de la reforma

La fe de conocimiento era el juicio de notoriedad que realiza el notario de los otorgantes de la escritura, que le permitía tener la convicción de que la persona es quien dice ser, utilizando los medios que consideraba convenientes para tener acreditada la identidad del otorgante. El tema se conecta con la sustitución de personas.

El artículo 1001 CC, decía: "[...] el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes...". Y el artículo 1002: "Si el escribano no conociere a las partes, éstas pueden justificar ante él su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia y dando fe que los conoce".

El codificador señaló un único medio supletorio para cumplir el principio básico de identidad personal de los comparecientes, con dos testigos de conocimiento del escribano.

La fe de conocimiento notarial fue tratada en numerosas Jornadas y Congresos nacionales e internacionales y cuenta con importantes aportes de la doctrina y la jurisprudencia.

3.2. Un poco de historia. Fe de conocimiento; fe de identificación y fe de individualización

En el *II Congreso Internacional del Notariado Latino* en Madrid en el año 1950 se determinó que: "La certificación o dación de fe de conocimiento, ha de ser más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formula

¹¹ CNacCiv, Sala G, 27/02/1987, "Migale, Eduardo Carmelo c. Lafuente, Liliana s/ escrituración".

o emite basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela".

Bollini y Gardey han señalado que los vocablos conocimiento e identificación no significan lo mismo, y existe entre ambos términos una relación de género a especie: el conocimiento de una persona implica tener conciencia de su identidad no sólo por el nombre sino por sus cualidades y caracteres físicos, morales y de todo orden. La identidad en cambio es el hecho de ser una persona la misma que se supone o dice ella ser o se supone que sea. "La fe de conocimiento es previa al acto, cuando el notario da fe de conocer al otorgante, no lo afirma sino que tiene trato y comunicación con él. Fe de identificación es en el mismo acto cuando el notario no conoce al otorgante y llega por los medios a su alcance a la coincidencia entre la persona física y la personalidad que ostenta"¹².

Pondé afirma que "la sociedad de este siglo busca simplificación y claridad expresiva. Pretende comprender rápidamente para creer o no creer en lo que oye u observa. La fe de conocimiento como derivada del conocer es dubitativa e insegura. La individualización es firmeza, certidumbre. 'Sé' que individualizo. 'Creo' conocer. Sé que individualizo y asumo con plenitud la responsabilidad funcional que corresponde a la aseveración fideifaciente"¹³.

Luego de un razonamiento similar Osvaldo Solari afirma que Pondé tiene razón, "aceptar el término identificar en lugar de individualizar es darle vuelo a los llamados medios supletorios, porque todos ellos se basan en trasladar la responsabilidad individualizadora a otros"¹⁴.

3.3. La fe de conocimiento y la función notarial

Analizando los términos del artículo 1001, el escribano estaba obligado a conceder, mediante su juicio de notoriedad, la seguridad o aseveración de que el sujeto u otorgante era conocido suyo. La fe de conocimiento era una de las funciones notariales esenciales aunque según el artículo 1004 del CC, su falta no acarrea la nulidad de la escritura.

¹² Bollini, J., "Fe de conocimiento y fe de identificación", *Revista del Notariado* 795, p. 691.

¹³ Pondé, E., *Tríptico Notarial*, p. 196.

¹⁴ Solari, O., "La fe de conocimiento", *Revista Notarial* n° 791.

3.4. Medios para procurar el conocimiento de los comparecientes antes de la reforma al artículo 1002 CC

La jurisprudencia ha señalado que en nuestro ordenamiento no había medios basados en la ley que permitan tener la seguridad de que el compareciente u otorgante es la persona a la que se refiere el acto instrumentado. La fe de conocimiento puede darse incluso respecto de personas que no son de amistad del escribano o no han tenido mucho trato con él, pero en virtud de circunstancias precisas y coherentes relacionadas entre sí el notario se cerciora sobre su identidad con la debida prudencia y conducta diligente mediante la concurrencia de una serie de hechos que razonablemente operan para lograr la certeza sobre la identidad de la persona otorgante.

Al tiempo de la sanción del Código Civil se carecía de medios técnicos de identificación, de registros públicos organizados y no existían documentos de identidad. Hoy el Documento Nacional de Identidad, o documento que hace sus veces, cuenta con número, fotografía, señas, firma e impresión digital.

Debido a la inexistencia de documentos de identidad oficiales en la época de la sanción del Código, era posible para el escribano valerse del medio supletorio de testigos para llegar a tener convicción sobre la identidad de los otorgantes. Se tornarían imposibles la concreción de la mayoría de las escrituras si ellas dependieran del conocimiento previo del escribano con ambos contratantes o con dos testigos que a su vez conocieran al otorgante y al escribano.

Ya el Proyecto de reformas de 1936 y el Anteproyecto de 1954, admitían expresamente la justificación de la identidad con documentos.

En el Proyecto de Código unificado Civil y Comercial del año 1998, el artículo 283 dice:

“Si el escribano no conoce a los otorgantes, éstos deben justificar su identidad mediante la exhibición de un documento que sea hábil para ello, o por la declaración de dos testigos de conocimiento del escribano. En la escritura debe constar el número de documento exhibido, o el nombre, documento de identidad y domicilio de los testigos, asentarse la impresión digital del otorgante no conocido por el escribano, y agregarse al protocolo fotocopias de los documentos del otorgante y de los testigos, certificadas por el escribano”.

La jurisprudencia ha resuelto que:

“La sola exhibición del documento de identidad no siempre ha de ser suficiente para satisfacer el deber, pues en muchos casos será menester acudir a otros medios”¹⁵.

En un acertado juicio interpretativo de las normas de los artículos 1001 y 1002 de nuestro Código Civil antes de la reforma, el doctor Bossert en el fallo “Anaeróbicos”¹⁶, dice:

“La identidad es la determinación de la personalidad individual, a los efectos de todas las relaciones jurídicas es el hecho de ser una persona o cosa la misma que se supone o busca. La redacción ‘(...) que conoce a las partes...’, sugiere a través de una interpretación vulgar de la expresión que sólo puede tratarse de un conocimiento personal obtenido en el trato. El conocimiento concebido por Vélez acorde con los precedentes históricos que tuvo a la vista, era el conocimiento personal de sujeto a sujeto, único medio posible para la época. Pero aunque éste haya sido el criterio interpretado por la norma, originado en la circunstancia histórica del tiempo de su sanción, no se incluye en la misma especificación que excluya los modos por los cuales el escribano puede llegar al cabal conocimiento sobre la identidad. [...] Para nuestro ordenamiento no hay medios tasados en la ley a efectos de adquirir la seguridad que el compareciente u otorgante es la persona a que se refiere el acto instrumentado [...]”.

La Corte Suprema, en un pronunciamiento del 19/6/2003, señala:

“A diferencia del juez de grado se advierte que el *a quo* para sustentar su decisorio, tuvo como cierto que la escribana otorgó la fe de conocimiento con la sola exhibición del documento de identidad, no ponderó que los concurrentes al acto no advirtieron ninguna irregularidad, que el número de documento coincidía con el título antecedente que la escribana tenía a la vista, que la firma que estampó el impostor era similar a la del auténtico propietario, según reconocieron este último y el perito calígrafo que no existía indicios para dudar de la identidad, en

¹⁵ CNCiv, Sala D, L. 283, 414, 8/2/83.

¹⁶ CNCiv, Sala F, LL 1984-D-1.

suma la actuario no se limitó a comprobar los datos del documento de identidad de quien solicitaba el préstamo, sino que, además, tenía suficientes elementos de juicio para convencerse de ciencia propia que quien estaba ante ella era el propietario¹⁷.

La Cámara, confirmando la resolución del *a quo*, rechazó la demanda de daños y perjuicios interpuesta contra una escribana con el fin de responsabilizarla por el falso compareciente y signatario de la escritura de mutuo hipotecario que autorizó y resolvió:

“El escribano no puede ser responsabilizado por la concurrencia de un falso compareciente y signatario de la escritura de un mutuo hipotecario toda vez que consiguió demostrar la causa ajena no imputable en tanto fue conducido a la convicción sobre la identidad del compareciente, obrando con la diligencia exigible porque realizó el estudio de títulos y satisfizo correctamente la tarea documentadora, tuvo a la vista el testimonio original del título de propiedad, el documento de identidad exhibido no presentaba aparentes anomalías y los mutuantes, presentes en el acto, no formularon objeción alguna ni exigieron mayores recaudos para identificar al mutuario. Corresponde rechazar la demanda interpuesta contra un escribano con el objetivo de responsabilizarlo por la concurrencia de un falso compareciente y signatario de la escritura de un mutuo hipotecario, pues a través del documento de identidad exhibido por el mutuario y de otros medios supletorios, fue conducido a la convicción sobre su identidad, no siendo razonable exigirle el requerimiento de pruebas antropométricas o dactiloscópicas para hacer la escritura, en tanto dichos medios probatorios no pueden constituirse en una rutina para cualquier tipo de acto notarial¹⁸.”

Cuando los otorgantes de un acto actúan por medio de sus representantes, incumbe al notario verificar la realidad y extensión de sus facultades mediante la debida compulsión de los documentos habilitantes, en los cuales consta el título invocado que los legitima para actuar en nombre de otra persona, ello por aplicación del artículo 1003 del Código Civil... Visto que la responsabilidad del

¹⁷ CS, “Chorbajian de Kasabian c. E.S.T.”, LL diario del 20/8/2003.

¹⁸ Fallo 107.664, CNCiv, Sala D, 16/04/04, “Chorbajian de Kasabian, Lucía c. E., S. T.”, La Ley, 28/6/04.

escribano por los daños derivados del otorgamiento de una escritura a la que concurrió una persona distinta del titular registral del inmueble, es de carácter extracontractual, debe concluirse que el notario está obligado a reparar el perjuicio sufrido por los terceros damnificados —en el caso, acreedores hipotecarios— en virtud de lo establecido en el artículo 1109 del Código Civil.

Si el escribano no conoce personalmente a las partes otorgantes, igualmente puede autorizar la escritura, asegurándose previamente sobre su identidad, sin que sea necesario recurrir a los testigos de conocimiento, pero para ello debe emplear los medios adecuados que le permitan llegar a la convicción de que quien se halla ante él, es la misma persona que dice ser¹⁹.

3.5. Distintos sistemas normativos sobre los medios de que se vale el notario para conocer a los otorgantes

Conviene referenciar sintéticamente los distintos sistemas que existen en otras legislaciones y en la nuestra acerca de la fe de conocimiento y la responsabilidad del escribano sobre la materia.

Podemos resumir que se admite arribar a la fe de conocimiento:

- a) Por ciencia propia del notario: la calificación del notario se refiere a un problema de notoriedad que en la vida social y en el tráfico jurídico una determinada persona ostenta de modo público. Están en manos del notario los medios adecuados para procurar el juicio certero y veraz;
- b) Por testigos de conocimiento, modo indirecto y supletorio mediante testigos que tienen que ser personas capaces y conocidas del escribano (artículo 1002 CC);
- c) A cargo de las partes contratantes; se desliga al funcionario de la fe de conocimiento y se le hace recaer en las partes contratantes;
- d) Fe de conocimiento de una de las partes por la otra: el procedimiento lo admite la legislación española a la que nos referiremos seguidamente, y es el medio propuesto como medio supletorio en el *II Congreso del Notariado Latino* en Madrid - 1950;

¹⁹ CNCiv, Sala J, “Mazza, Ángel N. c. L. de B., C. E.”, 05/04/2005, LLO; Sala B, “González Sbarbi, Ricardo J. c. N. H., J”, 20/05/2004, RCyS 2004-X, 34, con nota de Martín Christello.

e) Por documentos de identidad y otros medios.

La doctrina notarial en su mayoría propugna el principio como acto de ciencia propia.

Bollini ha admitido ser partidario de la modificación de la ley con el alcance a que se refiere la última reforma de la ley orgánica del notariado español, manteniendo la fe de conocimiento cuando el notario realmente conoce al sujeto de la relación negocial, y admitir la fe de identificación cuando el notario no los conoce y debe identificarlos por medios supletorios²⁰.

Neri consideró importantes los adelantos de los sistemas de identificación y sostuvo que el sistema del Código Civil no consulta las verdaderas exigencias²¹.

En la doctrina civilista se pronuncian apoyando las normas del codificador Machado, Llerena, Salvat, Piñón, Spota; Borda, en cambio, considera anacrónica²² la institución. Salvat por su parte dice que reconoce la necesidad de una norma que reforme al Código, por cuanto el artículo 1002 resulta poco práctico²³.

La reforma del artículo 23 del Reglamento Español del año 1946, alabada por todos los notarialistas, es acertada por atender las necesidades actuales en la materia. El artículo 23 dice:

“Los notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieren de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Serán medios supletorios de identificación, en defecto del conocimiento personal del notario:

- a) La afirmación de dos personas con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del notario, siendo responsables de la identificación.
- b) La identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de esta última dé fe de conocimiento el notario.
- c) La referencia a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedidos por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas.

²⁰ Bollini, C., *op. cit.*, *Revista del Notariado* 795, p. 696.

²¹ Neri, A., *Tratado de Derecho Notarial*, t. 3, Buenos Aires, Depalma, 1980 - 81, p. 447.

²² Borda, G., *Parte General II*, n° 1050, 6° ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.

²³ Salvat, R. - López Olaciregui, J., t. II, Buenos Aires, TEA, 1964, p. 403.

El notario en este caso responderá de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente.

d) El cotejo de firma con la indubitada de un instrumento público anterior en que se hubiere dado por el notario fe de conocimiento del firmante”.

3.6. El estado de familia

Cuando hablamos del estado de familia de las personas nos referimos concretamente al estado de solteras, casadas, viudas, divorciadas, con quién y en qué nupcias, haciendo estos datos a su identificación.

Del Código Civil, según se ha sostenido por la mayoría de la doctrina notarialista, se desprende que el notario no da fe de conocer el estado civil de los otorgantes. Las partes manifiestan el mismo y tales enunciaciones en consecuencia pueden ser destruidas mediante prueba en contrario²⁴. Hay jurisprudencia en tal sentido y consultas emitidas por el Colegio de Escribanos²⁵.

El artículo 1001 se refería a la fe de conocimiento que presta el notario de los otorgantes y no se extiende al estado de familia. Los elementos con que cuenta el notario para verificar el estado civil manifestado por los otorgantes, son instrumentos públicos con presunción de veracidad, donde puede constar el sujeto negocial como soltero, viudo o casado, sin la mención del nombre del cónyuge y sus nupcias.

¿Podemos acaso en el supuesto de que conste como soltero o viudo, dudar del título antecedente?; y en el supuesto de figurar como casado sin constar el nombre del cónyuge, si lo conocemos desde hace muchos años conviviendo con determinada mujer, ¿podemos dudar, razonablemente, de que sea la cónyuge legítima? Acaso no ocurre aún en los pueblos pequeños que se conozca por matrimonio a personas que no lo son. Y en las grandes ciudades, ¿cuántas parejas vecinas y amigas que conocemos desde hace muchos años se comportan como matrimonio y quizás no lo son y hasta pueden ser divorciadas ocultándose el verdadero estado civil?

²⁴ Véase LL, 1977-D, p. 408. Nota a Fallo, Yorio, Elvira, *Revista Notarial* 836, p. 82.

²⁵ JA 945-I-586; LL, 26/8/76; *Revista del Notariado* 712, p. 1242; LL 1977, n° 75021; *II Jornadas del Cono Sur*, 1977.

En virtud de los ejemplos vertidos y atendiendo a la realidad, entendemos que cabe distinguir ante cada caso concreto los elementos tomados en cuenta por el notario para cumplir eficazmente con su función.

El notario es responsable de velar por la eficacia de su intervención en el acto escriturario, procurando la debida diligencia para constatar la capacidad de los otorgantes; pero deseamos que dicha responsabilidad se extienda a la fe sobre el estado civil de los otorgantes, ya que no existe disposición legal que así lo disponga. Además no contamos en la práctica con registros nacionales organizados para poder constatar el estado de familia de los sujetos negociales, creándose situaciones fácticas como las planteadas que impiden que el notario asuma esa responsabilidad con las implicancias que corresponden a la misma.

3.7. Responsabilidad notarial por la dación de fe de conocimiento

El escribano asume una obligación de resultado, única e indivisible y de carácter legal, ya que en el contrato de locación de obra se compromete a redactar, otorgar y autorizar el instrumento válido en cuanto a su contenido y su forma.

Por todo ello la jurisprudencia admite la eximición de responsabilidad del notario si éste acredita que desplegó la mayor diligencia posible de acuerdo a las circunstancias, y que la frustración del resultado acaeció por un ardid doloso bien tramado por terceros, que no podía evitar.

Deberá acreditar para eximirse de responsabilidad que su cumplimiento fue inimputable, por caso fortuito o fuerza mayor, o alguna otra causa eximente²⁶.

Debemos además considerar el principio general establecido en el artículo 902 CC, según el cual se determina la extensión de la responsabilidad del sujeto en virtud de calificaciones como "deber de obrar", "prudencia y pleno conocimiento de las cosas". Cuanto mayor es la posibilidad de prever, la responsabilidad que se engendra es más grave.

3.8. En cuanto a la fe de conocimiento, en el *XIII Congreso Nacional de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1992, se resolvió:

²⁶ Trigo Represas, F., "Casos y falta de culpa", LL 1981-B, p. 283.

a) El conocimiento de que se trata puede ser adquirido en el acto, por lo que resulta preferible aludir a fe de individualización para designarlo. Esta posición se completa entendiendo que la identidad notoria del compareciente queda amparada por la fe pública (artículo 993 CC).

b) Es preferible aludir a juicio de individualización, ya que cuando el conocimiento es adquirido en el acto, la identidad notoria del compareciente pasa a ser objeto de un juicio del notario, que en cuanto tal no produce fe pública.

Se coincidió en cuanto a que la interpretación de los artículos 1001 y 1002 no puede hoy limitarse a su letra, y menos todavía a la intención del legislador que los redactó. Y es que ellos han sufrido la incidencia de las normas que continuaron incorporándose al ordenamiento jurídico, acompañando la evolución social operada en la materia (así, Ley 17.671/68, que dispuso que la entidad de las personas se pruebe con el Documento Nacional de Identidad). En definitiva aquellos artículos no pueden ser interpretados hoy como originariamente lo fueron, y por eso es que la identificación de los comparecientes con quienes el notario no ha tenido trato no está ya limitada a los testigos de conocimiento, pudiendo valerse, entre otros elementos, de los documentos de identidad que aquellos le presenten, para juzgar su identidad notoria con la prudencia que su investidura exige.

c) En relación con el juicio de capacidad que el notario emite en las escrituras, se considera que cuando el notario juzga no produce fe pública, y que por ello no corresponde que sea procesado por falsedad ideológica cuando el otorgante resulta ser incapaz. Cabe recordar que los propios notarios suelen inducir a error al juez al emplear fórmulas incorrectas (hábiles, doy fe).

d) En lo que se refiere a la responsabilidad del notario, en relación con la fe de conocimiento, una postura admite que responda penalmente por falsedad ideológica en el supuesto de dolo y, en su caso, civilmente. Para la postura minoritaria sólo se puede incurrir en falsedad ideológica cuando se da fe de conocimiento en el sentido tradicional de la expresión (compareciente con quien ha tenido trato), pero no cuando el notario juzga la identidad. Ello no quita que aquí, en caso de dolo, pudiera también responder penalmente.

En la IV Jornada Rosarina de Derecho Civil, celebrada en Rosario, 23 y 24 de septiembre de 2004, las conclusiones de la comisión n° 2²⁷, "Responsabilidad

²⁷ Presidida por los Dres. Juan J. Casiello y Félix Trigo Represas, con la coordinación del Dr. Ramón D. Pizarro, Conclusiones redactadas sobre la base de una ponencia

de los escribanos en materia de fe de conocimiento" (Tema IV) se resolvió: 1. El Documento Nacional de Identidad (ley 17.671/68), o en su caso la Libreta de enrolamiento o cívica, o el Pasaporte, son suficientes para que el notario, actuando con la diligencia que su función exige, pueda juzgar acreditada la identidad de los otorgantes. Se excepciona el supuesto en que dichos documentos sean ilegibles o estuvieran sensiblemente adulterados. Todo sin perjuicio de que el notario pueda concurrir a otros medios de prueba que la ley y las circunstancias del caso admitan. 2. Los juicios que expresa el notario acerca de la identidad de los otorgantes al dar fe de conocimiento no quedan comprendidos en la fe pública a que alude el artículo 993 del CC. En consecuencia, no pueden tipificar el delito de falsedad ideológica.

3.9. Reseña jurisprudencial por la responsabilidad por la fe de conocimiento

La debida diligencia que exige la naturaleza de la obligación será evaluada por los jueces para determinar la responsabilidad del escribano.

"El notario que asume el compromiso de confeccionar una escritura válida que permita desplegar en plenitud los efectos del acto jurídico instrumentado, se obliga a la correcta identificación de las partes, por lo que si el acto deviene inválido por diferencias en la identificación de los otorgantes, el escribano debe responder. Haber solicitado a los requirentes la exhibición de sus documentos, no exime al escribano de la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de dar fe de conocimiento con relación a las personas que concurrieron al acto notarial y que produjeron la sustitución de personas. Su responsabilidad puede ser comprendida dentro de la preceptiva del artículo 512 CC por haberse omitido las diligencias que exige la naturaleza de su obligación, la conducta del escribano que conociendo a los otorgantes del acto escriturario recién a último momento, ya que toda la tramitación previa y de rigor la efectuó una entidad extraña, no

presentada por el escribano Mario A. Zinny y consensuada por los escribanos Eduardo Cursack, Cristina Armella, Norberto Benseñor, Jorge Causse, Jaime Giralt Font y León Hirsch. Noticias del Consejo Federal número 22, diciembre de 2004, p. 9; *Revista del Notariado* n° 882, octubre-diciembre de 2005, p. 287.

extremó los recaudos a los efectos de formar la convicción necesaria sobre la verdadera identidad de los mismos"²⁸.

"Si el oficial mayor de la escribanía verificó la identidad de los vendedores en la solicitud de segundo testimonio –coincidiendo los datos proporcionados con los exhibidos en los documentos de identidad– y el escribano se limitó a gestionar el segundo testimonio, no responde por la utilización fraudulenta del instrumento efectuada por quienes –con documentos apócrifos– sustituyeron a los verdaderos propietarios. La obligación del escribano de dar fe de conocimiento se refiere a las escrituras públicas, no siendo razonable su exigencia en el supuesto de expedición de segundo testimonio"²⁹.

La falta de dolo, culpa o negligencia son determinantes para eximir de responsabilidad al escribano.

"La relación de las partes que celebran una escritura de venta con respecto al oficial público que la pasó es de índole contractual, considerándose la generalmente como encuadrada en la locación de obra (conf. Trigo Represas "Responsabilidad civil de los profesionales", p. 130; CNCiv, Sala C, ED, 71-399) y no se considera legislada esta situación por el artículo 1112 del Código Civil, sino por las normas que imponen responsabilidad por el incumplimiento contractual (artículos 519 y 520 CC). La responsabilidad civil del escribano nace cuando incumple las obligaciones y reglas de la profesión, pero si no existe dolo, culpa o negligencia, no puede imputársele un mal desempeño en sus funciones no siendo, en consecuencia, responsable civilmente"³⁰.

En efecto, la "fe de conocimiento" impuesta al notario se pensó y pudo tener cabida en una pequeña urbe, donde era posible que el escribano conociera a todos sus clientes; pero resulta poco menos que una ficción en los tiempos que

²⁸ CNacCiv, Sala D, 15/3/1999, "Otero de Alfano, Néilda E. v. Gaozza, Alberto R.", JA 2000-III-511.

²⁹ CNacCiv, Sala C, 13/4/2000, "Edificio Olazábal S.R.L. v. C., A. M.", JA 2000-IV-393.

³⁰ CNacCiv, Sala F, 31/05/1984, "Anaeróbicos Argentinos S.R.L. v. Detry, Amaro s/Daños y Perjuicios". Véase en RN 879-387 de la provincia de Buenos Aires, Abella A., nota a fallo Fe de conocimiento, fe de identificación.

corren. Piénsese si no, en supuestos tales como las escrituraciones en los casos de regímenes de propiedad horizontal, donde la multiplicidad y diversidad de partes hacen impensable que todas ellas puedan ser del conocimiento personal del escribano.

“En la sociedad moderna, el conocimiento por el trato frecuente anterior al acto notarial puede ser uno de los medios para arribar a esa conclusión. En estos casos al notario le bastará esta circunstancia. En otros deberá recurrir al medio de identificación más usual en esta época: los documentos de identidad. En la técnica notarial esa identidad es fe de conocimiento[...] Creemos, entonces, que sin falsear su contenido semántico, puede ser éste el alcance que se atribuya al término ‘conocimiento’ utilizado por nuestro Código Civil”³¹.

En sintonía con lo expuesto, gran parte de la doctrina se ha expedido en favor de la necesaria reforma del instituto³². Es así que en nuestros días la identificación mediante el Documento Nacional de Identidad deviene una realidad insoslayable en la práctica notarial.

“[...] lo fundamental en el caso de autos es que el accionar del escribano debe juzgarse a la luz del concepto genérico de culpa del artículo 512 del Código Civil. Luego, no habrá culpa cuando el resultado prometido se frustre por un ardid doloso, bien tramado y bien ejecutado por terceros que no estaba a su alcance evitar o prever (del voto del Dr. Bossert in re “*Anaeróbicos Argentinos SRL c/Detry Amaro N.*”), tal como el cada día más común caso de autos, donde un impostor concurre a la escribanía con documentos falsos, exhibe títulos de propiedad (en el caso los que hacen a la titularidad del rodado y la licencia de taxi), en definitiva urde una maniobra que ni su contraparte ni el notario pueden advertir (véase D’Alessio, *op. cit.*). ‘Ese ardid doloso puede llegar a configurar

³¹ Así lo explica Carlos D’Alessio en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, de Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 629 y cc.

³² Así por ejemplo Neri, *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*, 3, p. 447, Buenos Aires, Depalma, 1970, p. 409 y cc.; Borda, *Parte General*, II, n° 1020; Salvat-López Olaciregui, II, n° 2040, p. 403; Eguía Seguí, “Proyecto de modificación del artículo 1002 del Código Civil”, *Rev. del Notariado*, n° 656; Piñón, *Instrumentos públicos y escrituras públicas*, p. 89, entre otros.

caso fortuito, por lo que actuaría como eximente de responsabilidad aun en la posición más estricta que califica como de resultado la obligación del notario’. En tal sentido Mosset Iturraspe (*Responsabilidad por daños*, t. I, p. 223) señala que el caso fortuito puede provenir de la naturaleza o del hecho del hombre, destacando que los hechos de terceros pueden llegar a interrumpir el nexo causal, generando con independencia una nueva serie de consecuencias y, por tanto, liberando de responsabilidad al agente”³³.

Así se ha resuelto que:

“No es responsable el escribano por los daños y perjuicios sufridos por el adquirente de un inmueble a raíz de haberse declarado la inexistencia de la compraventa y la nulidad de la escritura en la que aquélla se instrumentó y en la cual dicho escribano había dado fe de conocimiento de la supuesta propietaria vendedora, cuando en realidad se trataba de un caso de sustitución de persona, si aquél, con la diligencia y prudencia que su función exige, llegó a la convicción respecto de la identidad de la vendedora por la concurrencia de un conjunto de hechos y de circunstancias, coherentes y relacionadas entre sí, y si, en definitiva, la frustración de la operación ocurrió por el ardid doloso, tramado y ejecutado por terceros, que no estaba a su alcance evitar o prever”³⁴.

“Es arbitraria a los fines del recurso extraordinario —artículo 14, Ley 48— la sentencia que condenó al escribano demandado en la acción resarcitoria entablada por quien, al labrarse una escritura hipotecaria, resultó damnificado debido a la sustitución del auténtico titular de dominio del inmueble gravado por un impostor, si no existían indicios para dudar de la identidad del firmante, ya que ninguno de los asistentes al acto notó la irregularidad, el número de documento coincidía con el consignado en el título de propiedad y la firma era semejante a la del auténtico propietario” (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo). “La desatención de antecedentes que hacen a la cuestión fáctica sustancial de la causa —en el caso, se responsabilizó al escribano que labró una escritura hipotecaria debido a la sustitución del auténtico titular de dominio por un impostor, pese a que

³³ CNCiv, Sala M, Exp.104250/95, “*Natale J. c. Romanelli J. s/ Redargución de falsedad*”.

³⁴ CNCiv, Sala F, 31/5/84, ED, 110-240.

no existían indicios para dudar de la identidad del firmante— importa una ligera actividad analítica que dista de constituir la que exige el deber jurisdiccional para convalidar una decisión, configurándose un supuesto de arbitrariedad a los fines del recurso extraordinario federal³⁵.

3.10 Ley N° 26.140, modifica los artículos 1001 y 1002 del Código Civil

El 15 de setiembre de 2006 se sanciona la ley 26140, publicada en el Boletín Oficial de la Nación del día 20 de setiembre, y entró en vigor el 28 de setiembre de 2006:

1001. La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorguen, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio, o vecindad, el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa. El escribano, concluida la escritura, debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe firmar, debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano. Cuando el escribano o cualquiera de las partes lo juzgue pertinente, podrá requerir la presencia y firma de dos testigos instrumentales. En este caso, aquél deberá hacer constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de los mismos.

1002. La identidad de los comparecientes quedará justificada por cualquiera de los medios siguientes:

- a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano.
- b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación.

³⁵ 106.006-CS. 2003/06/19. "Chorbajian de Kasabian, Lucia c. E.S.T."

c) Por exhibición que se hiciere al escribano de documento idóneo. En este caso se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes.

Desde la escuela de Bolonia por la popularizada polémica de Baldo y Andrés la cuestión de la fe de conocimiento ha sido tema de estudio que provocó su evolución científica.

Múltiples y valiosos trabajos han sido publicados en torno a las ventajas e inconvenientes de uno u otro sistema³⁶, pero vale recordar que el maestro Nuñez Lagos advertía que el problema de la identidad tiene en Bolonia tres soluciones: a) Un deber del notario de carácter obligacional, sin trascendencia real. Su incumplimiento da lugar a indemnización de daños y perjuicios; b) Un requisito del acto o contrato, pero no de su texto. Es decir además de responder por daños, el instrumento es nulo; c) Un requisito de redacción y texto del instrumento fe de conocimiento y publicación. Además de nulidad y responsabilidad se le abre vía al delito de falsedad³⁷.

3.10.1. De la Identidad de los comparecientes

Hasta la sanción de la Ley 26.140 la doctrina nacional discutía si el escribano emitía un juicio de conocimiento, de identidad³⁸ o de individualización³⁹ de los comparecientes en las escrituras públicas, y si ese juicio estaba amparado en la fe pública según el artículo 993 del Código Civil, con valiosos fundamentos que brillantes notarialistas defendían, para inclinarse por una y otra postura.

El tema era recurrente en Jornadas y Congresos nacionales y la cuestión fue analizada e interpretada por la jurisprudencia, brevemente analizada.

La doctrina mayoritaria propugnaba que la identificación, conocida por fe de conocimiento, pertenece a los actos de ciencia propia, pues se trata de un juicio que emite el notario, basado en la convicción racional que adquiere por

³⁶ Véase reseña en Pondé E., *Tríptico Notarial*, Buenos Aires, 1977, ed, Depalma.

³⁷ Nuñez Lagos, *El documento medieval*, p. 180.

³⁸ Véase, Bollini, Jorge, "Fe de conocimiento y fe de identificación", *Revista del Notariado* 795, p. 691.

³⁹ Pondé, *Tríptico Notarial*, p. 196.

los medios que estima adecuados actuando con prudencia y cautela. En razón de ello al emitirse los documentos de identidad personales por el Estado y más tarde con la sanción de la Ley 17.671/68 cambia el criterio sobre los medios que puede utilizar el escribano para emitir su juicio⁴⁰. Ha tenido relevancia también la reforma del artículo 23 del Reglamento Español del año 1946 alabada por todos los notarialistas, como acertada por atender las necesidades actuales en la materia.

Los Proyectos de reforma al Código Civil modificaban el régimen, así los de 1936, 1954⁴¹, Decreto 468/92 y el más reciente PCU dec. 685/95⁴².

La Academia Nacional del Notariado había propuesto a la Comisión parlamentaria a cargo del último proyecto la sustitución del artículo 283 por el siguiente: "La identidad de los comparecientes quedará justificada por alguno de los medios siguientes: a) Por afirmación de conocimiento por parte del escribano. b) Por declaración de conocimiento por parte de dos testigos, quienes justificarán su identidad por uno de los medios establecidos. c) Por la exhibición que hagan al escribano de documento de identidad idóneo, dejándose constancia de ello en la escritura. Las legislaciones locales establecerán los recaudos a adoptar por el autorizante en este caso".

Según la ley 26.140 en vigor, el escribano emite *el juicio de identidad de los comparecientes de las escrituras públicas, y ese juicio no está amparado en la fe pública*, por ser un juicio de pública notoriedad al que arriba por los medios que menciona el artículo 1002 del Código Civil en su nuevo texto.

⁴⁰ Por aquellos tiempos Bollini había admitido ser partidario de la modificación de la ley con el alcance a que se refiere la última reforma de la ley orgánica del notariado español, manteniendo la fe de conocimiento cuando el notario realmente conoce al sujeto de la relación negocial, y admitir la fe de identificación cuando el notario no los conoce y debe identificarlos por medios supletorios; véase Bollini, *Revista del Notariado* 795, o.c. p. 696.

⁴¹ El Proyecto de reformas de 1936 y el Anteproyecto de 1954, admitían expresamente la justificación de la identidad con documentos.

⁴² El texto decía: "Si el escribano no conoce a los otorgantes éstos deben justificar su identidad mediante la exhibición de un documento que sea hábil para ello, o por la declaración de dos testigos de conocimiento del escribano. En la escritura debe constar el número de documento exhibido, o el nombre, documento de identidad y domicilio de los testigos, asentarse la impresión digital del otorgante no conocido por el escribano, y agregarse al protocolo fotocopia de los documentos del otorgante y de los testigos, certificadas por el escribano".

El punto esencial de las modificaciones introducidas por la ley 26140 es la supresión de la identificación de los intervinientes como una expresión de la fe pública⁴³.

La falta de la constancia documental de la identificación de los otorgantes no hace a la validez de la escritura. Así tampoco la omisión en el texto de la escritura del medio utilizado por el notario para su identificación.

En una interpretación sistemática es de aplicación la nueva norma de los artículos 1001 y 1002 a todos los documentos notariales, certificaciones y actas.

3.10.2. Los Medios para justificar la identidad de los comparecientes.

Los medios por los que el notario identifica a los comparecientes en las escrituras públicas señalados en el artículo 1002 del Código Civil texto, ley 26.140, son:

- a) Por afirmación de conocimiento por parte del escribano⁴⁴.
- b) Por declaración de dos testigos que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación⁴⁵.
- c) Por la exhibición que se hiciera el compareciente al escribano de un documento idóneo. En este caso se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes.

La doctrina advierte que la idoneidad del documento a calificar es la jurídica y, en último término, la material. La idoneidad jurídica se relaciona con la calidad del compareciente y la obligación de disponer de la documentación dispuesta conforme la legislación general. Por tal motivo, para los argentinos y los extranjeros residentes que lo hubieren obtenido, se estima adecuado exigir la presentación del documento nacional de identidad. Para los extranjeros no residentes será documento idóneo el respectivo pasaporte o, en caso de estar

⁴³ Oreile, José María, Fe de conocimiento y fe pública. El nuevo artículo 1001 del Código Civil, *La Ley* 22.8.2007 p. 1.

⁴⁴ Cuando el notario asevera que conoce a una persona lo único que afirma es que le consta que quien comparece ante él es tenida en el tráfico en la vida cotidiana, en el círculo de relaciones, por quien dice ser, es una cuestión de notoriedad y al juicio puede arribar con los elementos y por los medios que estime convenientes y suficientes.

⁴⁵ La reforma introduce un cambio importante y es que los testigos asumen la responsabilidad por la identificación.

incluidos en el régimen de los países limítrofes, las cédulas de identidad con las cuales se les hubiere permitido el ingreso al territorio de la República. La idoneidad material se vincula con el estado corporal del documento, la cual permite percibir los datos allí contenidos. A tales efectos se tendrá en cuenta: su antigüedad, que los datos identificatorios del sujeto sean legibles y que no esté ostensiblemente adulterado.

Desde el momento en que el escribano o notario lo aceptó, ello significa que lo calificó como idóneo, y vemos innecesaria expresión alguna de su parte en tal sentido en el texto del documento que autoriza.

Interpretando sistemáticamente las normas, es documento idóneo para el notario el que otras leyes determinan válidos para acreditar la identidad. Así entonces son idóneos los documentos que menciona el artículo 57 de la ley 17.671, y además el pasaporte y la cédula del Mercosur según resolución 75/96 del Grupo común, con facultades conferidas en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto⁴⁶. Para otra parte de la doctrina el documento idóneo para el notario puede ser cualquier documento público y no necesariamente los que mencionamos.

El notario podrá utilizar cualquiera de los medios que menciona el artículo 1002 del Código Civil, sin respetar el orden, para emitir el juicio de identidad.

Advertimos entonces, que la ley 26.140 recoge lo señalado por la jurisprudencia y doctrina en el tema desde hace varias décadas.

3.10.3. La sustitución de persona y la responsabilidad notarial después de la reforma.

En caso de sustitución de persona, si el notario, con la diligencia y prudencia que su función exige, llegó a la convicción respecto de la identidad del compareciente por la concurrencia de un conjunto de hechos y de circunstancias, coherentes y relacionadas entre sí, en el marco fijado por los artículos 512, 902 y 909 del CC, y ocurrió un ardid doloso, tramado y ejecutado por terceros que no estaba a su alcance evitar o prever, no será responsable.

⁴⁶ Véase Céravolo, Ángel F., "La identidad de los otorgantes de las escrituras públicas", Diario *La Ley*, 22.11.2006.

Deberá acreditar para eximirse de responsabilidad que cumplió con las diligencias a su cargo⁴⁷. El marco de la diligencia notarial debe centrarse en el conjunto de aquellos juicios, razonamientos, construcciones y operaciones (diligencias materiales) que integran las legitimaciones que el acto requiera⁴⁸. Doctrina que comparto sostiene que claramente a partir de la reforma se trata de una obligación de medios.

3.10.4. Posibilidad de negar su ministerio por no poder emitir el juicio de identidad

El notario tiene la obligación de prestar su ministerio y sólo puede excusarse por causas legales que establecen las leyes orgánicas notariales. Si el notario no puede identificar al requirente por los medios que menciona el 1002 el Código Civil, el notario debe negar su ministerio. La posibilidad de actuar con una minuta insistida depende del acto rogado.

3.10.5. Identificación en las actas notariales

Las actas notariales, que según las leyes orgánicas se formalizan en protocolo están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas. En cumplimiento de los requisitos formales de las escrituras públicas el notario debe identificar al requirente, pero la falta de constancia documental de la identificación del requirente no invalida al acta.

Es innecesario, pero conveniente dentro de las posibilidades, que el notario identifique a las personas con quienes debiere entender notificaciones, requerimientos y otras diligencias.

⁴⁷ Véase Trigo Represas, "Casus y falta de culpa", *LL* 1981-B, p. 283.

⁴⁸ Orelle, J.M., *op. cit.*, p. 6.

3.10.6. La falta de agregación de las copias de las partes pertinentes del documento idóneo

Las nulidades de la escritura pública son expresas y legales. Los artículos 998, 1004, 1005 del Código Civil regulan la nulidad de la escritura pública en cuanto a la forma. En consecuencia, por una interpretación sistemática de los artículos mencionados y el artículo 1002 en su inciso 3, la falta de agregación de las copias del documento idóneo de los comparecientes no invalida la escritura pública. El escribano podrá ser sancionado disciplinariamente.

3.10.7. La Academia Nacional del Notariado

Frente a las reformas introducidas por la ley 26.140 a los artículos 1001 y 1002 del Código Civil y luego de conocer los criterios personales de sus Miembros de Número, la Academia Nacional de Notariado ha considerado necesario *dictaminar* sobre su contenido y alcance calificando especialmente la repercusión de estas modificaciones en el ejercicio de la actividad notarial.

Este *dictamen* fue sometido a la totalidad de los Miembros de Número y aprobado por el Consejo Académico, con arreglo a lo que establece el artículo 10 del Estatuto que rige las actividades de esta Academia Nacional del Notariado.

1. Sobre la nueva redacción dada al artículo 1001 del Código Civil

Corresponde adelantar que la eliminación del texto anterior de la frase “[...] El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes”, provoca la supresión legal de la dación de fe de conocimiento.

2. Sobre la nueva redacción dada al artículo 1002 del Código Civil

a) La identidad y su justificación

La identidad a que se refiere el artículo 1002 del Código Civil, según la ley 26.140, es la de los comparecientes exclusivamente⁴⁹. El artículo comentado

⁴⁹ Ante el escribano o notario comparecen, al momento de otorgar la escritura pública, personas físicas (de existencia visible o humana), que asumirán la calidad de otorgantes, comparecientes simples, testigos instrumentales, testigos de conocimiento, o meramente concurrentes.

menciona únicamente a los comparecientes, razón por la cual, de acuerdo a la terminología notarial quedan comprendidos solamente los otorgantes y comparecientes simples.

Estos comparecientes deberán justificar la identidad por los medios enumerados en la citada norma. Esa identidad corresponde al nombre con el cual esa persona ha sido registrada en el Registro Nacional de las Personas según así lo dispone el artículo 2 inc. a de la Ley 17.671, que dice que compete al organismo mencionado “la inscripción e identificación de las personas comprendidas en el artículo 1, mediante el registro de sus antecedentes de mayor importancia desde el nacimiento y a través de las distintas etapas de la vida, los que se mantendrán permanentemente actualizados”. De tal modo, la identidad que deberá justificarse se refiere al prenombre y apellido que corresponde al compareciente, de acuerdo a la registración que de ellos se haya hecho en el Registro Civil competente, el cual cumple las funciones asignadas al Registro Nacional de las Personas.

Es sabido que hay individuos que son conocidos en el medio que actúan por un pseudónimo, es decir, por “la designación que una persona se da a sí misma, sea con el objeto de ocultar su verdadera identidad o darle realce, en el ejercicio de una actividad, y que puede formarse con un nombre y apellido, con un prenombre, o con una designación de fantasía” (Conf. Rivera, *op. cit.* p. 622). Sin embargo, no es esta designación la que debe tener en cuenta el escribano o notario en la función legitimadora que desarrolla y le compete respecto de los comparecientes, sin perjuicio de que podrá referirse al seudónimo, según las circunstancias propias de la contratación, si fuera pertinente, sin reemplazar la correcta identificación conforme las actuales disposiciones legales.

b) Los medios para justificar la identidad

Se trata de una elección que le incumbe, exclusivamente, al escribano o notario, quien podrá utilizarlos indistinta o simultáneamente, sin ajustarse al orden en que están dispuestos, por cuanto ninguno de ellos goza de preferencia legal.

La indicación del medio de justificación elegido requiere una expresión positiva por parte del autorizante. Sin embargo, si no hiciera constar el medio elegido, el acto notarial es igualmente válido (artículo 1004 del Código Civil) y tal omisión puede ser subsanada por el propio notario por cualquiera de los medios admitidos.

De ninguna manera el silencio en la calificación provoca la nulidad del acto, a lo sumo puede, según el caso, comprometer la responsabilidad disciplinaria del notario (artículo 1004, última parte del Código Civil).

Sólo queda comprendida en la fe pública o autenticidad a la que se refiere el artículo 993 del Código Civil, la afirmación del escribano o notario sobre la exhibición del documento idóneo que le haya presentado el compareciente y la declaración de que los testigos manifiestan conocer a este último.

El resto de sus declaraciones sobre la justificación de identidad de quien haya comparecido, quedan fuera de la órbita de esta norma.

b.1) Afirmación del conocimiento

Expresa el artículo 1002 del Código Civil reformado por Ley 26.140 que la identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios: "inc. a: Por afirmación del conocimiento por parte del escribano".

Del texto vigente se desprende la sustitución total de la declaración del escribano o notario de dar fe de conocer a los otorgantes, impuesta por el artículo 1001 del Código Civil como deber funcional del autorizante y su necesaria expresión en el texto de la escritura pública, por la afirmación del conocimiento. Ya no será posible entender la palabra conocimiento con otra significación que la que le asignan los diccionarios de la lengua española: "conocer a una persona es saber que le corresponde el nombre registrado en el registro competente por trato y comunicación o por fama".

Desde el punto de vista del derecho penal, al exigir el Código Civil en su anterior redacción que el escribano autorizante debía dar fe de conocer a los otorgantes, esa expresión era considerada dentro de la "fe pública sancionada, es decir, las cosas, documentos y signos a los cuales el estado vincula la idea de autenticidad y de veracidad, y por otra parte, de tomar en cuenta la alteración de la verdad en la medida en que aparece como medio para causar ulteriores lesiones, induciendo a alguien en error acerca de un hecho en el cual fundará su juicio" (Soler Sebastián, "Derecho Penal Argentino", 3. reimposición, T.E.A., Buenos Aires, 1956, tomo 5, p. 307).

Por tal motivo, cabe reiterar ahora que tras la supresión de la dación de fe de conocimiento, sustituyéndola por la exigencia que el escribano o notario sólo afirme el conocimiento de los comparecientes, la misma no debe considerarse comprendida dentro de las declaraciones auténticas del artículo 993 del Código Civil y, por lo tanto, de mediar una sustitución de personas, ésta no se reputará como delito de falsedad; salvo que concurran otros presupuestos que permitan dar por configurado el tipo penal de dicho delito.

b.2) Declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación

El inc. b del artículo 1002 del Código Civil prevé las declaraciones de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano o notario y que serán responsables de la identificación de los comparecientes, como otro de los medios a utilizar para justificar la identidad de estos últimos. Para la justificación de la identidad de los testigos el escribano o notario sólo podrá apelar al medio previsto en el inc. a del artículo 1002.

La nueva redacción dada a esta norma por la ley 26.140, tiene como antecedente inmediato el artículo 23 de la Ley del Notariado de España que establece: "serán medios supletorios de identificación en defecto del conocimiento del notario: a) La afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del notario, siendo responsables de la identificación". En este caso el notario afirma que los testigos están presentes al momento del otorgamiento, que los conoce y que ellos declaran conocer a los comparecientes. La responsabilidad del escribano o notario autorizante queda, entonces, limitada a la justificación de la identidad de los testigos por el medio indicado en el inciso a) del artículo 1002.

La reforma introducida por la ley 26.140 no se aplica a la identificación de los testigos en los testamentos, la que deberá producirse con arreglo a lo que establece el artículo 3699 del Código Civil.

b.3. Exhibición de documento idóneo, al que se lo deberá individualizar, agregando al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes

Conclusiones

a. Son documentos idóneos los mencionados en los artículos 13 y 57 de la ley 17.671, sin perjuicio del supuesto de los extranjeros no residentes, respecto de los cuales es el pasaporte. Voto de los Académicos: Acquarone, Armella, Benseñor, Causse, Cursack, D'Alessio, Giralt Font, Hirsch, Orelle y Vaccarelli.

b. Son también documentos idóneos los indicados en la Resolución 75/96 del Grupo del Mercado Común. Voto de los Académicos Aramouni, Pérez Lozano y Urbaneja.

c. A juicio del escribano o notario autorizante, cualquier documento emanado de autoridad pública puede ser idóneo, por cuanto la Ley 26.140 alude a "documento idóneo" y no a documento "legalmente idóneo". Voto de los Académicos: Casabé, Etchegaray, Marcelo N. Falbo, Miguel N. Falbo y Pelosi.

d. La identidad de los comparecientes se refiere a la correspondencia con el nombre registrado en el Registro Nacional de las Personas, sin perjuicio de lo establecido en el citado artículo 57 de la ley 17.671 para aquellos que aún no han obtenido su DNI y para los extranjeros no residentes.

e. Cuando la identidad se justifica por conocimiento del escribano o notario autorizante éste lo afirma y es quien efectúa la identificación.

f. Cuando la identidad se justifica por los testigos de conocimiento, el escribano o notario autorizante declara su presencia, que los conoce y que dichos testigos, a su vez, declaran conocer a los comparecientes. En este caso, los comparecientes son identificados por los testigos de conocimiento y éstos por el escribano o notario.

g. Cuando la identidad se justifica por exhibición al escribano o notario autorizante de documento de identidad idóneo, éste declara que le fue exhibido y que agregó al protocolo fotocopia certificada de las partes pertinentes del mismo. En este supuesto es el compareciente quien justifica su identidad ante el escribano o notario, y a este último le compete calificar la idoneidad del documento presentado.

h. La justificación de identidad prevista en la ley 26.140 se aplica también a los documentos extraprotocolares.

i. Respecto de los testigos de los testamentos rige lo dispuesto por el artículo 3699 del Código Civil.

4. Responsabilidad por el estudio de títulos

4.1. Importancia del estudio de títulos. Concepto

Es indiscutible la importancia que tiene en el quehacer notarial y para el tráfico jurídico inmobiliario la tarea de estudiar los títulos y antecedentes dominiales.

Su teoría es una formulación construida por el resultado de principios receptados por una abundante labor doctrinaria y jurisprudencial.

El estudio de títulos comprende el análisis de los antecedentes jurídicos que legitiman el dominio que se alega, referenciándose en sus originales las escrituras públicas y expedientes judiciales o administrativos que corresponda, mediante un examen exhaustivo de todos los titulares anteriores y las circunstancias por las que obraron hasta hallar un título traslativo, desde cuya fecha

haya transcurrido el término prescriptivo que determinan los artículos 4015 y 4016 CC. Sin perjuicio de que los títulos declarativos deben referenciarse, ello no implicará la dispensa de la obligación de continuar el estudio hasta llegar a un título traslativo, por lo cual el estudio podrá eventualmente abarcar un lapso superior al determinado en las disposiciones legales citadas.

Distintas cuestiones encadenadas al estudio de títulos serían: 1) el deber funcional y la obligación contractual; 2) naturaleza de las funciones y/o actividades del escribano; 3) trascendencia e importancia de la función notarial; 4) trascendencia de la escritura pública; 5) el artículo 1051 del Código Civil y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial; 6) la fe pública registral; 7) la responsabilidad del notario.

Las leyes del arte de un estudio de títulos consisten en marcar los vicios de que adolezcan los antecedentes.

El énfasis o displicencia que cada referencista aplique a su estudio es netamente subjetivo e irrelevante mientras se exterioricen los defectos de los antecedentes conforme el orden legal.

El estudio de título es un tema emplazado dentro de la trascendencia de la escritura pública, dentro de la trascendencia de la función notarial, dentro de las implicancias de la responsabilidad del notario.

4.2. Obligación de hacer el estudio de títulos

La necesidad del estudio de títulos para sustentar la buena fe del adquirente, gira en torno de establecer si el adquirente que omite hacerlo incurre o no en culpa.

La jurisprudencia ha dicho que la buena fe exigida al tercero adquirente no es la mera fe –creencia del hombre de la calle–, sino la buena fe –diligencia o “buena fe –creencia”– que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho, que deriva de una situación aparente... la apariencia sólo justifica la protección de los terceros en la medida en que se produce su error excusable.

Advertimos, pues, que es a través del estudio de títulos que pueden llegar a conocimiento del adquirente los vicios manifiestos que surgen de los antecedentes, y se debe a ello la conveniencia de su realización para la constitución o transmisión de un derecho real.

El estudio de títulos es idóneo para advertir causas de invalidez que, sin embargo, no han impedido la registración, demostrando que la realización del estudio de títulos es un soporte imprescindible de la alegación del adquirente. En síntesis, la certeza del adquirente configurativa de su buena fe, sólo puede derivar del adecuado estudio de títulos⁵⁰.

Nuestro sistema registral inmobiliario es no convalidante, y así lo establece el artículo 4 de la Ley nacional de registro 17.801: "La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes".

La inscripción registral posibilita la publicidad, que es el fin y el objeto del registro, pero tal como lo declararon las *Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Registral* en San Rafael, "para que el tercero interesado pueda invocar el desconocimiento de la realidad extrarregistral de las mutaciones reales, debe ser de buena fe, lo que se presume mientras no se pruebe que conoció o debió conocer la inexactitud del Registro".

Nuestro Registro aspira a la completividad e integridad, pero en la certificación que expide puede haber inexactitudes, que impedirán al adquirente que se vale de ella acreditar su buena fe, si conoció o debió conocer la realidad extrarregistral, particularidad que encontramos en Vélez cuando legisla sobre la hipoteca y su registro en el artículo 3136 CC.

Los títulos inscriptos, pues, pueden ser anulados, ya sea por vicios intrínsecos, como por falta de capacidad de los contrayentes, o por falta de verdadero consentimiento, o por vicios de forma⁵¹.

Por ello es necesario que el adquirente pruebe haber obrado con la debida diligencia que le impone la adquisición del derecho, y entre esas diligencias surge el estudio de los antecedentes a fin de poder determinar si existen vicios manifiestos que invaliden o lesionen el íter de la concatenación dominial.

El estudio de títulos tiene trascendencia para la invocación de la buena fe negocial. La inscripción en los registros no sana los vicios de los títulos; no existe lo que podríamos denominar buena fe registral derivada de sus asientos⁵².

Para la jurisprudencia no se configura la buena fe del artículo 1051 CC si

⁵⁰ Alterini, A. A., "Estudio de títulos", LL 1981-B, 858.

⁵¹ Nota del Codificador al artículo 3198 CC.

⁵² Andorno, L., "La propiedad aparente en la doctrina y jurisprudencia francesa y el artículo 1051 del CC", ED 37-937.

no se realiza el estudio de títulos, a menos que se demuestre que tal examen no hubiera permitido conocer el vicio⁵³.

"No obstante no existir disposición legal que exija a los escribanos los estudios de títulos, la cantidad de problemas notariales suscitados indica la imprescindible necesidad de que dichos profesionales agoten los medios a su alcance para dar garantía de los actos que pasan ante su presencia"⁵⁴.

"Si la invalidez proviene del antecedente por un vicio susceptible de ser conocido al realizarse el estudio de títulos, no efectuado dicho examen el tercero tampoco puede pretextar buena fe. Les son aplicables los principios establecidos en el artículo 902 CC, y que un grado de diligencia razonable les hace necesario efectuar un estudio de títulos para que se configure la buena fe-creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley"⁵⁵.

Advertimos, pues, que es a través del estudio de títulos como pueden llegar a conocimiento del adquirente los vicios manifiestos que surgen de los antecedentes. De allí proviene la necesidad y conveniencia de su realización para la constitución o transmisión de un derecho real sobre inmuebles.

4.3. El estudio de títulos y la función notarial

Es verdad que no hay ningún artículo en el Código Civil que diga rotundamente que el notario debe estudiar los títulos sin perjuicio de que aparezca en las leyes orgánicas notariales.

El notario, como profesional de derecho en ejercicio de una función pública, por la naturaleza de los servicios que presta, queda obligado a poner a disposición del particular su trabajo y su servicio conforme las reglas de su profesión.

Parte de la doctrina sostiene que las obligaciones no tienen por qué ser expresas, pueden estar implícitas en la ley, aún más, dice Jorge Alterini, "es

⁵³ CNCiv, Sala D, 18/5/94, "Quiroga M. v. Inversiones Inmobiliarias S.A. y otros / simulación", JA dto. 1069906.

⁵⁴ CNCiv, Sala F, LL 1980 - D - 209.

⁵⁵ CS 1986-12-11, "Inverfin Cia. Financiera S.A. c. Pcia. de Bs. As.", LL 1987-C, 144.

paradójico que se sostenga la inexistencia de la obligación del estudio de títulos y paralelamente se reconozca que tal estudio configura un uso y costumbre repetido en la Argentina. Se olvida que en virtud del artículo 17 CC, ante el silencio de la ley el uso o costumbre puede tener fuerza vinculante. Si el uso o costumbre es investigar títulos y no encontramos la obligación de hacerlo en la ley ni expresa ni implícitamente, la alumbraría la costumbre⁵⁶.

Otra parte de doctrina entiende que hasta tanto no se imponga legalmente el estudio de títulos, éste no es una obligación que el notario deba cumplir, a excepción de: a) si es solicitado por las partes, y b) si de los títulos presentados para autorizar el acto surgieren defectos manifiestos.

Para Bueres, el deber jurídico calificado de estudio de títulos se trata de una obligación funcional –y no de simple técnica notarial– que deviene inexcusable para el profesional sin que sea menester una norma legal expresa o una estipulación contractual⁵⁷.

La tarea documentadora exige el despliegue y cumplimiento de varias funciones, y en ese ejercicio pueden eventualmente sobrevenir transgresiones susceptibles de engendrar responsabilidad civil, sea por asesoramiento deficiente a las partes, por concreción de la labor documentadora (fedante) con vicios intrínsecos y extrínsecos y por inobservancia de los recaudos previos y ulteriores impuestos por la legislación vigente.

Debemos distinguir el quehacer como facultad o excelencia, por un lado, del deber o imposición coactiva. Como deber, existe para el notario el deber de asesoramiento. Tal asesoramiento nos lleva de la mano a advertir al adquirente del derecho, la necesidad y conveniencia de estudiar los títulos, para sustentar nada menos que su buena fe, conforme la interpretación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria que ha crecido y gravitado a partir de la reforma del artículo 1051 por la ley 17.711⁵⁸.

Una diligencia razonable aconseja un estudio de títulos cuidadoso, que pueda determinar la bondad o revelar la existencia de vicios en la cadena de transmisiones, pues aun cuando no exista norma expresa que lo imponga, la prudencia surge de conjugar lo dispuesto en los artículos 512, 902, y 1198 del

⁵⁶ Alterini, J., "Importancia del estudio de títulos", *Gaceta del Notariado*, Santa Fe, 1980.

⁵⁷ Bueres, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁸ Abella, A., "Estudio de títulos", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, 1990.

CC, ponderando que nuestro régimen jurídico no recoge el principio de la fe pública registral.

Debemos advertir al requirente que la ley no cubre la negligencia del comprador o acreedor que no se preocupa por verificar las condiciones del título, de inquirir su bondad, y la mejor prueba de tal preocupación consistirá en la realización del estudio de los antecedentes dominiales del inmueble⁵⁹.

Participo de la corriente doctrinaria que entiende que la obligación de realizar el estudio de títulos por parte del escribano es de naturaleza contractual. En consecuencia, la obligación de estudiar los títulos de las escrituras que el notario autoriza surge de modo y mandato convencional⁶⁰.

Puede ocurrir, en eventualidades que confirman que no es obligación funcional, que los otorgantes eximan expresamente al escribano interviniente de realizar el estudio de títulos, así como que lo liberen de toda responsabilidad en caso de que lo haya realizado habiendo encontrado observaciones que importen la inconveniencia de la celebración del acto para el adquirente, pese a lo cual éste insiste en el otorgamiento. Y puede ocurrir que se frustre la celebración del acto por los defectos advertidos por el escribano interviniente al realizar el estudio de títulos.

La doctrina dice sobre la cuestión:

"El escribano, al igual que los demás profesionales, está obligado a tener un resultado que será el querido por las partes en la medida en que este querer sea tolerado por el derecho aplicado. El escribano, al prometer un resultado, promete una escritura exenta de errores en cuanto a la técnica legal; promete que va a firmar la escritura, que no va a incurrir en nulidad absoluta de la escritura; promete, entonces, un resultado inmediato, no mediato; no promete que no habrá nulidad por acto que no depende de él"⁶¹.

⁵⁹ Véase CNCiv, Sala F, 8/8/1994, "*Frantini Vladimiro v. Demetrio Alicia s/c.s.d.*", JA, Dto. 14.34471. En igual sentido, Highton de Nolasco, E., "Solución a algunos problemas que plantea el art. 1051", LL 1980 -D-290. Guastavino, F., "La protección a terceros adquirentes de inmuebles", JA 1973, p. 93.

⁶⁰ Alterini, A., *op. cit.*, nota 2; en igual sentido, Acquarone, M., "Estudio de títulos", *Revista del Notariado*; Scotti, E., "Estudio de títulos y responsabilidad por errores registrales", LL suplemento 23-4-92.

⁶¹ Spota, A., *Curso sobre tema de Derecho Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971, p. 317.

No responde civilmente en caso de nulidad si se demuestra que la interpretación es controvertida o dudosa; así como tampoco si rehúsa la prestación de funciones si a su juicio hay motivo de observación. Siempre debe valorar y considerar la necesaria fluidez del tráfico inmobiliario y la seguridad jurídica.

Sanahuja y Soler expresa que no es responsable el notario que autorizó un acto, que aunque declarado nulo por los tribunales, lo ha sido en virtud de un criterio de interpretación del que se puede disentir sin incurrir en ignorancia inexcusable. El notario, en este caso, se encuentra en el mismo caso que el juez a quien le han revocado la sentencia; no incurre en culpa ni es responsable.

4.4. Las conclusiones de las Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil

Las Jornadas realizadas en Mercedes, provincia de Buenos Aires, en agosto de 1981, hacen suyas las conclusiones de la *Convención Notarial de la Capital Federal*, del 30 de mayo de 1981 en Buenos Aires.

“El escribano responde por el defectuoso estudio de títulos, tanto si el mismo es realizado por el escribano autorizante o el referencista, sin perjuicio de los derechos subjetivos que surgen de la relación existente entre ambos”.

4.5. La jurisprudencia sobre la cuestión

Si el escribano facturó y cobró el estudio de títulos no puede alegar que su diligencia se limita a tener a la vista el título antecedente.

“La actuación del escribano que intervino en la operación de que derivó el perjuicio sufrido por el actor, actuando con indisculpable negligencia ya que no ajustó su proceder profesional a la diligencia que es exigible a un notario pues no había efectuado un verdadero estudio de títulos, pese a figurar así en la factura de gastos, sino que se había limitado a tener a la vista el título, antecedente del cual resultaba un aparente falso propietario”⁶².

⁶² CS, agosto 27-1985, “*Etcheberry Oscar I. y otros c. Pcia. de Buenos Aires*”, LL 1985-E, 42.

La creencia de estar obrando de acuerdo a derecho es indispensable para obtener la protección de la ley.

“Aun cuando en el ámbito de la provincia de Buenos Aires no existe en esa época obligación directa impuesta por la ley a los escribanos de efectuar el estudio de títulos antes de autorizar el otorgamiento de escrituras de transmisión dominial, el tribunal a partir del precedente de Fallos 306:2029, no comparte la aplicación absoluta del criterio según el cual la ausencia de estudio de títulos no exime de responsabilidad estatal por errores registrales ni la atenúa en ningún caso, para que se configure en el adquirente del derecho la buena fe, creencia, que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley (en igual sentido P.257.XXIV, “*Phalarope S.A. c. Santiago del Estero 2/6/94*”; M. 442.XXII, “*Martínez Hugo O. c. Buenos Aires 19/12/1995*”)⁶³.

“No obstante no existir disposición legal que exija a los escribanos los estudios de títulos, la cantidad de problemas notariales suscitados indica la imprescindible necesidad de que los escribanos agoten los medios a su alcance para dar garantía de los actos que pasan ante su presencia”⁶⁴.

“El escribano es responsable ante el cliente y frente a terceros —si en este último caso ocasiona un acto ilícito— por el defectuoso estudio de títulos [...] La buena fe contenida en el artículo 1051 demanda un comportamiento activo del subadquirente, que debe proceder con cuidado, previsión, prudencia, diligencia, etc. El estudio de títulos es necesario siempre a fin de que ese obrar activo del tercero pueda considerarse culpable, salvo que se demuestre que dicho examen habría sido irrelevante. El deber jurídico calificado de estudiar títulos es primordial a efecto del fiel y acabado cumplimiento del quehacer notarial”⁶⁵.

“No cabe la menor duda que cuando el antecedente de la posterior enajenación es una donación, la claridad de la disposición del artículo 3955 CC tal como ha sido interpretado a partir del fallo plenario de la Cámara Civil del 11 de junio de 1912, impide admitir otra interpretación. Es que quien adquiere un inmueble antes donación, difícilmente pueda aducir buena fe, pues, desechada la posible

⁶³ CS 1997-7-15, “*Terrabón S.A. c. Pcia. de Buenos Aires*”, LL 1999-A506.

⁶⁴ CNCiv, Sala F, LL 1980-D-290.

⁶⁵ Bueres, A., *Responsabilidad civil del escribano*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 1984.

invocación del error de derecho (artículos 20 y 923 CC), sabe que se halla expuesto a la reivindicación consiguiente a una posible acción de reducción, por imperio del precepto recordado, con lo que aun en la hipótesis de sostener que la nueva redacción del artículo 3955 CC, el tercero no podría ampararse en la excepción de su última parte⁶⁶.

“Verificar si la apoderada del acreedor, contaba o no con un poder suficiente, cuando surgía del propio testimonio elaborado por la Escribana C. que la mandataria había sido comisionada para suscribir la escritura de cancelación hipotecaria, mediante otro instrumento pasado ante esta notaría, constituía en realidad parte del estudio de título, y competía a la función del escribano N. H., que debería haber extremado los cuidados, teniendo en cuenta particularmente que si el poder otorgado por el original acreedor hipotecario era de ese mismo día, y el folio al que habría pasado era nada menos que el inmediato anterior al de la escritura de cancelación, ambas escrituras formaban parte de un mismo cuaderno y por tanto requerir que le fuera exhibida no podría configurar un exceso, o expresión de desconfianza de un profesional al otro, o vulneración del concepto de fe pública. Sobre todo, si se advierte que el registro de la escritura de cancelación le competía a la Escribana C... En este tipo de actuaciones notariales, es decir cuando un acto depende de la ejecución de otro que es previo y condicionante, la ortodoxia profesional impone no formalizar el consecuente si es que el antecedente no se encuentra perfeccionado. Y con mayor razón si quien comparece a cobrar un crédito y suscribir una escritura, se dice apoderado y no es exhibido el mandato respectivo, ni tan siquiera la escritura volcada en el protocolo donde constaría la forma del poderdante. N. H. sometió por descuido, al acreedor y al deudor hipotecario a un grado de riesgo significativo, que pudo no haber derivado en nocivas consecuencias. Pero como está demostrado aquí, causó evidente perjuicio, que de haber desempeñado normal y regularmente la actividad que era de su competencia, se hubiera evitado [...] Admitiendo entonces la analogía entre el estudio del título, y la verificación de la autenticidad del poder invocado, sea entonces que se considere que la cuestión en debate estribara en el ‘estudio de Título’, o que se equipare la situación a tal supuesto; o que se entienda que el deber de seguridad involucraba la autenticidad de actos pasados ante otra notaría; sea que se considere que es obligación de medios o de resultado, en cualesquiera de los casos el notario demandado, para relevarse de responder debería demostrar

⁶⁶ CNacCiv, Sala E, 9/12/1988, “U.C.M. y otro R.V. C.S.”, JA 1989-II-176.

el caso fortuito, la imputabilidad de la víctima o damnificado, y como pareciera suceder aquí la de un tercero por el que no debe responder⁶⁷.

No existe responsabilidad del escribano si los vicios no son manifiestos.

“No puede responsabilizarse al escribano por vicios del acto jurídico que no sean manifiestos, pero sí en la hipótesis de vicios que hacen al acto nulo y que el escribano pudo o debió conocer por su carácter manifiesto⁶⁸.”

5. Registros públicos

5.1. Pedido de certificados (artículo 23 Ley 17.801)

Conforme el artículo 23 de la Ley 17.801:

“Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registrales [...]”.

“Los escribanos de registro tienen el deber de solicitar certificados a las reparticiones correspondientes a los efectos de autorizar actos de constitución o transferencia de derechos reales sobre los inmuebles⁶⁹.”

Es requisito en algunas provincias tener el certificado catastral a los fines de autorizar las escrituras traslativas de dominio.

⁶⁷ “González Sbarbi, Ricardo Julio c. N. H., J. s/ daños y perjuicios”, CNCiv, Sala B, mayo 2004.

⁶⁸ CNacCiv, Sala B, 23/7/81, “Álvarez Pereyra, Manuel A. c. López Méndez, Oscar”, JA 1982 - III - 51.

⁶⁹ CNacCiv, 10/06/999, “Trimarchi Francisco v. Escribano E. Claría s/ presentación relacionada”.

“Las leyes provinciales que imponen la exigencia de plano de mensura y el certificado catastral a los fines de autorizar las pertinentes escrituras traslativas de dominio y su ulterior inscripción, establecen una restricción a la propiedad privada en interés público y en consecuencia están regidas por el derecho administrativo conforme lo dispuesto en el artículo 2611 del Código Civil”⁷⁰.

La inhibición del enajenante impide el otorgamiento del acto dispositivo sin la autorización del juez:

“El notario que conociendo al momento de la suscripción de una escritura pública la existencia de inhibiciones sobre los bienes del enajenante, autoriza el instrumento constituyéndose actos de disposición, coadyuva al error registral (la inscripción definitiva del título), inobservando lo dispuesto en los artículos 23 Ley 17.801, LO, trib. 26 inc. 2 y 44 inc. 3, Ley 3058”⁷¹.

5.2. Falta de inscripción en tiempo oportuno

El notario debe tener conocimiento de las derivaciones probables de la demora en inscribir una compraventa en tiempo y formas de ley, pero podrán existir causales de exclusión de la responsabilidad que deberán ser valoradas en cada caso.

“Si como consecuencia de no haber procedido el escribano interviniente en una escritura traslativa de dominio a su inscripción en tiempo oportuno, se registró una inhibición, tal circunstancia que causó al comprador una imposibilidad de disponer del inmueble entraña la pérdida de una chance que es un daño cierto y actual en la medida en que esos acontecimientos significaron la frustración de una lógica o razonable alternativa de beneficios económicos (conf. Llambías, *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, t. I, n° 241, norma 20, pp. 295 y 296 y su alusión a las opiniones de Orgaz y de los Mazeaud y Tunc). El quehacer registral, al margen de los actos previos necesarios para que se otorgue un documento eficaz, demanda una tarea ulterior correcta en orden a la inscripción del documento en el Registro de la Propiedad en forma oportuna. Esto último es esencial en vista del

⁷⁰ SC Mendoza, Sala III, mayo 15-992.

⁷¹ SC Mendoza, en pleno, octubre-26-992. “Portella, Oscar”, *DJLL* 1993-1-817.

sistema de reserva de prioridad que rige en nuestro medio (conf. de la Cámara, Álvarez, “El notario latino y su función”, *Revista del Notariado* n° 726, pp. 2033 y ss.; *Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil*, octubre de 1982, tema “Responsabilidad del escribano”, conclusión 11; *Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil* (Mercedes, provincia de Buenos Aires), agosto de 1981, tema “Responsabilidades profesionales”; Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, n° 1490 y ss., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1981, pp. 481 y ss.; CNCiv, Sala C, 16/2/82, JA del 1/6/83; Bueres, “Responsabilidad civil de los escribanos”, *Revista del Seguro, de la Empresa y la Responsabilidad Civil*, abril-junio de 1983, pp. 24 y ss.). Tal deber jurídico de prestación compleja es una obligación de resultado, razón por la cual, probado el incumplimiento, el factor de imputación de responsabilidad se descarta y, por consecuencia, incumbe al deudor como eximente válida la prueba del caso fortuito”⁷².

“Tratándose de escribanos, es lógico suponer que deben tener conocimiento de las derivaciones probables de la demora en inscribir una transmisión de dominio en tiempo y formas de ley, por lo que su culpa o negligencia debe ser valorada con severidad (artículos 902 y 909, última parte, CC). Dentro de las previsiones que debe tomar el escribano, no se encuentra la dación en pago que hace el adquirente de un bien cuya escritura redactó aquél y que luego vende a un tercero, sin poder a su vez escriturar debido a que por la demora del notario en la inscripción se anotó como definitivo un embargo provisorio inscripto pocos días antes de la primera escritura. El pago que hace el vendedor al comprador, entregando un bien distinto en lugar del original prometido en venta, es una actitud potestativa, existente sólo en la mente del autor de la sustitución, sin nexo adecuado con el hecho ilícito, quien pudo limitarse a perseguir la liberación del bien embargado con más los daños y perjuicios, lo cual entraría dentro de las consecuencias posibles del actuar negligente”⁷³.

“El daño por el acto ineficaz se ocasionó a un tercero ajeno a la relación contractual del escribano con el cliente. Tratándose de una responsabilidad extracontractual, emplazable básicamente en el artículo 1109 CC, el deber “negocial” de “fines” se

⁷² CNacCiv, Sala D, 17/05/1984, “González, Jorge Alberto v. Iglesias de Frei, Dora s/ daños y perjuicios”.

⁷³ CNacCiv, Sala F, 16/02/1982, “Grinstein, David v. Pérez, Mary M. s/ daños y perjuicios”.

trastrueca en un deber de "medios", por lo que incumbe al actor la prueba de culpa del demandado [...]. Si el escribano dañó al actor, persona totalmente extraña al acto ineficaz, incurrió en responsabilidad extracontractual y, en tales condiciones, nada impide que se recurra a la amplia directiva del artículo 1109 CC, que veda dañar culposamente a otro —esto en vista de que de ninguna constancia de autos fluye que el notario actuó con dolo delictual (artículo 1072 CC)⁷⁴.

"La índole jurídica de la relación cliente - escribano, por la actividad de este último encaminada a obtener la inscripción del título por él instrumentado, es de carácter contractual, ya fuere por vía de haberse concertado un mandato tácito o una locación de obra"⁷⁵.

5.3. Frustración de la inscripción por causas que eximen de responsabilidad

Puede acontecer que la causa de la falta de inscripción se deba al incumplimiento de las obligaciones de la parte, en cuyo caso el escribano estará eximido de responsabilidad.

"Si la frustración de la inscripción del acto de compra ocurrió porque el comprador no le entregó al escribano que tramitaría la registración el dinero necesario al efecto, ello exime de responsabilidad al notario que instrumentó el acto"⁷⁶.

5.4. Demora en la inscripción no imputable

Si la causa de la demora en la inscripción del título se debe a causas inimputables al notario éste no debe responder.

"Probada la actividad del escribano encargado de inscribir el título, y que la

⁷⁴ CNacCiv, Sala D, 8/2/83, "Bacigalupo de Cerletti y otro c. Leone, Antonio y otros", JA 1983 - III - 445.

⁷⁵ C 2ª Civ y Com La Plata, Sala 3ª, 12/9/78, "Jakovcevic, Casimiro c. Bischoff, Juan y otros", JA 1979 - II - 330.

⁷⁶ CNacCiv, Sala A, 30/10/1997, "Patria Compañía de Seguros Generales S.A. v. Bouquet Roldán, Juan M.", JA 1998 - II - 374.

demora en lograrlo se debió a causas insuperables e inimputables a él, no puede atribuírsele culpa que pueda a su vez generar responsabilidad"⁷⁷.

5.5. Responsabilidad del Estado por la prestación del servicio

La evolución legislativa y jurisprudencial determinó que haya quedado superada la postura de irresponsabilidad del Estado.

Es importante señalar una evolución en los fallos de la Corte Suprema relacionados con el tema que parten del caso Ferrocarril Oeste del año 1938, en ocasión de un informe del Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires, que permitió adquirir unos terrenos del titular aparente, error que derivó en la acción contra el Estado del titular verdadero. En la sentencia queda consagrada la responsabilidad de Estado por actos de imperio, o sea los realizados como poder público.

En el caso Vadel⁷⁸ del año 1984 la Corte modifica el criterio afirmando que la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no requiere como fundamento recurrir al artículo 1113 del CC, puesto que la idea objetiva de su responsabilidad por la falta de servicio encuentra el fundamento en la aplicación por la vía subsidiaria del artículo 1112 CC.

La doctrina y jurisprudencia sostienen que la responsabilidad del registrador se encuentra regida por los artículos 3147 y 1112 CC., y por las normas y principios comunes del derecho de daños.

Para que nazca su responsabilidad, se requiere que haya ejercido sus funciones de forma irregular —lo que se identifica con el requisito de la antijuridicidad de la acción—, que ese accionar irregular haya generado un perjuicio, que medie entre ambos —acción y daño— una relación adecuada de causalidad de acuerdo a las pautas de los artículos 901 a 906 CC., y que exista culpa o dolo del funcionario. En principio, la culpabilidad del agente resultará en *re ipsa* de la mera ejecución irregular de la función.

No se trata de una responsabilidad indirecta que fluya del artículo 1113 CC, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de sus fines debe ser considerada propia de éste, por lo que debe responder de modo principal y directo.

⁷⁷ C 2ª Civ y Com La Plata, Sala 3ª, 12/9/78, "Jakovcevic, Casimiro c. Bischoff, Juan y otros", JA 1979 - II - 330.

⁷⁸ Corte Suprema, 18/12/84, f. 83736.

El Dr. Hitters, en voto que emitiera como miembro de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, en autos *Irisarri, Gilberto V. y otra c. Fisco de la provincia de Buenos Aires*, con fecha 14 de marzo de 2001, sostuvo en igual sentido, citando a administrativistas como Gordillo, Cassagne, Marienhoff, etc., que "el Estado no tiene 'dependientes' en el sentido del artículo 1113, parte 1ª del Código Civil, sino que todas las personas que designa para el desempeño de las funciones por él encomendadas, se erigen como sus 'órganos', y por ende, sus hechos, actos u omisiones se imputan directamente al Estado. No cabe, pues, en el ámbito del derecho público, hablar de responsabilidad estatal 'indirecta', toda vez que el Estado actúa, siempre, directamente a través de sus órganos. [...] Ello pone en juego la responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al artículo 1113 del Código Civil. La responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas"⁷⁹.

De los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación puede extraerse que si el comportamiento irregular del registro inmobiliario produjo la frustración de la garantía individualizada en un embargo, ello constituye por sí un daño jurídico cierto y no eventual, que debe indemnizarse⁸⁰.

Determinan la responsabilidad del registrador: a) la irregularidad en la prestación de la función registral, que puede darse cuando el asiento no refleja la realidad jurídica extrarregistral, o bien si lo dado a publicidad por el Registro no coincide con lo correctamente registrado; b) la vinculación causal del daño con la actividad administrativa, esto es que el certificado haya sido causa directa del perjuicio; y c) que se puedan imputar jurídicamente los daños a la demandada⁸¹. Empero el daño no puede quedar configurado por la sola actividad publicitaria

⁷⁹ CNCiv, Sala J, Yáñez, Carlos c. Registro de la Propiedad / daños y perjuicios, ED, 23/11/2006, fallo 54.380.

⁸⁰ CSJN, ni re "Romero, Guillermo Aníbal c/Pcia. de Santa Fe" del 6-8-85 "Magar Sociedad en Comandita por Acciones c/Pcia. de Buenos Aires" del 27-8-93 en Fallos 316:1892.

⁸¹ Abella Adriana, *Derecho Inmobiliario Registral*, Buenos Aires, ed. Zavalla, Buenos Aires, 2008.

inexacta, sino que el mentado error deberá conectarse con otro acontecimiento distinto para llegar a producirlo⁸².

Además la ley de Defensa del Consumidor y la Constitución Nacional Argentina, tras la reforma operada en el año 1994, incorporó el derecho de los consumidores de bienes y servicios a una información adecuada y veraz⁸³.

La doctrina de prestigiosos civilistas⁸⁴ sostiene que si la atribución de la consecuencia dañosa se discierne sobre la base de la conexión causal que la vincula con el hecho antecedente, en verdad no es posible que se impute responsabilidad al deudor del acreedor omitido, toda vez que ningún hecho suyo desencadenó el perjuicio irrogado a aquél. La responsabilidad del Estado por los actos que determinaron la frustración de la garantía, no puede verse desvirtuada por la defensa que pueda invocarse en el sentido de ser necesario para la parte actora justificar la inexistencia de otras vías para satisfacer el crédito del deudor originario⁸⁵.

"El Estado debe responder por la falta de servicio en la que incurrió el Registro de la Propiedad Inmueble en el que se tomó razón de un levantamiento de embargo sin respaldo documental alguno, pues, el hecho de que esos asientos no fueran confeccionados por alguno de los agentes encargados de tales tareas no permite eximirlo de responsabilidad cuando, precisamente, su obligación es velar por la corrección de las constancias registrales"^{86 87}.

⁸² Alterini, Jorge H. y Lloveras, Néstor L., *Inexactitudes registrales*, El Derecho T 62, 547.

⁸³ Kemelmajer de Carlucci, Aída y López Cabana, Roberto M. (directores), Stiglitz Gabriel (autor), *Derechos y Garantías del siglo XXI*, Protección constitucional del consumidor y del usuario, Rubinzal Culzoni, Argentina, Santa Fe, 1999, p. 101 y ss.

⁸⁴ Alterini J. y Lloveras N. lo sustentaron en su trabajo *Responsabilidad Civil por inexactitudes Registrales*, en ED, T. 62, p. 547 y ss.

⁸⁵ CSJN "Mascaro de Manuillo, Martha Esther c/Pcia. de Bs. As.", del 18-12-90.

⁸⁶ CNCiv, Sala J, 09/05/2006, Yáñez, Carlos José c. Registro de la Propiedad Inmueble La Ley 06/09/2006, 10. *Jurisprudencia vinculada Corte Suprema*, Romero, Guillermo A. c. Provincia de Santa Fe", 1985/08/06, *La Ley*, 1986-C, 534 (37.276-S) y "Menkab S.A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", 1995/10/05, *La Ley*, 1996-E, 139. Facultad de Derecho - UBA - Noticias de derecho privado II - Boletín n° 21/06; 06-09-2006-09-07.

⁸⁷ Véase Abella, Adriana, "El control de legalidad en la atribución de los derechos reales", *Revista del Notariado. CEPBA*, n° 959, año 2008, p. 361.

También se ha determinado en otros casos responsabilidad concurrente:

“La eventual responsabilidad del escribano –en el caso en que se reclama por los daños y perjuicios derivados de la conducta negligente en que incurrieron los funcionarios del registro provincial en el cuidado de los asientos a su cargo– no excusa total ni parcialmente la de la provincia, sin perjuicio de las acciones que ulteriormente pudiese ejercer ésta contra aquél para obtener su contribución en la deuda solventada. Ello es así, pues aun cuando se probase la falta de diligencia del escribano, ello no obstaría a la responsabilidad que corresponde adjudicar a la provincia, que es de derecho administrativo y se origina en la deficiente prestación del servicio registral; en tanto que la posible del escribano sería de derecho civil basada en la negligencia en el desempeño de su profesión. Mediarían, de configurarse ese supuesto, obligaciones concurrentes –también denominadas *in solidum*–, las que se caracterizan por la existencia de un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas con relación a cada uno de los deudores”⁸⁸.

“Acreditada la responsabilidad civil del escribano interviniente y de la de derecho administrativo de la provincia accionada, la obligación resarcitoria *in solidum* es concurrente, por existir un solo acreedor, un mismo objeto, pero distintas causas en relación a cada uno de los deudores. Las otras responsabilidades concurrentes no excusan total ni parcialmente la de la demandada, sin perjuicio de las acciones que ulteriormente pueda ejercer ésta contra los demás responsables para obtener su contribución en la deuda solventada”⁸⁹.

En fallos posteriores la responsabilidad del Estado ha quedado descartada por la conducta negligente de la parte actora y el Superior Tribunal dijo:

“[...] la actora actúa como entidad financiera, les son aplicables los principios establecidos en el artículo 902 del Código Civil y un grado de diligencia razonable les hace necesario efectuar –o hacer efectuar– un estudio de títulos para que se configure en el adquirente del derecho real la buena fe creencia que consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho y de la ley [...]”⁹⁰.

⁸⁸ Corte Sup, 1986, López, “*Meregilda v. Provincia de Buenos Aires*”, Fallos, t. 308, p. 966.

⁸⁹ Corte Sup, 27/8/85, “*Etcheverry, Oscar I. y otros c. Prov. de Bs. As.*”.

⁹⁰ CS 11/12/86, “*Inverfin Cia. Financiera S.A. c/ Pcia. de Bs. As.*”.

5.6 Registro de la propiedad inmueble Responsabilidad solidaria con el escribano

Cada uno, el escribano y el dependiente del Registro de la Propiedad Inmueble, tiene deberes específicos que cumplir, si ambos han cometido errores en el cumplimiento de esos deberes y de esas omisiones ha resultado un perjuicio a terceros, ambos son copartícipes y deben responder solidariamente frente a los damnificados por los daños y perjuicios que ocasionaron.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que “la eventual responsabilidad del escribano no excusa total ni parcialmente –como pretende la provincia– la suya, sin perjuicio de las acciones que ulteriormente pudiese ejercer ésta contra aquél para obtener –si procediere– su contribución en la deuda solventada. Ello es así pues, aun cuando se probare la falta de diligencia del notario, ello no obstaría a la responsabilidad que corresponde adjudicar al Estado provincial en la deficiente prestación del servicio registral, la que encuentra fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código civil”.

En ese precedente la Corte Suprema consideró que el error en la transcripción del nombre de la propietaria no eximía de responsabilidad a la demandada, toda vez que si bien la solicitud se hizo bajo un nombre incorrecto se indicaron adecuadamente los datos societarios (número de inscripción en el Registro Público de Comercio, libro y tomo correspondiente), circunstancia que debió ser advertida por el registro inmobiliario, si no al expedir el certificado como libre de inhibiciones, al proceder a la inscripción del título. Ello en cumplimiento de su obligación de observar la legalidad de sus formas extrínsecas, que abarca –entre otros– la corrección de los datos sobre el registro notarial en que se formalizan, por lo que –independientemente del error del escribano– la provincia no pudo inscribir una venta hecha por quien estaba inhibido (ver antecedente citado pp. 141 y 142)⁹¹.

Se ha considerado que los copartícipes culpables del daño ocasionado, responden solidariamente, en virtud de la previsión contenida en el artículo. 1109 del Código Civil según la cual se aplican a los cuasidelitos ‘las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil’, traslación de régimen que sólo podría dejarse de

⁹¹ CS, octubre 5/1995, “*Menkab, S.A. c. Provincia de Buenos Aires y otros*”, LL, 1996-E-139/143, fallo 94.842.

lado si hubiese alguna norma que eximiese de solidaridad a los simples partícipes del hecho (Llambías, *op. cit.*, t. IV-A, p. 202, n° 2428). Por ello se ha dicho que en materia de cuasidelitos existe –en general– solidaridad, con acción de reintegro (artículo 1109, Código Civil, según la ley 17.711), salvo los casos de simple mancomunación mantenidos en los artículos 1121 y 1135 del Código Civil⁹².

Por lo cual, las damnificadas tenían derecho a reclamar el total de la indemnización a cualquiera de los obligados solidarios, y concordantemente con lo decidido por el Sr. juez, habiendo sido demandado únicamente el escribano, considerado también culpable, debe responder por todo el monto de la condena, sin perjuicio de la acción de regreso contra el copartícipe, que a mi juicio ha contribuido en igual medida que el escribano en la generación del daño... tanto el escribano demandado como el Estado Nacional son responsables solidariamente como copartícipes del hecho ilícito causante del daño a la parte actora, aunque la condena se mantenga en estas actuaciones únicamente contra el escribano A. E. E. G. como codeudor solidario⁹³.

5.7 Compraventa daños y perjuicios, prescripción, cómputo de la prescripción

Resolvió la Corte

“Es procedente la defensa de prescripción opuesta por la Provincia demandada por reparación del daño que el comprador de un inmueble considera causado por el obrar de empleados del Registro de la Propiedad Inmueble que habrían alterado la documentación necesaria para que una persona fallecida figurara como titular del bien, habiendo concurrido a la escritura una persona que simuló ser éste, pues existen elementos de juicio que permiten concluir que conoció el hecho dañoso el día que firmó la escritura –en el caso, sabía que los intermediarios de la venta realizaban operaciones adjudicándose el carácter de propietarios sin serlo y no queda claro si abonó o no el precio–, y demandó cuando había vencido el plazo bienal del artículo

⁹² Atilio Aníbal Alterini - Oscar José Ameal - Roberto M. López Cabana, “Derecho de Obligaciones - Civiles y Comerciales”, pp. 713-714, n° 1743).

⁹³ CNCiv., Sala C, 25 de Agosto de 1999. - Expósito, María Esther y otro c. E. G., A. E. y otros s/daños y perjuicios.

4037 del Código Civil. El punto de partida de la prescripción debe ubicarse en el momento en que la responsabilidad existe y ha nacido la consiguiente acción para hacerla valer o, en otros términos, desde que la acción quedó expedita⁹⁴.

5.8. Publicidad cartular y su proyección en la responsabilidad notarial

La publicidad registral coexiste con la posesoria y la cartular y ello será considerado para la evaluación de la responsabilidad.

“Si el testimonio del título ostenta una anotación marginal que da cuenta de la constitución del gravamen hipotecario la omisión del escribano de tenerlo a la vista, indica que medió de su parte una indiscutida negligencia no purgada por el posterior certificado del registro inmobiliario que no consignó la existencia del gravamen demostrativa de que no ajustó su proceder profesional a la diligencia que es dable exigir a un notario en tales casos⁹⁵.

6. Tarea documentadora

6.1. Concepto

La tarea “documentadora” exige al escribano el despliegue de varias funciones, unitariamente fusionadas, cuyas transgresiones pueden generar responsabilidad civil. Partiendo del asesoramiento, continuando con la concreción de la labor documentadora (y fedante) sin vicios intrínsecos y extrínsecos; y finalmente la observancia de los recaudos previos y ulteriores impuestos por la legislación registral.

Enseña Bustamante Alsina⁹⁶ que las tareas que están asignadas por la ley al escribano de registro constituyen una importante y trascendente función

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) 12/04/2005, Pardo, Horacio R. c. Provincia de Buenos Aires, La Ley Online.

⁹⁵ CS 11/2/88, “Pcia. Bs. As. v. Anzeno F.”, t. 311, p. 102.

⁹⁶ Bustamante Alsina, J., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 3a. ed., n° 1453 y ss., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 473.

pública, pudiendo afirmarse por ello que el régimen legal de constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles no se concibe sin la existencia del escribano de registro, quien integra el sistema mediante el ejercicio de funciones de carácter público por el interés general que le sirve de fundamento, que consiste en el otorgamiento en un protocolo de actos jurídicos traslativos formalmente auténticos, en la conservación de dichos actos por la instrumentación de los mismos en los registros públicos a su cargo, y por los actos que deben cumplir para integrar con la publicidad registral el sistema legal de la propiedad inmobiliaria⁹⁷.

Cuando el escribano es requerido para documentar un acto que exige forma auténtica para su plena validez y eficacia debe asesorar a las partes sobre la trascendencia de cumplir con la forma señalada por la ley.

“Si el notario autorizó que las partes contratantes otorgaran actos jurídicos (en el caso un contrato de mutuo hipotecario), que debía canalizarse por escritura pública, de un modo inidóneo y con una apariencia textual que daba lugar a equívocos, al permitir diversas interpretaciones, ha incurrido en una conducta reñida con sus más elementales deberes afectando la seguridad jurídica. En efecto, la certeza que las normas del Código Civil han querido salvaguardar, para promover el intercambio crediticio y negocial, ha sido vulnerada por la conducta de un profesional dotado de los conocimientos y la aptitud para ser depositario de la fe pública y hacer posibles estos postulados”⁹⁸.

“Resulta improcedente la demanda incoada por los compradores de un inmueble sometido al régimen de su propiedad horizontal en virtud de supuesto desconocimiento de la existencia de juicios contra el consorcio, pues la circunstancia de que en el boleto de compraventa se haya hecho expresa mención de tales juicios, disponiendo que el vendedor se haría cargo en caso de resultar vencido el consorcio, pone de manifiesto que los compradores estaban al tanto de los litigios en trámite al momento de la realización de la compra.

El escribano interviniente en la escrituración de un contrato de compraventa de un inmueble perteneciente al régimen de propiedad horizontal no está obli-

⁹⁷ CNacCiv, Sala B, 11/08/1981, “Duserre, Miguel Elfo y otra v. Aleman, Enrique s/ cump.de contrato”.

⁹⁸ CNacCiv, 30/04/1998, M.J.H.

gado por ley a requerir la existencia de deudas o procesos pendientes contra el consorcio”⁹⁹.

6.2. Juicio de capacidad

El escribano califica, legaliza y legitima, razón por la cual no autoriza un acto si duda de la capacidad mental del requirente pero no es necesario dejar constancia documental del juicio de capacidad¹⁰⁰ ni tal juicio hace plena fe¹⁰¹.

“Las disposiciones del Código Civil, artículos 997 y ss., 1001, 1004, 3627, 3654, 3657 y 3658 ponen de manifiesto que no es requisito esencial del instrumento público el juicio de capacidad del otorgante, seguramente como consecuencia de la presunción contenida en el artículo 140 CC”¹⁰².

6.3. Responsabilidad al emitir copias

Conforme el artículo 1006 del CC:

“El escribano debe dar a las partes que lo pidiesen copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado”.

La copia es instrumento público y conforme el artículo 1009 CC:

“Si hubiera alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga”.

“La omisión de las confrontaciones de los términos en que se hallan redactadas las escrituras en el protocolo, a los efectos de la expedición de los testimonios, es

⁹⁹ CNCiv., sala I, 2004/08/25. Ciocan, Diego G. y otro c. Tokman, Daniel A. y otros.

¹⁰⁰ Conforme Ley 404, ONCBA artículo 77, inc. d, 2ºp.

¹⁰¹ Véase Código Civil, notas del artículo 993 y artículo 3616.

¹⁰² CNacCiv, Sala B, 23/07/1981, “Pereyrac v. López Méndez, Oscar s/ daños y perjuicios”.

en verdad de una gravedad tal que afecta la naturaleza misma de la fe notarial, máxime cuando dicha expedición se efectúa con la finalidad de registrar los actos ante la autoridad pública competente, por lo que se debe sancionar al escribano que incurre en tal irregularidad¹⁰³.

6.4. Existencia de gravamen

Es responsable el escribano que autoriza la escritura de venta del inmueble gravado con hipoteca dejando constancia de la inexistencia del gravamen.

"Si la demora en la entrega de un título se originó en la circunstancia de hallarse vigente un gravamen hipotecario que afecta al inmueble y si en la escritura se consignó que aquél debía considerarse inexistente, pues había sido cancelado parcialmente en la proporción que correspondía a la unidad enajenada, por acta notarial pasada ante otro escribano cuando de un certificado emitido por éste se desprende que el gravamen no había sido liberado, la irregularidad en que incurrió el notario al aseverar que se hallaba otorgado el acto de cancelación faltando a la verdad, reviste suma gravedad, pues es deber notarial dar fe y comunicar una autenticidad y fuerza probatoria excepcional a los actos pasados ante ellos" (conf. Trigo Represas, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Cap. IV, Buenos Aires, 1978, p. 1269)¹⁰⁴.

6.5. Extensión de la responsabilidad

En algunos fallos jurisprudenciales vemos cómo se extiende indebidamente la responsabilidad del escribano por falta de nexo causal:

"Incorre en responsabilidad el escribano que no adopta las medidas de segu-

¹⁰³ CNacCiv, Sala C, 23/9/74, "*Consortio Ángel Gallardo 34/35 c. Maucci, Gualterio y otro*", JA 25 - 1975 - 45.

¹⁰⁴ CNCiv, Sala G, ED 105-497/562. Véase CNacCiv, Trib. de Superint., 23/04/1985, "*Martínez, José Manuel s/ Presentación relac. con Reg. Not. 410 a cargo Esc. A.L.M.*".

ridad necesarias para evitar un asalto durante el acto de firma de una escritura pública relativa a una compraventa inmobiliaria, debiendo responder ante el adquirente del bien por la suma que en ese momento había entregado al vendedor y que, cuando se estaba contando por éste, fue sustraída por dos asaltantes que portando armas irrumpieron en el lugar. Si la puerta de entrada a la escribanía era de madera con vidrio opaco en su parte superior, no tenía mirilla ni portero eléctrico, ni cadena de seguridad y si la secretaria del escribano al solo llamado abrió la puerta, lo que determinó que a partir de ese momento cualquier intento de resistencia hubiera sido inútil y mortalmente peligroso, no se cumplió con el deber de seguridad que se debía ofrecer a las partes, y conforme al artículo 514 del Código Civil el hecho no fue imprevisible y pudo evitarse a través de prudentes medidas que pesaban sobre el notario en cuya oficina se realizaba una operación que incluía el pago de dinero en efectivo, lo que estaba implícito en las obligaciones derivadas del vínculo contractual. La responsabilidad del escribano no deriva de que se le hubiese entregado a él el dinero y de un supuesto deber de custodia, lo cual no tendría sentido ya que el dinero es llevado por el comprador al acto de compraventa para entregárselo al vendedor, sino que, en virtud de la relación contractual con las partes del negocio jurídico a celebrarse en la notaría, el escribano no sólo debe cumplir con las obligaciones principales consistentes en el estudio de títulos, la verificación de identidad, el cumplimiento de las formas que el acto requiere para su perfeccionamiento, etc., sino que existe una obligación accesoria de rodear de seguridad al acto que allí se realiza. Quienes acuden a la escribanía portando una suma importante de dinero, cuentan con que el profesional, responsable de la exitosa celebración del acto, cumplirá también con la adopción de medidas de prudencia destinadas a evitar la frustración del acto, al menos en cuanto ello resulta posible. La fuerza mayor que implica el acto de terceros con utilización de armas de fuego, y que rompe el nexo causal, no resulta invocable cuando la realización del hecho resultó posible por no haber adoptado medidas de previsión quien tenía la obligación de ofrecer seguridad a las partes, máxime cuando, por la profesión que se ejerce, mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (artículo 902 del Código Civil)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ CNacCiv, Sala F, 13/09/1990, "*Galíndez Elizabeth Marta v. Calzón Patalio Ángel A. y otro s/Daños y perjuicios*".

6.6. Conclusiones de las Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, octubre de 1982. Obligación de escriturar. Función y responsabilidad del escribano

1. La obligación de hacer escritura pública —artículo 1185 CC— equivale a hacer “el título suficiente al dominio”.

2. El contrato de compraventa inmobiliaria como negocio obligacional definitivo puede ser hecho por instrumento privado o por escritura pública. Despacho A. El instrumento privado (boleto) que contiene pretendidamente una compra y venta sólo genera la obligación de escriturar. Despacho B (Bueres).

3. La obligación de hacer escritura pública no es personalísima y, por ende, puede ser cumplida por el juez.

4. La obligación de hacer escritura pública es común, alcanzando por igual al comprador y al vendedor. Es también compleja requiriendo la intervención activa del escribano. Despacho A. La intervención activa del notario debe ser interpretada restrictivamente y sujeta a la participación acordada al mismo por las partes. Despacho B (Ahumada).

5. La obligación de hacer escritura pública es indivisible, requiriendo la actuación colectiva de los compradores y vendedores.

6. El plazo para otorgar la escritura es por regla suspensivo.

7. El escribano es un profesional del derecho que cumple una función pública.

8. La relación que se establece entre las partes con el notario es de naturaleza contractual. Despacho A. La actuación del notario en ejercicio de la función fedante genera responsabilidad extracontractual. Despacho B (Ahumada).

9. En relación con los terceros al acto la responsabilidad del escribano es extracontractual.

10. La obligación del escribano de autorizar una escritura instrumentalmente válida es de resultado.

11. La función del escribano no se limita a la faz instrumental, sino que comprende el asesoramiento idóneo y actualizado a las partes, orientado a la validez sustancial del negocio.

12. Son obligaciones del escribano que generan responsabilidad en caso de ocasionar daño:

a) Recabar de las partes con la debida antelación la totalidad de los elementos necesarios para que el acto escriturario sea otorgado en la fecha convenida.

b) Tramitar los certificados exigidos por la Ley 17.801 con anticipación

suficiente al acto escriturario, y noticiar a los otorgantes cualquier restricción al dominio o la libre disponibilidad que informe el registro.

c) Autorizar la escritura de venta dentro del plazo de vigencia de los certificados que señala el artículo 24 de la Ley 17.801.

d) Entregar el título debidamente inscripto ante el Registro u organismos respectivos, respondiendo en caso de omisión o inscripción tardía.

e) Asentar en los títulos que los interesados le exhibieran nota de los actos autorizados por él que tengan relación con aquéllos. Despacho A.

f) Si bien el notario debe requerir a las partes los elementos necesarios para realizar la escritura pública, a las partes les corresponde entregar en tiempo la documentación requerida.

g) La antelación del pedido de certificados debe estar en relación directa a los elementos que las partes deben proporcionar al notario para el mismo.

h) El certificado requerido por la Ley 17.801 puede no ser solicitado si las partes así lo requieren al notario en forma expresa.

i) El notario debe inscribir el título en un plazo que tenga relación directa con el funcionamiento del Registro respectivo, no generando responsabilidad las tardanzas que su actitud no provoque, las inscripciones en organismos administrativos son en principio a cargo de dichos organismos, en razón de que la publicidad registral está dispuesta para toda sociedad. Despacho B (Ahumada). Es deber inexcusable del escribano efectuar el estudio de títulos dirigido a la validez y eficacia del negocio que autoriza. Despacho A.

13. Hasta tanto no se imponga legalmente el estudio de títulos, éste no es una obligación que el notario deba cumplir, a excepción de: a) si es solicitado por las partes, y b) si de los títulos presentados para autorizar el acto surgieren defectos manifiestos. Despacho B (Ahumada).

14. La denominada obligación de dar fe de conocimiento exige al escribano un juicio de certeza cuya inobservancia genera responsabilidad.

15. La sola exhibición de un documento de identidad no es suficiente para que el escribano dé fe de conocimiento.

16. Cuando el notario no conoce a las partes puede autorizar la escritura y dar fe de conocimiento, si previamente adquiere la convicción sobre la identidad de los otorgantes sin necesidad de recurrir a los testigos de conocimiento (artículo 1002 CC).

17. Cuestionada la fe de conocimiento por un tercero, es a cargo del notario la prueba de los hechos que le llevaron a la convicción sobre la identidad de

los otorgantes. Despacho A. El cuestionamiento por un tercero de la fe de conocimiento dada por el notario es a cargo del tercero en su prueba en razón de la fe pública que inviste a sus actos y que se prueban por sí mismos. Despacho B (Ahumada).

18. La simulación ilícita que el escribano conoció o debió conocer compromete su responsabilidad. Despacho A. La simulación ilícita que el notario conoció lo hace responsable frente al Estado por las evasiones fiscales y frente a terceros extraños al acto aunque no así frente a las partes. Despacho B (Ahumada).

6.7. Responsabilidad por deudas fiscales y las constancias notariales

El notario es un gratuito colaborador del fisco, situación que surge por la inmediatez que posee con la efectivización del hecho imponible. Por su intermedio el Estado recauda los recursos, invistiendo a los escribanos como agentes de retención, percepción y control de los tributos nacionales, provinciales y municipales, y los obliga a cumplir con los deberes de información respecto de los actos de terceros.

Jarach¹⁰⁶ señala que el criterio de atribución está constituido en general por la violación de una obligación o, más bien, consiste en una carga, que incumbe a determinadas personas que están en relación con los actos que dan lugar al nacimiento de la obligación tributaria, por razón de su profesión u oficio. Así por ejemplo la responsabilidad de los notarios para el pago de los tributos relativos a los actos otorgados o concluidos con ellos.

“El hecho de que la ley atribuye al escribano el carácter de agente de retención no lo convierte en gestor o intermediario del sujeto pasivo del pago del impuesto del acto pasado en su Registro, sino que por el contrario, le impone actuar por y para el fisco, con la particularidad de obligarlo en forma personal y directa por el pago del impuesto ajeno cuya percepción le exige, sin que la circunstancia de haber sido autorizado a retenerlo incida de alguna manera sobre su responsabilidad”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Jarach, *El hecho imponible*, Buenos Aires, 1943-19.

¹⁰⁷ Sup. Corte Just. Mendoza, 8/10/1981, “Mora, Mariano Germán v. Pcia. de Mendoza por Acción Procesal Administrativa”, Mza. 38521.

“El escribano tiene ante el Fisco una obligación de retener y depositar los impuestos, y en caso de incumplimiento, responde personalmente; pero esta obligación, es en razón la obligación que tiene el vendedor como sujeto principal obligado, tan es así que haciendo el pago el notario, nadie duda que puede repetir contra el cliente, sobre cuyo patrimonio repercutirá en definitiva el cumplimiento de aquella obligación. De manera que en el marco de las relaciones internas del notario y su cliente —no obstante la responsabilidad legalmente impuesta a aquél por la falta de pago de las deudas de éste—, la cancelación de las deudas del vendedor representa un empleo útil si no se tratara del cumplimiento de un mandato”¹⁰⁸.

“Dejar constancia en la escritura que no hay deudas fiscales cuando en realidad las tiene, configura una falta grave que debe ser sancionada”¹⁰⁹.

“La estipulación inserta en una escritura de transferencia de un inmueble ubicado en la Provincia de Buenos Aires, mediante la cual las partes se obligan solidariamente a abonar las deudas por impuestos existentes respecto del bien, liberando al escribano autorizante de cualquier reclamo al respecto, al resultar ilícita no puede ser invocada por el notario para justificar el incumplimiento de las obligaciones propias de su función” (artículo 953 del Código Civil). “[...] 2. Al no existir en el orden provincial una normativa análoga a la Ley Nacional N° 22.427 —de aplicación exclusiva en el ámbito de la Capital Federal—, el escribano al autorizar una escritura de transferencia de un inmueble sito en la Provincia de Buenos Aires, no puede prevalerse de cualquier acuerdo que total o parcialmente lo exima de los deberes que en ese carácter de agente de retención le imponen la Ley provincial N° 7438/68 y el Código Fiscal Provincial según Ley 10.397 y sus modificatorias”¹¹⁰.

“La obligación profesional del escribano no se extiende hasta modificar la calificación jurídica de un acto para pagar un impuesto menor, puesto que no es mandatario del otorgante, sino el oficial público encargado de dar fe de los actos pasados ante él”¹¹¹.

“Los escribanos de registro, tanto de la ciudad como de la Provincia de Buenos Aires, son agentes de percepción de los tributos que se adeudan en

¹⁰⁸ CNacCiv, Sala F, 04/07/1986, “Orcoyen, Carlos F. v. Soustek, María Lilia R. s/ cobro de pesos”.

¹⁰⁹ SC Mendoza, Sala III, junio 21-995, DJLL 1995-2-473

¹¹⁰ CNacCiv, Sala A, 4/3/1999, “Ginocchio, Horacio v. Claria, Enrique Luis y otro s/ repetición”.

¹¹¹ CNacCiv, Sala D, 25/2/69, “Abrevaya, Alejandro I. c/Levy, Rafael”.

relación a los inmuebles respecto de los que se autoricen escrituras traslativas de dominio¹¹².

6.8. Acto escritural por tracto abreviado

En todos los actos escriturales que se transcriban o incorporen actuaciones judiciales es necesario tener a la vista los expedientes o contar con los testimonios expedidos en legal forma.

“El acto escritural que se realiza por el sistema de ‘tracto abreviado’, implica la necesidad de contar con las actuaciones judiciales o los testimonios de las mismas, de acuerdo a lo establecido por el artículo 146 del Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil. Ante la ausencia de estos elementos, una actuación responsable por parte del escribano debe tender, al menos, a postergar por un breve lapso la escrituración, en procura de las actuaciones exigidas, las que, indefectiblemente, deberán ser facilitadas en préstamo por el Juzgado al escribano interviniente¹¹³.”

6.9. Actuación fuera de la demarcación territorial

Cuando está en juego la competencia del escribano, si el defecto instrumental es por razón del territorio, hay uniformidad de doctrina sobre la aplicación del artículo 987 del Código Civil, según el cual “el acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente, o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo forma privada.

Se considere o no a la subsanación del acto mal instrumentado, vigente por causa de una conversión típica o *sui generis*, y al instrumento resultante de esa conversión en la categoría de los privados o en otra categoría particular, no se discute la aplicación en este caso de la norma, aunque sí cuando la incompetencia

¹¹² CNacCiv, Sala A, 4/3/1999, “G., H. v. C., E. L. y otro”, JA 1999-IV-453.

¹¹³ CNacCiv, Trib. de Superint., 16/07/1997, “Lantaño de Bonavera, Lilia y otros”.

lo es por razón de la materia, caso en el que algunos autores, como Salvat, lo excluyen de su esfera¹¹⁴.

“Si el vicio de que adolecía el instrumento importara una formalidad solemne absoluta, no sería posible la referida conversión. En ese caso, siendo la forma en sustancia o esencia parte del acto, asume una condición o requisito de validez de ese acto y no puede independizarse del instrumento que lo contiene, del acto contenido. Pero, si se acepta que la solemnidad es relativa, se admite la conversión. Ello sin perjuicio de señalar que, aun siendo *ab solemnitate* (para la vieja clasificación) o absoluta (para la nueva), si no se cumple bajo pena de nulidad, se ha dicho que los actos quedan sin efecto jurídico, pero en algunos de ellos puede considerarse la existencia de una obligación natural. (Conf. Mosset Iturraspe, *Teoría General del Contrato*, p. 279; Carranza, “La forma de los actos en el Código Civil”, JA, doctrina 1972, p. 47)¹¹⁵.”

6.10. Documentos habilitantes

El escribano que intervino en la constitución de una hipoteca sobre un inmueble cuya escritura traslativa de dominio había sido suscripta por un impostor ante un profesional distinto, es responsable por los daños ocasionados al acreedor hipotecario ya que, si hubiese examinado cuidadosamente los antecedentes de los bienes sobre los cuales se iba a constituir el gravamen, habría advertido que los documentos habilitantes presentados por quien compareció a otorgar el acto en representación del vendedor, no justificaban ese carácter¹¹⁶.

¹¹⁴ Conf. Salvat, R., *Parte General*, ed. 1959, t. II, n° 2002, 2003 y 2009; Llambías, J., *Parte General*, t. II, n° 1656 y *Código Civil Anotado*, t. II-B, p. 162; Borda, G., *Parte General*, t. II, n° 997; Arauz Castex, M., *Parte General*, t. II, n° 1604; Orelle, en *Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado*; Belluscio-Zannoni, t. IV, p. 517/9; Ferrari Ceretti, “La nulidad de la escritura por falta de competencia territorial del escribano autorizante”, JA 22-1974-75, nota al fallo de la Sala E de la CNCiv.

¹¹⁵ CNacCiv, Sala C, 17/09/1986, “Harretche, Horacio J. y otra v. Trust Viviendas S.A. de Ahorro y Prest. para Vivienda s/ Nulidad de Contrato Hipotecario”.

¹¹⁶ CNCiv, Sala J, “Mazza, Ángel N. c. L. de B., C. E.”, 05/04/2005, LLO; Sala B, “González Sbarbi, Ricardo J. c. N. H., J”, 20/05/2004, RCyS 2004-X, 34, con nota de Martín Christello.

Sin embargo, ello no implica sin más que ante ulteriores eventualidades quepa responsabilizar al notario. El límite de ello radica en la calidad del vicio que pueda dar lugar a la anulabilidad de un acto jurídico o, en su caso, de las causas que lleven a decretar su inexistencia. De este modo, la postura correcta para juzgar la actividad del profesional es aquella que postula que el defecto generador de la eventual potestad reivindicatoria de algún posible legitimado a tal efecto, resulte ostensible ante un diligente estudio de títulos, pues si se demuestra que, aún efectuado aquél, el vicio no podía ser detectado de todas formas, no hay razón para cargar ningún reproche a la actuación del escribano. La diligencia debida comprende aquella que corresponde para cada acto que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiese a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 512 del Cód. Civil). Y si el escribano tiene suficientes elementos de juicio para convencerse de ciencia propia que estaba ante la propietaria del inmueble¹¹⁷, y fue conducido a la convicción sobre su identidad y legitimación, no es responsable ya que no son necesarias pruebas extraordinarias para hacer la escritura, en tanto dichos medios probatorios no puedan constituirse en una rutina para cualquier tipo de acto notarial.

7. Responsabilidad por los hechos u omisiones de sus adscriptos

La responsabilidad del titular por los hechos del adscripto en ocasión de su quehacer notarial y dentro de la actividad del registro, es para parte de la doctrina, por "culpa *in eligendo*" y "culpa *in vigilando*" —derivada del artículo 1113 y cc. CC. La doctrina minoritaria desecha toda idea de culpa porque en el ejercicio de la función notarial no hay subordinación y sólo respondería por la teoría del riesgo creado al solicitar la designación del escribano adscripto.

El adscripto actúa libremente dentro del registro, pero si ocasiona un daño a los requirentes o a terceras personas, éste debe ser reparado, previendo la ley una garantía en beneficio del damnificado y es que el escribano titular del registro responde por el accionar del adscripto basado en los principios de la responsabilidad por el acto ajeno.

Las leyes orgánicas notariales establecen que la responsabilidad es solidaria, y en forma subsidiaria.

¹¹⁷ Conf. CSJN Chorbajian de Kasabian c. E.S.T., La Ley, supl. 20.8.2003

"El escribano adscripto actúa en forma conjunta con el titular, pero sometido a la vigilancia y bajo la responsabilidad de éste, empero, ello no lo desmerece como un verdadero escribano de registro, que actúa por sí solo y autoriza él mismo las escrituras, que es nombrado de la misma manera que el titular, que es adscripto al registro y no al escribano regente y que tiene responsabilidades propias". "El escribano adscripto goza de todas las prerrogativas y derechos propios de su condición de diplomado; no es un empleado del titular, sino que ejerce su cometido con toda la autoridad que le concede su carácter y calidad del profesional del derecho. Por tanto, no parece apropiado que el regente se vea comprometido por su obrar con fundamento en un virtual derecho a dar órdenes o la existencia de subordinación, si precisamente la función notarial del adscripto no se encuentra autorizada, aconsejada o dirigida por el titular. Aquél atiende su propia clientela y siempre mediante su intervención y firma únicas, actúa independientemente respecto de ella, le brinda consejos jurídicos, prepara contratos, autoriza escrituras y, más aún, realiza de manera exclusiva una función esencial: la de dar fe de conocimiento de los comparecientes¹¹⁸.

En un fallo jurisprudencial la señora Juez de la instancia de grado expresamente consignó que aún cuando el hecho ilícito fue extraprotocolar y consistió en la extensión de un testimonio falso en su contenido por referirse a una matriz inexistente y falso en cuanto a la inscripción registral —vale decir, realizado fuera del protocolo— la responsabilidad de la escribana titular se fundaba en que dichos actos fueron realizados en ejercicio de la función de escribano adscripto de la demandada, en que la accionada no cumplió con el control y cuidado exigibles y que en algunos de los actos defraudatorios participó directamente la escribana titular (v. fs. 154/158 de la causa n° 926 antes citada). Todas las consideraciones antes referidas, en su conjunto, conducen a responsabilizar a la escribana titular, en los términos del artículo 23 de la ley 12.990 en tanto se trata de actos de su adscripto susceptibles de su apreciación y cuidado.

La sentencia fue apelada y la Cámara Nac. Civ. Sala M¹¹⁹, resolvió con fundamentos que no compartimos que:

¹¹⁸ CNacCiv, Sala A. 7/4/88, "Banco Comercial del Norte S.A. c. Kahan, José S.", JA 1989-I-628.

¹¹⁹ Expte. 16.791/99 - "C., R. A. c/D., M. E. s/ daños y perjuicios" - CNCIV - SALA M - 06/04/2009.

...“Como es sabido, existen tres teorías que procuran explicar la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno: a) la primera, apoyada en la ideas de culpa en la vigilancia o en la elección, b) la segunda, consistente en la responsabilidad indirecta basada en la culpa o en factores objetivos de responsabilidad, donde es indispensable probar la responsabilidad del dependiente para que ella pueda ser proyectada al principal y c) la tercera, basada en el riesgo creado, donde la víctima no necesita probar ni la culpa del titular ni la del dependiente por cuanto el primero responde como titular de bienes o actividades que generan daños estadísticamente inevitables. Se ha señalado que en tal supuesto debe aplicarse el art. 1113 del C. Civil bajo el criterio de la actividad riesgosa”... “Evidentemente la norma regula las pautas conforme las cuales debe ser juzgada la responsabilidad que nos ocupa y es coherente con lo normado por el art. 1113 antes citado, interpretado en concordancia con el art. 43 del mismo código, en cuando establece que los actos que realizan los directores o administradores comprometen a la persona jurídica por los daños que causen con sus actos, siempre que lo hayan sido en ejercicio o con ocasión de sus funciones y de los daños causados por sus dependientes, también en el ejercicio o con ocasión de sus funciones... “Por consiguiente, a la luz de las normas citadas, cabe concluir que la responsabilidad a juzgar se rige por factores objetivos de atribución (el riesgo de la actividad o la obligación de garantía), de modo que la circunstancia de que no mediara relación contractual directa entre la escribana titular y la víctima no constituye razón para eludir la responsabilidad que se le endilga, máxime cuando la demandada no probó haber actuado con la diligencia y cuidado que su condición de depositaria de la fe pública le imponía...” No debe olvidarse que el escribano público atiende un servicio público de extraordinaria importancia, destinado a dar autenticidad a los hechos pasados ante el mismo (conf. Trigo Represas, F., “La responsabilidad del escribano público” en Las responsabilidades profesionales - Libro en homenaje al Dr. Luis O. Andorno-, Librería Editora Platense, 1992, p. 335) y precisamente porque presta un servicio público, es que su desempeño no resulta totalmente libre, sino que se encuentra circunscripto por ciertas restricciones impuestas por la ley y por los especiales deberes de resguardo y cuidado que éstas imponen. Por las razones expuestas, considero insustancial que no mediara relación contractual directa entre la víctima y la titular del registro notarial pues la responsabilidad de esta última es extracontractual y se basa en el riesgo de la actividad que desarrolla y con la que se beneficia y en lo normado por el art. 1113 del C. Civil. En efecto, se sostiene que el principal crea un riesgo; toda expansión jurídica o económica lleva aparejado un correlativo aumento de las posibilidades

de daños, entre los cuales se comprenden los que el dependiente puede causar a los otros. Al introducir al dependiente en la esfera de sus asuntos, el principal asume un riesgo y lo crea para otros. Este riesgo justifica la responsabilidad por el daño a terceros (conf. Lorenzetti, R., “Repensando la responsabilidad por el hecho ajeno”, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 2003-1, p. 103)”.

7.1. Actos dentro y fuera de la esfera de custodia

El conocimiento personal de las partes invocado por el adscripto no es susceptible de apreciación por parte del titular, cuya ausencia de responsabilidad en este caso debe ser reconocida, ya que la condición de dependencia sólo puede generar responsabilidad cuando el titular no ha prestado el cuidado que hubiere impedido el daño a terceros.

Ante la ley, no hay responsabilidad del escribano titular por los actos que no están en la esfera de su custodia, como lo es la “identidad de las personas” que otorgan escrituras ante el escribano adscripto. Tampoco responde por los actos que realizaren los adscriptos fuera del protocolo, como la referencia de títulos, el asesoramiento, las certificaciones.

“El escribano titular responde genérica y objetivamente por las incorrecciones o errores debidos a la negligencia del adscripto sólo cuando sean susceptibles de su apreciación y cuidado, mas no cuando se trata de actos que no puede verificar ni controlar, como lo es la prestación de la fe de conocimiento, en cualesquiera de sus variantes, que es una afirmación personal del adscripto¹²⁰.”

“A pesar de que el escribano titular es responsable directo del trámite y la conservación del protocolo, todas las incorrecciones o errores por negligencia de su adscripto han de centrarse en la fórmula consagrada legalmente: ‘[...] cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado’, por ello, el conocimiento personal de las partes invocado por el escribano adscripto, no es susceptible de la apreciación del regente, como tampoco puede serlo la fe de identidad, que también importa un hecho perceptible por los sentidos y, como tal, un exclusivo juicio subjetivo de quien lo emite. La prestación de la fe de conocimiento, en cualquiera de sus variantes, es

¹²⁰ CNacCiv, Sala A, 16/2/1995, “Filgueira, Carlos J. v. Figueroa, Julio E. A. y otro”, JA 1996-II-380.

una afirmación personal del adscripto, que el regente no puede verificar ni controlar y sólo debe, en justicia, aparejar responsabilidad de su autor¹²¹.

Ante la falta de liberación de certificados de un acto autorizado por el adscripto la jurisprudencia dijo:

"Casi a cuatro años de llevada a cabo la venta, el escribano autorizante del acto, no había liberado los certificados de deuda que pudiera haber informado Obras Sanitarias, ni, en su caso, había obtenido de ella la certificación relativa a la inexistencia de la deuda [...] juzgo del caso recordar que el artículo 41 de la Ley 13.577 (modif. por la Ley 20.324) estableció que el pago de la deuda que existiese debería ser efectuado indefectiblemente dentro de los diez días subsiguientes al otorgamiento de la escritura, siendo el escribano solidariamente responsable por el incumplimiento de la obligación. Respecto de la responsabilidad del titular del registro en cuanto concierne al trámite de conservación del protocolo [...], éste pudo, y debió constatar la falta de los certificados que debían ser tramitados por el escribano y agregados al protocolo [...] Estos trámites integran la tarea documentadora y son funciones inherentes al trámite y conservación del protocolo. Siendo que el escribano adscripto actúa bajo la dependencia del titular del registro, la referencia a los actos que caen bajo su apreciación y cuidado [...] la responsabilidad por los actos del adscripto [...] se basa en un deber legal de garantía de naturaleza objetiva derivado de la dependencia funcional del adscripto respecto del titular. Por eso tal responsabilidad no alcanza a los actos realizados por el escribano fuera del registro notarial o en aquellos supuestos, excepcionales en que el titular pudiese probar la ruptura del nexo causal adecuado"¹²².

8. Responsabilidad por los hechos u omisiones de sus empleados

El estudio de la responsabilidad del escribano por el hecho de sus empleados, nos lleva a distinguir entre los actos que tienen relación directa con los específicos de la profesión notarial y los que no se encuentran íntimamente ligados a ella.

¹²¹ CNacCiv, Sala A, 7/4/88, "Banco Comercial del Norte SA c. Kahan, José S.", JA 1989-I-628.

¹²² CNCiv, Sala F, "Hofial SA c. M.N. s/ Daños y Perjuicios", Exp. 25786/98 17/6/2003.

El escribano está obligado a conocer, dirigir y controlar debidamente los hechos que van a ser convalidados bajo su fe y firma. Esa delegación de hechos materiales sólo puede producir efectos entre el empleador y el empleado, y nunca frente a los clientes que concurren al estudio notarial en atención a la capacidad, diligencia y cualidades personales del escribano¹²³.

El artículo 1113 del CC establece:

"La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que [...]"

La función asignada al escribano implica un sinnúmero de deberes, y, si bien no se halla de una manera expresa prescripto, es su obligación el "control y vigilancia" de los trabajos que asigna a sus colaboradores, por los cuales deberá responder, dejando siempre a salvo su derecho a repetir contra el autor material del daño¹²⁴.

"No es responsable el escribano de la actuación de una empleada de la escribanía que recibía, en la oficina, dinero de terceros para colocarlo a interés, extendiendo recibos a nombre personal y sin que su actuación, ajena al conocimiento del notario, que la despidió al enterarse de esas actividades, pudiera sugerir jerarquía alguna en su empleo"¹²⁵.

9. Responsabilidad derivada de documentación de actos nulos

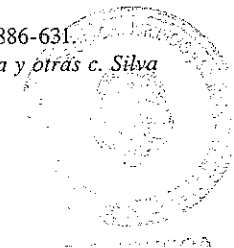
9.1. Expedición de testimonio de una escritura sin firma

"El otorgamiento de escrituras sin la firma de las partes o del autorizante y no obstante ello su ulterior expedición de testimonio e inscripción, constituyen actos voluntarios ilícitos al haber sido realizados en flagrante trasgresión a lo previsto en

¹²³ Prunell, J. A., "Responsabilidad civil del escribano", citado por Mustapich, *Tratado teórico práctico de Derecho Notarial*, op. cit., p. 419.

¹²⁴ Armella C. y otros, "Función notarial y responsabilidad", RN 886-631.

¹²⁵ CNacCiv, Sala B, 15/7/69, "Anianavicius de Palmeiro, Albina y otros c. Silva Garretón, Ricardo, suc. y otro".



los artículos 988, 1001 y cc. del Código Civil, lo cual en modo alguno puede ser justificado a un escribano por hacer a la esencia de su actividad específica¹²⁶.

9.2. Escritura sin fecha

“Si se ha admitido que la escritura carecía de fecha, si bien se añadió, que tanto la precedente, como la posterior, databan del 4 de abril de 1989, la aclaración que antecede no puede enervar la apuntada irregularidad, pues deviene incontrovertible que hace a la esencia de la escritura pública que la misma, que debe autoabastecerse, debe contener la fecha (artículo 1001, Cód. Civil). Tal grave omisión no puede ser suplida por el hecho apuntado de la correlación con otras escrituras, pues ello importaría un trastrocamiento de los principios básicos que hacen a los recaudos imprescindibles que deben reunir los instrumentos públicos, y desde luego de las obligaciones que pesan sobre un oficial público, como es el notario. Ello tampoco puede ser coonestado, por el hecho de que no se haya declarado la nulidad que prevé el artículo 1001 del Cód. Civil, pues como se ha destacado en la desestimatoria de la revocatoria, ello no excluye efectivizar la responsabilidad en que ha incurrido el oficial público, todo ello con sustento en la elaboración de la doctrina acuñada por la praxis judicial¹²⁷.”

9.3. Asentamientos en la escritura que no correspondían a la verdad

“Genera responsabilidad la conducta de un escribano, en virtud de haber realizado asentamientos en una escritura que no correspondían a la verdad, no son avalados por la costumbre notarial, y a pesar de los reclamos posteriores del interesado y otros profesionales, no adoptó las medidas necesarias para solucionar su error, o las adoptó tardíamente¹²⁸.”

¹²⁶ C 2ª Civ y Com, La Plata, Sala 3ª, 6/3/1990, “*Ninno, Delfa s/ denuncia en su contra*”, Colegio de Escribanos de Capital Federal, BA B350310. Mag. Votantes: Pereyra Muñoz, Pera Ocampo.

¹²⁷ C 2ª Civ y Com La Plata, Sala 1ª, 23/6/1994, “*Garriga, Jorge Horacio v. Herrera, Carlos Eduardo s/ Sanciones disciplinarias*”, BA B251434.

¹²⁸ CNacCiv, Sala A, 7/6/81, “*Fucks, Federico c/Mayo, Moisés*”.

9.4. Citación del escribano en procesos contra la ineficacia de un documento

“El fundamento de la intervención del notario en procesos en que se persigue la nulidad o ineficacia de un instrumento público, se vincula a la cosa juzgada, que no le podría ser opónible, en un eventual juicio de responsabilidad civil¹²⁹.”

9.5. Deficiencias en el estudio de títulos

El escribano titular debe responder en forma concurrente con el notario adscrito por los perjuicios ocasionados en virtud de las deficiencias existentes en el estudio de los antecedentes del inmueble sobre el cual se iba a constituir una hipoteca –en el caso, el bien había sido vendido por quien no revestía la calidad de titular– toda vez que, la actuación del autorizante fue susceptible de control por parte del regente en los términos del artículo 23 de la Ley 12.990¹³⁰.

10. Supuestos en que no se configura la responsabilidad del notario

10.1. Ardid doloso que el escribano no pudo evitar o prevenir

“Aunque el escribano asumió la obligación de extender una escritura destinada a transmitir el dominio a la actora, y asumió así, por la naturaleza del contrato, la obligación de obtener este resultado, quedará eximido de responsabilidad ante la frustración, si acredita que desplegó la mayor diligencia posible de acuerdo a las circunstancias y que la frustración del resultado pretendido acaeció por el ardid doloso, bien tramado y bien ejecutado por terceros, que no estaba a su alcance evitar o prevenir” –del voto del doctor Bossert al que adhirió el doctor Yáñez–¹³¹.

¹²⁹ CNacCiv, Sala H, 16/11/1995, “*Giordano Spisso, Alfredo v. Villa Italia Fulvia s/ Sucesión Petición de Herencia*”.

¹³⁰ CNCiv, sala J, “*Mazza, Ángel N. c. L. de B., C. E.*”, 05/04/2005, LLO; sala B, “*González Sbarbi, Ricardo J. c. N. H., J.*”, 20/05/2004, RCyS 2004-X, 34, con nota de Martín Christello.

¹³¹ CNacCiv, Sala F, 31/5/84, “*Anaeróbicos Argentinos SRL c. Betry, Amaro*”.

10.2. Caso fortuito

“La asumida por el escribano, es una obligación ‘de resultado’, pudiendo eximirse de responsabilidad, acreditando el caso fortuito *lato sensu*, por lo que ‘la causa ajena’ vale como causal de eximición de responsabilidad” –del voto del doctor Bossert al que adhirió el doctor Yáñez–¹³².

10.3. Derivación de un acto simulado

“El escribano que intervino en el acto que fue declarado simulado no es responsable por la desvalorización del precio obtenido en la subasta del inmueble implicado durante el lapso en que la suma quedó inmovilizada en el expediente, pues constituye una derivación remota de aquel hecho”¹³³.

10.4. Inexistencia de norma que imponga conducta o abstención

“La responsabilidad notarial consiste en el incumplimiento del deber jurídico que le imputan las leyes en el ejercicio de su profesión, cualquiera sea su naturaleza, modo y tiempo en que debe ejecutarse; por lo tanto sólo cuando exista una disposición legal que imponga al notario una conducta o una abstención se generará responsabilidad por incumplimiento. No existiendo deber legal violado para el escribano de autenticar el estado mental del otorgante de un testamento, no hay antijuridicidad, un obrar negligente ni por lo tanto culpa de su parte por la nulidad del testamento”¹³⁴.

¹³² CNacCiv, Sala F, 31/5/84, “Anaeróbicos Argentinos SRL c. Betry. Amaro”.
¹³³ CNacCom, Sala E, 27/12/90, “Cademartori SA quiebra c. Viviendas Sufferin Moine y Cademartori SA”, JA 1991-II-442.
¹³⁴ CNacCiv, Sala B, 23/7/81, “Álvarez Pereyra, Manuel A. c. López Méndez, Oscar”, JA 1982-III-51.

10.5. Omisión en la escritura de deuda por pavimentos

“No es responsable el escribano por haber omitido en la escritura una deuda por pavimentos, anterior a la venta, y de la que no se hizo mención en el respectivo boleto”¹³⁵.

10.6. Falta de veracidad de los actos relativos al estado de familia

“El escribano no es responsable de la exactitud o veracidad de los actos relativos al estado de familia asentados en la escritura conforme a la manifestación de la parte”¹³⁶.

10.7. Dolo de los otorgantes

“La existencia de dolo en quienes cometieron la defraudación exime de responsabilidad al escribano por interrumpir el nexo causal derivado de su intervención”¹³⁷.

10.8. Derecho de cobro, de deuda, empleo útil

Pago de tasas que pesan sobre un inmueble. Escribano interviniente en una compraventa inmobiliaria. Artículo 2306 del C.C. Derecho a repetir el pago.

“Cabe hacer lugar a la demanda entablada por el escribano interviniente en una operación de compraventa inmobiliaria a efectos de que el vendedor le reintegre las sumas abonadas en concepto de tasas que pesaban sobre el inmueble

¹³⁵ Juzg. CivCap, 19/5/67, “Salgar SRL c. Vicens, Ernesto y otros”.
¹³⁶ CCiv y Com San Martín, Sala 1ª, 31/10/85, “N., A.”.
¹³⁷ CNacCiv, Sala C, 13/4/2000, “Edificio Olazábal S.R.L. v. C., A. M. ”, JA 2000-IV-393.

pues, siendo el pago de tributos sobre el bien ajeno un típico caso de empleo útil regulado en el artículo 2306 del C.C. la disconformidad del deudor no influye sobre la validez del pago efectuado por el tercero¹³⁸.

¹³⁸ CNCiv., Sala I, 2006/04/24. "Calello, Martha Verónica c. Gallotti, Adelma Esther", D.J. 23-8-2006.

Capítulo 9: Responsabilidad penal del notario

1. Concepto

La responsabilidad penal es aquella en que incurre el notario cuando comete o intenta cometer delitos atinentes a su profesión, tipificados por la norma común.

El derecho penal y el derecho civil toman el concepto unitario y genérico de ilicitud, entendido *lato sensu* como la contradicción de un acto con el derecho positivo, teniendo en mira sus metas específicas: la punibilidad en el primero, el resarcimiento en el segundo, dado que la reparación no constituye una pena, sino el restablecimiento de la situación alterada por el hecho dañoso¹.

El ejercicio de la función notarial está íntimamente ligado a la preservación de un valor superior y el notario depositario de la fe pública que incurre en un delito contra ésta, perjudica al Estado, daña a los particulares y a la sociedad.

La lucha contra las falsedades tiene un carácter preventivo, es una especie de desinfección social². Los delitos que nos interesan y analizaremos son los relacionados con su condición de notario y que tienen relación con su actividad. El hecho del responsable se encuentra previsto en la norma penal³.

¹ Orgaz, A., *El daño resarcible*, Buenos Aires, Bibliográfica OMEBA, 1960, p. 24.

² Carnelutti, F., *Teoría del delito*, Madrid, Revista de derecho privado, 1941, p. 37.

³ Conforme el artículo 77, Código Penal, Para la inteligencia del texto de este Código se tendrán presentes las siguientes reglas: "[...] Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público' respectivamente, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por

La responsabilidad penal afecta únicamente a la persona del notario y es intransmisible, no existe solidaridad entre titular y adscripto ni con los herederos.

Los escribanos son sometidos a juicio en la mayoría de los casos por figuras delictivas dolosas porque en definitiva las figuras delictivas por las que se lo acusa o juzga son dolosas y no admiten la figura culposa.

Según lo resuelto en el *II Congreso Internacional del Notariado Latino*, el notario solamente tendrá responsabilidad penal cuando cometiere falsedad deliberada. Es decir que el elemento dolo es fundamental.

A consecuencia de fallos jurisprudenciales recientes es importante distinguir la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación. En el primero hay una representación actual de que el resultado puede ocurrir y al autor del delito no le importan las consecuencias y sigue adelante con el ilícito; mientras que en la culpa, sí le importa y cree haber obrado con el debido cuidado, pero no lo hizo.

Mustapich⁴ sostiene que a los fines de la represión no es necesario que el perjuicio se haya producido. Basta la posibilidad del perjuicio. El perjuicio real o potencial que la ley exige no es únicamente el económico, puede ser un perjuicio moral, político o de cualquier índole. Tal es la garantía que el documento entraña y tal el peligro que el falsificador representa.

2. Procesamiento

El procesamiento del escribano, en la generalidad de los casos, es por un hecho grave en la función notarial. Su situación procesal puede ser como imputado, procesado, condenado.

Los encausados por delitos no culposos desde que se dicta la prisión preventiva, queda firme y en tanto se mantenga, se los inhabilita en forma temporal

elección popular o por nombramiento de autoridad competente". El artículo 248 dice: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por el doble de tiempo, el funcionario público que [...] no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere". El artículo 249: "Será reprimido con multa e inhabilitación especial de [...] el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio [...]". El artículo 157 dice: "[...] el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por ley deben quedar secretos".

⁴ Mustapich, J. M., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, t. II, Buenos Aires, ed. Ediar, p. 460.

salvo que, conforme a la legislación local, el órgano competente encuentre que por circunstancias especiales corresponda otra sanción.

Si hay condena con privación de la libertad, mientras dure ésta y sus efectos, el escribano quedará inhabilitado.

Las Leyes orgánicas —como la 404 de la Ciudad de Buenos Aires— establecen que "si la prisión no se hubiera hecho efectiva por eximición legal, el Tribunal de Superintendencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podrá diferir la suspensión del imputado en el ejercicio de sus funciones por el lapso que estimare prudencial. Concretamente, determinará si procede o no la inhabilitación".

La Ley 9020 en el artículo 32 ap. 4 dice:

"[...] si por eximición legal la prisión no se hubiere hecho efectiva, el juez notarial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, podrá diferir la suspensión del imputado en el ejercicio de sus funciones, por el término que considere prudencial".

Estimamos que el momento de dictar la inhabilitación es en la sentencia definitiva en el tribunal oral. La gravedad de la sanción es pertinente sólo en casos especiales. El Tribunal deberá comunicar la medida al Colegio Profesional para que proceda en consecuencia.

Para la jurisprudencia:

"Es actualmente irrazonable la inhabilitación preventiva del escribano al que se le decretó prisión preventiva, si la prolongada duración de la causa penal genera un agravio directo e inmediato a la garantía constitucional de trabajar, de propiedad y de igualdad ante la ley"⁵.

3. Sanciones

En el caso de los escribanos, las sanciones por delitos penales tienen distinto alcance, pues consisten en la privación de la libertad, el resarcimiento del daño o multas y, además, la inhabilitación transitoria o definitiva para el ejercicio de la profesión, conforme a las leyes notariales del país.

⁵ CS 5/3/96, "V.C.s/c.", JA 1996-IV-322.

4. Delitos cometidos en ocasión del ejercicio de la función

4.1. Falsificación de documentos. Falsedad material e ideológica

El estudio del tema nos lleva de la mano al título XII del Código Penal, referido a "los delitos contra la fe pública".

La doctrina penal dice que el documento en los términos del artículo 295, Cód. Penal, "es toda atestación escrita en palabras mediante las cuales un sujeto expresa algo dotado de significación jurídica"⁶.

La ley penal otorgaría esa categoría a "todo objeto material, consentido, que contenga, aunque sea en apariencia, una relación jurídica o una exposición de actos o hechos, y que pueda atribuirse a una acción humana con tal designio"⁷. En ese orden se lo ha descrito como cualquier "exteriorización de voluntad de un individuo (particular o como funcionario), materializada mediante la escritura, que tiene efectos jurídicos de cualquier orden y por el cual puede reconocerse a su otorgante"⁸ o "como toda aseveración escrita que puede o no llevar fecha y que puede o no llevar firma y que sirva de prueba de hechos o relaciones jurídicas"⁹.

"El contenido documental tiene que ser una expresión de voluntad, en esa terminología se comprende toda expresión de pensamiento como propia manifestación de voluntad o como atestación de verdad sobre la ocurrencia de un acto o de un hecho"¹⁰.

Al ser el notario depositario de la fe pública notarial, el ejercicio de su ministerio está íntimamente ligado a la preservación de la misma.

⁶ Soler, *Derecho penal*, t. V, & 154-II. Sin pronunciarse específicamente sobre lo que constituye "escrito", pero no dudando sobre la referencia a la palabra escrita, Fontán Balestra, *Tratado* t. VII, p. 483-484; Nuñez, *Derecho penal*, t. VII, p.211

⁷ Baigún, David-Tozzini, Carlos A., Los conceptos de documentos e instrumento público en la jurisprudencia penal, en "Doctrina Penal", 1980-102

⁸ Herrera, Lucio E., "Uso de documento adulterado", en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, 1969, n. 2 p. 251.

⁹ Marcopulos, Mario R., Delitos contra la fe pública, en Levene (H.) Ricardo (dir.), *Manual de derecho penal. Parte especial*, p. 608. También acentúa el carácter probatorio, Nuñez, *Derecho penal*, t. VII, p.211

¹⁰ Oderigo, *Código Penal*, nota 1500; Gómez, *Tratado*, t. VI, p. 115

Estos delitos pueden afectar al documento como cosa, cuando se hace un documento totalmente falso, se lo adultera o suprime, o se insertan cláusulas no verdaderas.

Es suficiente la alteración del documento con intención dolosa para que el delito exista en toda su plenitud; no es preciso el interés del tercero.

Estos delitos, además de que la conducta coincida con el tipo, tienen que provocar daño o tener potencialidad de ocasionarlo. Y tienen que contar con el elemento subjetivo: dolo, es decir, debe ser punible en el ámbito del derecho penal.

La fe pública que emana del instrumento público se halla protegida en los artículos del Código Penal 292, que trata falsedad material; artículo 293, la falsedad ideológica; artículo 294, la supresión o destrucción del documento; artículo 296, el uso del documento falso.

Para Soler¹¹ hay dos tipos de falsedad de documentos:

- a) falsificar los signos de autenticidad imitándolos, destruyéndolos, usurpándolos (falsificación),
- b) introducir aseveraciones falsas dentro de las formas auténticas (falsedad).

Esta distinción se vincula con la diferencia entre la falsedad material y la falsedad ideológica. En la primera juega la imitación, mientras que en la segunda se afecta el contenido de una estructura formal verdadera¹².

4.1.1. La distinción entre falsedad material e ideológica proviene de la técnica penal francesa del siglo pasado.

Permite distinguir los modos comisivos del acto falsario documental:

a) Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica (es la primera modalidad formal más elemental de falsedad material, que algunos autores denominan física).

b) Suponiendo la intervención de personas en un acto sin que éstas la hayan tenido (es una de las más claras modalidades, aunque no la única, de la falsedad ideológica).

c) Atribuyendo a las personas que sí han intervenido en un acto declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho (otra modalidad de la falsedad ideológica).

¹¹ Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 352.

¹² Mustapich, J. M., *op. cit.*, t. II, p. 465.

d) Faltando a la verdad en la narración de los hechos (aquí se advierte cómo la falsedad ideológica es propia de los instrumentos públicos).

e) Alterando las fechas (falsedad material si se trata de alteración o corrección física, e ideológica si la fecha aducida lo es en una manifestación verbal).

f) Haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido (falsedad material).

g) Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente a la que contenga el verdadero documento (falsedad transcriptiva; pero si la copia no es tal por inexistencia del documento sobre que pretende reposar, es material).

h) Intercalando cualquier escritura en un protocolo, registro o libro oficial (caso de falsedad material).

i) Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

4.1.2. La falsedad ideológica consiste en crear un documento exteriormente auténtico, pero total o parcialmente falso en cuanto a su contenido.

Soler sostiene que únicamente cabe predicar la falsedad ideológica de los instrumentos públicos, no de los instrumentos privados. Quien inserta declaraciones falsas es su autor; por ende, si es un instrumento notarial, el único que va a cometer la falsedad en estos casos es el escribano.

En la falsedad ideológica el documento es auténtico en su forma y falso en su contenido. Se aprovecha un documento verdadero para insertar en él declaraciones falsas que desnaturalicen fraudulentamente la sustancia o las circunstancias del acto.

El artículo 293 del Código Penal dice:

“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare, o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Si se tratare de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo, la pena será de tres a ocho años”.

4.1.2.1. Las formas de falsedad ideológica pueden ser:

a) Por el funcionario público al dar fe, en el ejercicio de sus funciones, de hechos imaginarios o de hechos reales pero alterando las circunstancias o con omisión o modificación de las declaraciones prestadas con ese motivo o mediante supresión de tales declaraciones.

b) Por el particular (prestar declaración falsa sobre su identidad o estado o cualquier otra circunstancia de hecho, con motivo del otorgamiento o formalización de un documento público ante un funcionario público).

c) Por la certificación falsa por funcionario público. El hecho de un funcionario público que en el ejercicio de sus funciones extendiese un certificado falso o el de un particular que expidiera un certificado falso en los casos en que la ley le atribuye valor a dicha certificación.

4.1.2.2. En la cuestión por acreditación de la personería, la jurisprudencia ha resuelto:

“No resulta cierta ni presumible la mala fe del notario, a quien se le endilgó una negligencia o ineficacia profesional que en modo alguno invaden el campo penal, al no verificar fehacientemente la documentación aportada por los coprocesados, quienes se presentaron –sin serlo– como presidente y director de una sociedad anónima, provocando que en otra escritura se concretara una operación inmobiliaria anteriormente rechazada por asamblea, *pues no es función del escribano verificar cada una de las manifestaciones de las partes, sino nutrirse de los elementos necesarios para el otorgamiento formal del acto y dar fe de lo ocurrido en su presencia, sin quedar comprometido por las falsas alegaciones de los comparecientes que escapan a su contralor funcional*”¹³. (Las cursivas son nuestras).

4.1.2.3. La cuestión de la fe de conocimiento de los comparecientes antes de la ley 26.140

“La fe de conocimiento es un juicio del notario y los juicios no producen fe pública, por lo tanto no existe vulnerada la fe pública”¹⁴.

¹³ CNCrim, Sala IV (Int.), “Navarro, Barbarosch, Valdovinos (Instr. 28, sec. 142) c: 2647”, Rta: 29/3/95.

¹⁴ Despacho del XIII Congreso Nacional de Derecho Civil.

Sólo hay falsedad ideológica cuando el notario falta a la verdad al narrar aquello que percibe por sus sentidos. Por su parte si existe un error hay culpa y no dolo.

Debemos distinguir la falta de fe de conocimiento, de la falsa fe de conocimiento, y considerar que el accionar del escribano difícilmente implique dolo o certeza de que se está facilitando la comisión del hecho ilícito, siendo una víctima más de éste.

La jurisprudencia resolvió:

“El Escribano que convalidó con su intervención la actuación bajo falsa identidad de una persona incurrió en la conducta que prevé y castiga el artículo 293 del CP, ya que al considerar que la firmante era persona de su conocimiento insertó una falsa declaración que descalifica su intervención profesional, máxime cuando obvió en forma manifiesta actuar a la luz de las concretas previsiones de los artículos 1001 y 1002 del CC”¹⁵.

En otra causa la Cámara Nacional Criminal resolvió:

“En cuanto a la diferencia que existe entre el número de la libreta cívica registrado en el libro de requerimientos de [...] y el de la nota enviada al Colegio de Escribanos solicitando el segundo testimonio, debe decirse que no pueden ser tenidas en cuenta las justificaciones dadas por el escribano [...] y por su empleado [...], dado que, más allá de que el artículo 1001 del C.C. requiere fe de conocimiento, cuestión que en la actualidad resulta imposible, dado el tráfico comercial que existe, lo cierto es que debe darse fe de la individualización de la persona que se presenta ante el profesional. Por lo tanto, resulta inverosímil que no se haya tomado el recaudo de constatar mínimamente los datos que se asentaban, máxime teniendo en cuenta la responsabilidad que ello implica y los efectos que genera sobre terceros, como sucede en autos. Existió un plan entre los imputados, tendiente a generar un engaño, y que, valiéndose de distintos instrumentos, generaron un error, llegando al extremo de enajenarse un inmueble ajeno y de inscribirse la traslación de dominio en el Registro de la Propiedad Inmueble (ver informe de fs. 18/20) maniobra que, por supuesto, generó el consecuente perjuicio

¹⁵ CNCrim, Sala V (Int.), “Gerome, Escobar, Filozof, (Juzg. 1, sec. 1) c. 32.502”, Rta, 28/7/94.

patrimonial que requiere el tipo penal. Coincidiendo con el *a quo*, puede advertirse que los imputados deberán responder en calidad de coautores, dado que resulta claro el reparto de tareas. Cada uno, de acuerdo a sus conocimientos, profesión u ocupación, realizó una parte de la conducta que se les reprocha, de modo tal que la sumatoria de cada porción completó la totalidad de la estafa mediante falsificación de documentos públicos. Es decir que existe en autos lo que la doctrina denomina coautoría funcional (cfr. Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, 2a. edición, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 785 y ss.)¹⁶.

4.1.3. Modos de la falsedad material

- a) Por supresión, comprende dos hipótesis: destrucción y ocultamiento.
- b) Por adulteración, es una forma intermedia entre supresión y contrafacción.
- c) Por contrafacción, confección de un documento que aparentemente pasa por verdadero, pero es falso¹⁷.

La falsedad material resulta de una falsificación o alteración en todo o en parte, cometida sobre un documento presentado y capaz de ser reconocido, comprobado o demostrado físicamente en una operación o proceso cualquiera, pericia caligráfica, etcétera.

Son formas posibles de hacer falsamente un documento en todo o en parte cuando son creados total o parcialmente los elementos necesarios para que el documento tenga existencia real.

La falsedad impropia se encuentra prevista en el artículo 294 del Código Penal y consiste en la supresión o destrucción en todo o en parte de un documento, efectuada dolosamente para ocultar la verdad.

Hay falsedad material cuando se expide una copia de una matriz inexistente o se imitan firmas. Consiste en el ataque a la verdad documental, efectivizado sobre el *sustratum* corpóreo o material del documento.

La alteración de la copia con relación a la matriz, siempre que las diferencias fueran jurídicamente relevantes, derivará en la responsabilidad penal del

¹⁶ C. 23.708 - “S. F. F. y otros s/ Procesamientos y embargos”, CNCrim., Sala I 07/10/2004

¹⁷ Según el artículo 292 del Código Penal: “El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años si se trata de documento público y de seis meses a dos años si es privado...”.

escribano cuando fuere autor intencional de tal alteración, y no en el supuesto de maniobras de un empleado.

Cuando se trata de la destrucción o supresión de una copia cuyo original subsiste, la represión carece de objeto, dado que falta la concreción de uno de los elementos del tipo, esto es, la posibilidad del perjuicio.

Si antes de la mutilación de la escritura pública inserta en el protocolo, el escribano actuante había otorgado copias de dicha escritura a las otras partes, no se da la posibilidad de perjuicio requerida para este delito.

La adulteración está equiparada y guarda estrecha relación con la falsedad parcial, ya que ambas alteran la integridad del documento.

La inserción es otro supuesto de falsedad material. Para Mustapich, es solamente punible cuando se produce en instrumentos públicos, y la importancia que se atribuye a la fe pública ínsita en el documento público queda reflejada en la severidad de la pena.

El Código Penal contempla en el artículo 296 no sólo la adulteración o creación de documento falso sino también su uso.

4.2. Prestación de funciones

El artículo 249 del CP dice:

“Será reprimido con multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”.

Es necesaria la existencia de dolo en el retardo u omisión de la prestación de la función. Si no existe dolo, el notario incurre en responsabilidad civil o disciplinaria.

4.3. Violación del secreto profesional

El artículo 156 del CP, dice:

“Será reprimido con multa de (mil quinientos a noventa mil pesos) e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por

razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

Este principio afecta a distintos profesionales, como por ejemplo a médicos y abogados, y a otras actividades. Tratándose del notario los secretos que puede conocer son importantes, sobre todo por la naturaleza de su investidura.

El elemento intencional consistiría en que el agente supiera que ha recibido un secreto y no obstante ello, lo revela. La materialidad del delito consiste en revelar el secreto. La revelación puede ser hecha a una sola persona; no es necesario que se ponga al alcance del público¹⁸.

Este delito se integra con una noción de dolo, que se agota íntegramente en el ánimo de hablar aunque no concurra el ánimo de dañar. En cuanto al daño material o moral, es necesario que haya sido efectivamente causado.

4.4. Destrucción de archivo público

Según el artículo 186 del CP: “El que causare incendio, explosión o inundación será reprimido [...] inc. 3) [...] si hubiere peligro para un archivo público”.

El notario es depositario de los protocolos hasta su entrega al archivo del Colegio de Escribanos. Durante el tiempo en que es depositario debe velar por la seguridad de los protocolos y será responsable en caso de destrucción dolosa.

4.5. Violación de sellos

Según el artículo 254 CP:

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de la cosa, y si el culpable fuere un funcionario público, la pena será de [...] y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo sufrirá además la inhabilitación especial por el doble de tiempo. Si hubiere ocurrido por imprudencia o negligencia del funcionario la pena será de [...]”.

¹⁸ Mustapich, *op. cit.*, p. 485.

4.6. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público

"Administración fraudulenta. Tiene dicho nuestra jurisprudencia que para graduar la sanción a imponer a la procesada –escribana– en orden al delito de administración fraudulenta, se tiene en cuenta que cometió el delito en perjuicio de dos ancianas utilizando un poder que éstas le habían otorgado, afectando así la estabilidad emocional y la seguridad económica de aquéllas, en un momento de la vida en que ambos bienes son más necesarios. No corresponde la imposición de la inhabilitación especial que establece el artículo 20 bis CP para ejercer la actividad notarial, puesto que para la comisión del hecho delictuoso, la acusada no incurrió en abuso alguno en el desempeño de su actividad de escribana, puesto que recibir un poder general de administración y utilizarlo después de revocado para gravar el patrimonio de las víctimas es un comportamiento que puede ser cometido por cualquier persona que gane la confianza de las víctimas, sin necesidad de que también tenga que revestir la calidad de escribana"¹⁹.

4.7. Lavado de dinero

La Ley 25.246 de lavado de dinero modifica al Código Penal en sus artículos 277, 278 y 279.

El artículo 277 se refiere al encubrimiento, sea porque el escribano ayude a alguien a eludir las investigaciones; ocultare, alterare o hiciere desaparecer rastros, pruebas o instrumentos del delito o ayude al autor o participe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer, no denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

El artículo 278 alude específicamente al lavado de dinero, y aquí debemos tener presente que, en su origen, este artículo penalizaba al delito doloso y también al culposo.

¹⁹ CNCrim, Sala I (Def.), "Tozzini, Rivarola", (Sent. "V", sec. 30). C. 35.142. Rta. 18/8/89.

El artículo 278 dice que:

"Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes –es decir, los siguientes– adquieren la apariencia de un origen ilícito [...] siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos, sea en un solo acto o por reiteración de hechos diversos vinculados entre sí".

La ley argentina de lavado de dinero es similar a todas las leyes de lavado de dinero que circulan por el mundo y está inspirada fundamentalmente en el reglamento modelo de la CICAD –Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas–, de la OEA, que se tomó como base para nuestra ley. La reglamentación es excesiva y ha creado situaciones problemáticas graves que requieren de una reforma.

La Unidad de Información Financiera de la CICAD es la encargada del análisis, tratamiento, transmisión e información del lavado de activos provenientes de ciertos delitos.

El artículo 20 de esta ley enumera a los sujetos obligados, y entre éstos a los escribanos públicos. El artículo 22 establece sus obligaciones y dice que deben recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la resolución respectiva.

Cuando los clientes, requirentes o aportantes actúen en representación de terceros, se deberán tomar los recaudos necesarios a efectos de identificar a la persona a quien representan. Toda información deberá archivararse por el término y según las formas que la Unidad de Información Financiera establezca.

Existe obligación de "informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma". En consecuencia aunque la operación no tenga importancia en cuanto a su monto o valor económico, igual existe la obligación.

La ley define lo que es una operación sospechosa en forma muy ambigua, lo que puede generar dudas a los sujetos que deban cumplir con esta obligación:

“A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada”.

El artículo 21 dice:

“La Unidad de información financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad”.

El decreto reglamentario, que lleva el número 169/2002, dice en su artículo 10:

“El deber de informar es la obligación legal que tienen los sujetos enumerados en el artículo 20 de la ley, en su ámbito de actuación, de llevar a conocimiento de la Unidad de Información Financiera, las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas a través de las cuales pudiera inferirse la existencia de una situación típica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa”.

Y el artículo 12 establece:

“A los fines del inc. b) del artículo 21 de la ley, serán considerados, a mero título enunciativo, ‘hechos’ u ‘operaciones sospechosas’, los siguientes: [...] inciso i) Las actividades realizadas por escribanos, rematadores, consignatarios de hacienda [...] en el ejercicio habitual de su profesión, que por su magnitud y características se aparten de las prácticas usuales del mercado”.

La ley también establece el deber de confidencialidad, que es una de las obligaciones que tienen los sujetos obligados de no comunicar al cliente que hace la operación que ésta será informada. Establece la exención de responsabilidad de los sujetos obligados a proporcionar estas informaciones a la Unidad de Información Financiera, o sea que los releva del secreto profesional.

4.7.1 Ley 25.246.- UIF.- Aplicación de penalidades, suspensión, exigencias resolución 10/04 UIF colegio notarial de la prov. de Río Negro, suspensión.

“El cumplimiento de la obligación de informar que surge de la ley 25.246 depende de un criterio subjetivo que, por lo mismo, es errático o variable según circunstancias de muy diversa índole, es consecuencia del régimen, tal como está estructurado, que cualquier escribano público se encuentra expuesto en este mismo momento a infringir esas especificaciones normativas por la sola razón de apreciar de modo distinto a la UIF ciertas condiciones que quedan, no sólo por estrictas razones de su propia naturaleza sino, además por así preverse puntualmente en la legislación y su reglamento, libradas a la discrecionalidad. La protección de los notarios contra las graves sanciones previstas en la ley 25.246 puede ser ordenada sin que por ello se los exima del cumplimiento de los deberes de información establecidos por la ley y su reglamento. Tan sólo basta con disponer que deberá la parte demandada abstenerse de aplicar las disposiciones sancionatorias que, en cuanto a sujetos obligados, les depara el artículo 24 de la ley. En cuanto a la cautela encaminada a que no sean aplicadas a la entidad demandante las disposiciones del anexo IV de la resolución 10/04 por resultar éstas de cumplimiento imposible, entiendo procedente la medida pues, sin entrar a considerar las razones que sostienen esa afirmación, veo que no son los colegios de escribanos sujetos obligados según la enumeración del artículo 20 de la ley 25.246, por lo que su inclusión en el anexo reglamentario da pie, al menos provisionalmente, para disponer que, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el principal, la UIF se abstenga de requerir al accionado la satisfacción de las imposiciones detalladas en dicho anexo... Debe revocarse la decisión atacada y disponerse, como medida cautelar en los términos del artículo 232 del CPCC y sin que sea preciso fijar contracautela (artículo 200, inc. 1, íd.), la prohibición de aplicar sanciones a los escribanos públicos con registro en esta provincia, derivadas de incumplimientos a la ley 25.246 y su reglamentación y la inexigibilidad de las disposiciones del anexo IV de la resolución 10/04 UIF al ente accionante²⁰”.

²⁰ CFed.General Roca, marzo 9-2006.- Colegio Notarial de la Provincia de Río Negro c. Estado Nacional y otro s/ordinario s/incidente de apelación ED Sup. 12.6.2006

4.8. Declaración de Québec (5/4/2001)

La Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino reunida en la ciudad de Québec (Canadá) el 5 de abril de 2001, frente al problema del "lavado de dinero", declara:

1. Dentro del tema más amplio y mundial de "La criminalidad organizada" que comprende Trata de seres humanos, Tráfico ilícito de drogas y de armas, Corrupción, Fraude, etc.: El resultado final parece ser el "Blanqueo de capitales" derivados de esas actividades ilícitas.

Además de las instituciones de intermediación financiera, se considera especialmente "vulnerable" el ejercicio de algunas profesiones, como la de abogados, contadores y notarios.

2. Que en este tema específico el notariado se ha visto exigido a dar explicaciones o a prestar colaboración con investigaciones oficiales, a las que nunca se ha negado.

3. Esa colaboración colinda en ocasiones con la necesaria reserva que el notario debe guardar con relación a lo que llega a su conocimiento por el ejercicio de la función pública y profesional a su cargo, por declaraciones de sus clientes, otorgantes o interesados, basados en la confianza que merece esta gestión en cuanto a su discreción, y al secreto profesional existente legalmente en muchos de nuestros países.

4. Se hace necesario buscar la conciliación entre esos dos conceptos antagónicos, igualmente importantes, puesto que uno afecta a un interés social, perfectamente compatible, y el otro, compromete nada menos que a la libertad individual que hace a la privacidad del accionar del ciudadano que no sea contrario a la ley.

5. Por un principio unánimemente establecido, el notario latino no puede autorizar documentos que contengan algo contrario a derecho, en ejercicio de su función de control de legalidad impuesto por la ley.

6. Hay que destacar que la intervención notarial supone la individualización precisa de los participantes y una claridad total en las disposiciones, asegurando la transparencia de las transacciones jurídicas que el documento notarial reproduce.

7. Por si fuera poco, recordemos que el notario está sujeto a permanente control de su actividad profesional por las autoridades previstas en su ley orgánica respectiva, y a responsabilidad personal, tanto civil, penal, administrativa como fiscal.

8. Se hace necesaria una homogeneidad de legislaciones, especialmente en lo relativo al sector notarial, determinando específicamente la categoría de documentos que son considerados como "de riesgo" (compraventa inmobiliaria, sociedades comerciales, etc., de determinado valor mínimo), e imponiendo claramente a los notarios un comportamiento de abstención o de información que evite la generalización, no deseada por el altamente sensible mercado de intervenciones de contenido económico en el que habitualmente interviene el notario, evitando así todo tipo de intervención subjetiva o personal.

Aprobado en Québec (Canadá) por el plenario de los Notariados Americanos de la Unión Internacional del Notariado Latino, con la firma de los presidentes de dichos notariados presentes en dicha reunión.

4.8.1 Ley n° 26.087/2006, Sancionada: marzo 29 de 2006. Promulgada de hecho: abril 21 de 2006.

Modificación de los artículos 277 y 278 de Código Penal. Lavado de activos. Modificación de la ley 25.246.

1. Sustitúyese el último párrafo del inciso 1 del artículo 14, de la ley N° 25.246(1) por el siguiente: En el marco de análisis de un reporte de operación sospechosa los sujetos contemplados en el artículo 20 no podrán oponer a la Unidad de Información Financiera los secretos bancarios, bursátil o profesional, ni los compromisos legales o contractuales de confidencialidad.

La AFIP sólo podrá revelar el secreto fiscal en aquellos casos en que el reporte de la operación sospechosa hubiera sido realizado por dicho organismo y con relación a la persona o personas físicas o jurídicas involucradas directamente en la operación reportada. En los restantes casos la Unidad de Información Financiera requerirá el levantamiento del secreto fiscal al juez federal competente en materia penal del lugar donde deba ser suministrada la información o del domicilio de la Unidad de Información Financiera, el que deberá expedirse en un plazo máximo de treinta días.

2. Sustitúyese el artículo 19 de la ley N° 25.246 por el siguiente: artículo 19. Cuando la Unidad de Información Financiera haya agotado el análisis de la operación reportada y surgieren elementos de convicción suficientes para confirmar su carácter de sospechosa de lavado de activos en los términos de la presente ley,

ello será comunicado al Ministerio Público a fines de establecer si corresponde ejercer la acción penal.

3. Suprímese el último párrafo del artículo 20 de la ley N° 25.246, artículo 4. Sustitúyese el inciso 4, del artículo 277 del Código Penal por el siguiente:

4. Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c).

5. Incorpórase como inciso 5 del artículo 278 del Código Penal el siguiente:

5. La exención establecida en el inciso 4 del artículo 277 no será de aplicación a ninguno de los supuestos contemplados por el presente artículo.

4.9. Obligación de denunciar

El artículo 277, inc. d), del CP dice:

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años [...] al que: inc. d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizara al autor o participe de delitos ya conocidos, cuando estuviera obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole”.

Tienen la obligación de denunciar los delitos perseguidos de oficio los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en ejercicio de sus funciones, lo cual implica una estrecha relación entre la función y el conocimiento del hecho.

Se debe distinguir la obligación de denunciar y el deber de informar. Cuando el escribano denuncia promueve la acción penal pública. Cuando el escribano informa no promueve la acción pública, son los fiscales quienes tienen la obligación de promover la acción pública. Se pueden presentar situaciones en las que cumpliendo una tarea notarial los rogantes traen una documentación visiblemente apócrifa: el notario tiene la obligación de denunciar.

Estimamos que en ningún momento el escribano va a incurrir en el delito de encubrimiento.

Romano Dufau dice:

“En los casos en que el escribano es víctima de una sustitución de persona, el mismo escribano damnificado enterado con posterioridad al acto hace la denuncia pertinente. En principio el escribano no tiene la obligación de promover la persecución penal. De todas maneras, hay dos normas que pueden penalizar la conducta de los funcionarios públicos y son los artículos 248 y 249 del CP, normas que establecen el abuso de funcionario y la violación de los deberes de funcionarios públicos. La nueva ley que impone a los escribanos públicos el deber de informar, es una obligación legal, por lo tanto, al incumplirla podría darse el supuesto del artículo 248, y aun no siendo así, si esta ley reglamenta cómo es el oficio de los escribanos, al incumplirla, vamos al artículo siguiente, que pena a quien incumple un acto propio de su oficio”²¹.

4.10. Dádivas, favores o promesas ofrecidas a funcionarios públicos

El Código Penal en el artículo 258 bis dice:

“Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer su influencia derivada de su cargo, en asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial”.

4.11 Responsabilidad penal por circunvencción de incapaces

Según el artículo 174 del C.Penal: Sufrirá prisión de dos a seis años:

²¹ Romano Dufau, G., “Obligación de denunciar del escribano”, *Revista del Notariado* 870, Buenos Aires, p. 89.

[...] 2º) El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.

De la propia letra del inc. 2 del artículo 174 del Código Penal, surge que no es exigible para que se configure el tipo de circunvención de incapaces, que el incapaz haya sido declarado en juicio. El tipo penal exige que el sujeto pasivo se encuentre en inferioridad para resistir a la voluntad de quien lo induce a la realización de lo que constituye la objetividad del delito. El aspecto objetivo de la norma nos permite apreciar que no exige que se compruebe que una persona se encontraba en estado de inconsciencia, o que se trataba de una persona demente, sino únicamente que se compruebe una apreciable disminución de sus capacidades psíquicas²².

“La actitud espiritual del sujeto se basa, pues, en el conocimiento de la situación de incapacidad de la víctima, conocimiento del cual parte un fin de lucro para sí o para un tercero. Si no existe es fin, *lucri faciendi causa*, no podría hablarse de abuso. Por eso decíamos que este delito se presenta como una estafa específicamente caracterizada. No es necesario un ardid positivo, porque las condiciones objetivas permiten ver que no es necesario desplegarlo; que bastan los halagos culpables. Es un caso de ardid excepcionalmente definido sobre la base de existencias menores. La mentira, que ordinariamente no alcanza a constituir ardid, basta en este caso [...]”²³.

El delito de circunvención de incapaces exige que el sujeto activo ejerza un abuso y, además, que esa acción no sea tan sólo sobre la mente del incapaz globalmente considerada sino sobre necesidades, pasiones e inexperiencia. No se trata de que la necesidad, pasión o la inexperiencia sean la causa del abuso sino que dadas esas situaciones, el sujeto activo abuse de ellas.

La Cámara Nacional Criminal y Correccional resolvió:

“Si la prueba reunida no ha podido pasar del estadio de lo que los escribanos.

²² Núñez, José Manuel, “Defraudación de Incapaces Circunvención de menores y explotación de incapaces”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tº VI, p. 115.

²³ Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, tº IV, p. 347 y s.

intervinientes en el acto, debían haber sabido o les debía haber constado al momento de los hechos, sólo podría tener lugar una responsabilidad culposa pero nunca una dolosa como exige la figura de circunvención de incapaces. Cuando un peritaje aparece fundado en principios científicos serios y no existe otra prueba que lo desvirtúe, ante la imposibilidad de oponerle argumentos científicos de mayor valor, deben aceptarse sus conclusiones”²⁴.

“La acción que le atribuye resulta de haberse abusado de las falencias psíquicas, necesidades e inexperiencia de V. E. —incapaz no declarado como tal—, haciéndose firmar la escritura traslativa de dominio del inmueble propiedad de la víctima a su favor, el 27 de diciembre de 1983. Señala básicamente, que el encartado conocía el deterioro psíquico que presentaba su tío y que el tipo penal no exige que la incapacidad sea notoria, sino que sólo sea conocida por quien intenta el fraude. Por otra parte, hace notar que el haber concertado el contrato traslativo de dominio por la suma que allí se establece —cien mil pesos argentinos— implicaba un daño al patrimonio de la víctima, termina exponiendo que las explicaciones que dieran el incuso y su madre, en relación al modo de cómo se concertó la compraventa y el precio que se pagó, no resultan ser razonables”²⁵.

...“También se ha dado un caso en que con motivo de las disposiciones de fines de 2001, la pesificación, corralito y accesorios una señora con edad cercana a los 80 años cotitular de un plazo fijo en dólares estadounidenses en una entidad bancaria fue “acompañada” por familiares al banco, firmó la pesificación, dio orden de entrega de un cheque y fueron retiradas las sumas. Asimismo utilizando un poder que había otorgado a una de esas personas fue vendido el inmueble que habitaba a la hija de la apoderada y llevada a vivir a casa de ésta última por un tiempo. Querrela mediante devino en procesamientos confirmados por la Cámara, pero por razones de confidencialidad debo omitir datos al estar aún en trámite. La damnificada después de las operatorias fue declarada insana en los términos del artículo 633 del CPCCN [...] Configura el delito de circunvención de incapaces la

²⁴ Véase CN Crim. y Correc. Sala IV 01/06/1999, “Hourcade, Blanca A. y otros”. *La Ley* 2000-C, 296 - DJ 2000-2, 581. CN Crim. y Correc., Sala I, 05/08/2003 “Fernández, Margarita A.” *La Ley*: Sup. Penal 2004 (julio).

²⁵ CN Crim. y Correc., Sala II 18/10/1991, “Manchego, Daniel”. *La Ley* 1992-C, 326 - DJ 1992-2, 192

actividad del imputado quien, abusándose de la incapacidad mental de la víctima, logra hacerle suscribir un boleto de compraventa y, después, la escritura traslativa del dominio de su inmueble, causando a ella y su hija un daño patrimonial que implicó la transferencia de dicho inmueble a nombre del victimario [...]"²⁶.

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I - 01/09/1988 - Leone, Julio A. DJ 1989-1, 497, con nota de Salvador F. Scimé.

Capítulo 10: Responsabilidad disciplinaria

1. Disciplina. Concepto

La disciplina es, en pocas palabras, la subordinación voluntaria a una autoridad, desde el punto de vista en que ésta tiene la obligación de imponer armonía y la paz al grupo, exigiendo y formando una conciencia de obediencia, síntesis del espíritu que debe animar a los miembros. Vivimos en una sociedad organizacional y el éxito de una organización depende en gran parte de su capacidad de mantener el control de quienes participan en ella.

La existencia de fines sociales hace imprescindible un control formal, estructurado, que imponga sanciones para apoyar la obediencia a sus normas, reglamentos y órdenes. Ello justifica también la selección para ingresar, ya que las cualidades requeridas para una satisfactoria actividad y desempeño provocan un compromiso efectivo a sus miembros y más fácil control, por cuanto las sociedades modernas, en contraste con las primitivas, dependen en gran parte de las organizaciones.

Las organizaciones, unidades sociales o agrupaciones humanas, son instrumentos sociales que combinan recursos humanos. El ser humano tiene necesidades esenciales, comunes a todos, que lo llevan a desenvolver ciertos modos de actividad que serían estériles si tuvieran que aplicarlos solos¹.

Para que se desarrolle una organización debe cumplir con requisitos funcionales². Max Weber trata el conflicto en la partición de la organización, el juego

¹ Páez, Juan, "El poder correccional de las asociaciones", LL 115,474.

² Presthus, Robert, *The Organizational Society*, Nueva York, Knopf, 1962.

entre el poder de control y la capacidad de legitimar su uso, concretamente cómo controlar a los participantes de manera que eleve al máximo la efectividad y la eficiencia, y que reduzca al mínimo la insatisfacción que produce esta misma necesidad de control. Es fundamental que los participantes acepten sus reglas con el fin de que funcionen efectivamente³. Weber emplea la palabra poder para referirse a la capacidad de inducir a la aceptación de las órdenes, legitimación para referirse a la aceptación del ejercicio del poder porque está de acuerdo con los valores sostenidos por los súbditos y autoridad para indicar la combinación de ambas.

2. Responsabilidad disciplinaria

2.1. La responsabilidad disciplinaria es aquella en la que incurre el notario por incumplimiento de los deberes impuestos por la ley que reglamenta el ejercicio de la función, el reglamento notarial y las resoluciones vigentes, en el resguardo de la ética y el decoro del cuerpo notarial.

La responsabilidad disciplinaria opera mediante una acción que tiene:

- a) por objeto, reprimir una falta a los deberes de la profesión reglamentada;
- b) por fin, el mantenimiento de la disciplina necesaria en interés moral de la profesión cuyas normas de ejercicio han sido violadas, y
- c) por medios, las medidas o penas a infringir por una jurisdicción instituida con ese propósito.

Tomás D. Bernard nos dice que la responsabilidad notarial se origina en violaciones de índole puramente profesional, de prescripciones dictadas para asegurar la eficiencia de las funciones notariales, y en la observancia de los principios de ética profesional y de los intereses al decoro de la institución a la que pertenecen los escribanos⁴.

Lo ilícito disciplinario consiste en la contravención a las normas internas de una institución o comunidad dotada de autonomía y organizada para fines colectivos propios⁵.

³ Max Weber, *The Theory of Social Economic Organization*, Nueva York Oxford University Press 1947.

⁴ Bernard, T. D., "Justicia Notarial", *Enciclopedia Omeba*, t. XVII, p. 691.

⁵ Betti, E., *Instituzioni di Diritto romano*, t. I, Padova, Cedam, 1942, p. 236.

Las irregularidades en el actuar de un escribano ponen de relieve una conducta desaprensiva en el cumplimiento de los deberes que rigen la función del notariado, y ello impone una ejemplificadora sanción que persigue una efectiva tutela de la institución notarial.

2.2. Según la Corte Suprema

"[...] los límites y las estrictas exigencias de la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifican por su especial naturaleza, porque las facultades que se atribuyen a los escribanos de dar fe a los actos y contratos constituyen una concesión del Estado otorgada por su calidad de funcionario público y, lejos de ser arbitrarias o desnaturalizar el derecho constitucional de trabajar, guardan adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido"⁶.

2.3. Son deberes del notario⁷

- a) Frente al cliente: Imparcialidad. Capacitación técnica y jurídica. Secreto profesional. Cobro adecuado conforme al arancel.
- b) Frente a los colegas: Competencia leal. Solidaridad. Asistencia recíproca.
- c) Frente al Estado: Deber social. Probidad.
- d) Frente al Colegio: Velar por su prestigio, participar activamente, colaborar con sentido de solidaridad y unidad de grupo.

⁶ CS agosto 13-992 Col. Esc.

⁷ Véase Ley 404, artículo 29 y Ley 9020/78 (Boletín del Colegio de Escribanos provincia de Buenos Aires, n° 1737, año XVII. Artículo 35, inc.7. "Proceder de conformidad con las reglas de la ética. Constituyen en general faltas de ética, los actos que afecten el prestigio y el decoro del cuerpo notarial o que fueren lesivos a la dignidad inherente a la función o que empañen el concepto de imparcialidad propio de la actividad notarial o que importaren el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios entre sí. El Reglamento Notarial establecerá las faltas de ética, pero su enumeración no tendrá carácter taxativo, pues podrán considerarse tales las que surjan de la conceptualización general contenida en el apartado anterior".

3. Diferencias entre el derecho disciplinario y el penal

3.1. El derecho disciplinario se diferencia del penal en lo siguiente:

- a) No rige el principio "*nullum crimen sine lege*". Los textos normativos establecen a modo de cláusula general las situaciones en que el notario será pasible de ser sancionado disciplinariamente⁸.
- b) Un hecho puede ser juzgado y sancionado sin perjuicio de la condena penal.
- c) Puede estar prescripta la acción penal y proceder la sanción disciplinaria.

3.2. Para la Corte Suprema

"[...] no es dable exigir que los principios del derecho penal sean aplicables sin cortapisas en materia disciplinaria notarial y, por lo tanto, que las normas que establecen sanciones por mal desempeño de los escribanos deban tipificar expresamente las conductas pasibles de aquéllas, para no ser susceptibles de la tacha de inconstitucionalidad. Respecto al poder sancionatorio que el Tribunal de Superintendencia Notarial tiene sobre los escribanos a raíz de mal desempeño en su función, las sanciones disciplinarias son de distinta naturaleza que las penales, ya que el pronunciamiento administrativo es independiente del penal en razón de ser distintas las finalidades perseguidas y los bienes jurídicos tutelados en cada uno de ellos⁹.

3.3. Jurisprudencia de Cámara dijo:

"La exigencia de una descripción previa de la conducta prohibida, que resulta del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, no es aplicable en el ámbito disciplinario con el rigor que es menester en el campo del derecho privado¹⁰.

⁸ Perino, P., *Responsabilidad disciplinaria*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

⁹ CS, agosto 13-992, Colegio de Escribanos, *DJLL*, 1993-2-250.

¹⁰ CNCiv, Trib, de Superintendencia, 11/04/94, "*P. s/ Insp. de protocolo*".

"En el derecho disciplinario las faltas son comúnmente enunciadas en forma vaga y genérica sin describir de manera específica el hecho antijurídico, toda vez que deviene imposible precisar de antemano en forma detallada la totalidad de los deberes profesionales del escribano"¹¹.

4. Órganos de aplicación

Si bien corresponde al Estado velar por el adecuado desenvolvimiento del ejercicio de las actividades profesionales, diversas son las modalidades que se pueden adoptar para concretar el control estatal.

Este contralor puede efectuarse a través de los mismos Colegios Profesionales por medio de Tribunales de Disciplina, o bien del Estado en forma directa ya sea por medio de órganos insertos en la misma Administración o de órganos dentro del Poder Judicial, aunque nada impide que la fiscalización disciplinaria sea compartida por el Estado y las corporaciones profesionales.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el gobierno y control disciplinario del notariado corresponde al Tribunal de Superintendencia y al Colegio de Escribanos.

En la provincia de Buenos Aires el ejercicio de la jurisdicción notarial está a cargo de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial de La Plata, el juzgado notarial con sede en la capital de la provincia y un tribunal notarial.

5. Colegios profesionales

Los Colegios profesionales son entidades de derecho público no estatal.

Las provincias y la Ciudad de Buenos Aires delegan el poder de policía para que éstos detenten principalmente el gobierno de la matrícula y la fiscalización ética de sus pares.

La vigilancia institucional del cumplimiento de los deberes de ética por los escribanos es de fundamental importancia pues refuerza la postura honesta de

¹¹ CCCorrec2°, Sala II, 22/8/2002, "*Colegio de Escribanos provincia de Buenos Aires/omisión pagos de escritura*".

los colegiados, el prestigio de los colegios y mantiene la imagen de credibilidad y neutralidad que el público espera.

El artículo 41 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires reconoce a las entidades intermedias expresivas de las actividades culturales, gremiales, sociales y económicas y garantiza el derecho a la constitución y el desenvolvimiento de Colegios o Consejos profesionales.

Actualmente tiene consagración nacional la garantía de los organismos de seguridad social de los profesionales (artículo 125, título 2, Constitución Nacional). Falta todavía una norma nacional que garantice la creación y conservación de Colegios o Consejos profesionales, cuya principal facultad es el poder de policía para fiscalizar a los colegiados.

Martínez Segovia sostiene que los Colegios de escribanos que ejercen el control de la matrícula y el poder disciplinario se regulan en todo o en parte por el derecho público, pero no son entidades estatales, ni son administraciones públicas; actúan al lado del Estado, colaborando con él en la satisfacción general pero constituyen administraciones separadas entre sí.

De la naturaleza de dichas instituciones emergen potestades cuyo ejercicio asegura el cumplimiento de las finalidades para las que han sido creadas, ya que el desempeño de una función pública por los miembros que las integran supone que ellos poseen determinadas atribuciones a fin de cumplimentar las actividades asignadas. Es necesaria la existencia de un organismo con facultades para vigilar y sancionar las faltas cometidas por los notarios en el ejercicio de la función, para lo cual dicho organismo deberá estar revestido de potestad disciplinaria¹².

La corporación notarial reúne tales características:

- a) La corporación existe en nuestro derecho positivo vigente.
- b) Se le atribuye competencia para imponer a sus miembros sanciones por conductas contrarias a las que se estiman correctas, según criterios corporativos flexibles (autonomía).
- c) Tiene finalidades propias, ya que su prestigio se pone cada día en juego con la conducta de cada uno de sus miembros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación justificó plenamente la existencia de las llamadas "entidades intermedias" (como los Colegios profesionales). Llamadas así por su ubicación en un plano inferior al del Estado y superior

¹² Martínez Segovia, *op. cit.*

al de los individuos, cuya importancia en nuestra sociedad actual no puede discutirse¹³.

Remarcamos que las facultades para juzgar las transgresiones profesionales de los escribanos, otorgadas a los Colegios y a los órganos de superintendencia, se ejercen con independencia de la actividad jurisdiccional requerida a otros tipos de responsabilidad a que pueden estar sujetos los escribanos como tales, o como simples particulares o sujetos de derecho, que dan lugar a acciones autónomas y distintas sanciones.

5.1. La potestad de los Colegios

Para Solari¹⁴

"[...] ha quedado transferido a los Colegios el gobierno y control disciplinario del notariado que hasta entonces era ejercido en forma directa por el Estado a través de sus ramas ejecutivas o judiciales, sin perjuicio de que el Estado se reservara, indebidamente a su juicio, las decisiones más importantes, como son la designación y remoción de los escribanos en la titularidad o adscripción de los registros. Esa transferencia del poder de policía del Estado a los Colegios es un acontecimiento de significación histórica. Si concordamos con el maestro Bielsa y aceptamos que la idea del Estado es inseparable de la de policía y que este poder es de la esencia de todo gobierno, no podemos dejar de advertir la enorme significación que para el notariado argentino tuvo en su momento, y conserva en la actualidad, que el Estado se despojara de algunos de los atributos de ese poder y los pusiera a cargo de los Colegios. Pero entiéndase bien que esta transferencia no debe ser interpretada como un acto de generosidad del gobernante para un sector de sus gobernados. De manera alguna. La explicación es otra y tiene dos fundamentos. Por un lado es una decisión que importa reconocer que el prestigio y la probidad de los escribanos y de sus instituciones rectoras permitían ese acto de confianza".

¹³ Véase síntesis de jurisprudencia agrupada en el apartado 11 de este capítulo.

¹⁴ Solari, O., "La experiencia argentina en materia de colegiación notarial", Sección Internacional, *Revista Notarial* 740.

Nuta dice:

“La potestad está generada por la finalidad y por la función que la limitan y le dan contenido. La potestad disciplinaria en particular, es la facultad que posee un órgano determinado de hacer cumplir todas aquellas normas establecidas para que la función se preste correctamente, y aplicar las sanciones correspondientes para el caso de inobservancia de las mismas.

La potestad disciplinaria de los Colegios comprende dos aspectos:

- a) carácter preventivo, que tiene por objeto investigar el cumplimiento de las normas que regulan la función, integrándose así con la facultad de control; y
- b) carácter sancionador, cuya finalidad es castigar el incumplimiento de un deber impuesto por relaciones jurídicas creadas estatutaria o legalmente, relativas a la función”¹⁵.

Para Martínez Segovia:

“La inclusión de los Colegios como órganos de superintendencia, otorgándoseles jurisdicción sobre el notariado y competencia para tratar los casos de responsabilidad disciplinaria, demuestra, si nos atenemos al carácter indelegable de la función pública, que aquéllos poseen el carácter de persona jurídica de derecho público.

Lo cierto, en el estado actual de la legislación reglamentaria del notariado, es que el llamado Tribunal de Superintendencia se organiza como un ente administrativo y, por regla general, la primera instancia se atribuye a los Colegios de escribanos, sin perjuicio de anotar que en la provincia de Buenos Aires existe un juez notarial para esa primera etapa y un tribunal integrado por notarios para la segunda, y en la Capital Federal y Santa Fe —por ejemplo— se confiere esa superintendencia a una Cámara de segunda instancia en lo Civil o en lo Civil y Comercial, según la organización judicial de cada lugar”¹⁶.

¹⁵ Nuta, A. R., “Potestad disciplinaria de los colegios de escribanos”, *LL*, t. 144-841, Buenos Aires.

¹⁶ Martínez Segovia, F., “Jurisdicción y competencia de los Colegios profesionales”, *Revista Notarial* 903, p. 381.

Existe la duda sobre si el ejercicio de la potestad disciplinaria implica desarrollar una actividad de sustancia jurisdiccional. Al respecto Nuta dice que se trata de una actividad de sustancia jurisdiccional, desde el momento en que siempre habría un interés subjetivo en juego: el del profesional a cargo de la función. La potestad disciplinaria es inherente a los respectivos Colegios de escribanos, ya que integra la naturaleza específica de sus funciones por las siguientes razones: 1) no puede realizarse una correcta dirección de la actividad notarial sin poseer el control de la misma y eventualmente la facultad sancionatoria; 2) la potestad disciplinaria es una actividad de ajuste jurídico, íntimamente unida a la actividad de gobierno. No puede llevarse a cabo plenamente si no es por el órgano que la detenta; 3) No resulta violatorio del artículo 95 de la Constitución Nacional, en tanto y en cuanto se disponga la revisión judicial para el supuesto caso de existir intereses subjetivos lesionados¹⁷.

6. Iniciación del proceso disciplinario

El organismo competente en el conocimiento de un hecho o denuncia imputable a un colegiado, debe iniciar el procedimiento administrativo que exige la formación de un sumario para comprobar el hecho, proceder a la notificación al imputado, la defensa, apreciación de los hechos y las pruebas y, finalmente, la decisión.

6.1. La iniciación del proceso puede tener lugar:

1. Por resolución del Colegio de Escribanos, como consecuencia:
 - a) de la inspección de protocolos;
 - b) por presentarse a la legalización documentos en infracción a las disposiciones vigentes;
 - c) como consecuencia de determinadas faltas a las normas de ética.
2. Por denuncia que puede provenir de:
 - a) los particulares, requirentes o contratantes perjudicados, o de los denunciantes que invocan un interés público;
 - b) de los señores jueces y tribunales;

¹⁷ Nuta, *op. cit.*

c) de organismos y reparticiones públicas de cualquier competencia.

La denuncia deberá ser formulada ante la autoridad de aplicación por escrito, y quien la formule deberá ratificar en el acto de su presentación y declarar bajo juramento que no procede con malicia. Deberá contener todos los datos que individualicen al denunciante y al escribano denunciado, así como la designación precisa de los hechos y del derecho fundante; el ofrecimiento de prueba acompañando la que sea instrumental e individualizando a los testigos en la que fuere testimonial. Si la denuncia fuere verbal, ante el Colegio de Escribanos se labrará acta que contenga los mismos requisitos enunciados anteriormente.

d) Por la intervención fiscalizadora del Colegio en toda acción que se suscite contra un escribano, sea en el orden personal o en razón de sus funciones profesionales.

6.2. Pautas del procedimiento

a) Sumario: La instrucción del sumario está a cargo de las personas que corresponda de acuerdo con el sistema adoptado por las leyes orgánicas (Colegio de Escribanos, Tribunal Notarial, Tribunales de superintendencia, etcétera).

b) Defensa: El derecho de defensa debe tener la mayor amplitud posible de acuerdo con el principio del artículo 18 de la Constitución Nacional.

c) Las notificaciones: Podrán ser de cualquier forma que se determine, siempre que cubran el requisito de ser fehacientes y precisas.

d) Las vistas, traslados y plazos deben estar perfectamente regulados en las respectivas reglamentaciones.

e) Se debe resguardar debidamente el derecho de defensa del notario.

f) Pruebas: Las pruebas del denunciante así como las del notario involucrado, podrán ser de todo tipo, necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos denunciados, sean ellas de cargo o descargo. Las pruebas pueden ser documental, testifical, confesional, pericial y de informes y deberán recaer únicamente sobre los hechos que tengan vinculación con la investigación dirigida a juzgar la conducta del escribano.

g) Las recusaciones y excusaciones deberán estar determinadas en las leyes o reglamentos notariales

h) El término para dictar sentencia debe estar establecido en las normas que

rigen el procedimiento. Generalmente es de treinta días a partir de que quede consentido el llamamiento de autos¹⁸.

7. Sanciones

La doctrina clasifica las sanciones desde distintos puntos de vista, según que tiendan a la enmienda del inculcado o a su alejamiento o expulsión de la institución profesional.

Son penas correctivas:

a) Amonestación o llamado de atención.

b) Apercibimiento. Es una amonestación calificada que puede ocasionar posteriores consecuencias.

c) Multa.

d) Suspensión, periodo temporal en el que se prohíbe el ejercicio de la profesión.

Las sanciones expulsivas originan la destitución del cargo y la prohibición del ejercicio de la profesión¹⁹.

La Corte Suprema ha resuelto que no resulta irrazonable la facultad otorgada por el Congreso al organismo de control de la actividad de los escribanos de suspender preventivamente a aquéllos en tanto se sustancie el proceso penal. Por ello y por lo dictaminado por el Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso y se confirma en pronunciamiento apelado²⁰.

¹⁸ La Ley 404, artículo 141, legisla el procedimiento en la Ciudad Autónoma y en el inc. h) agrega que el sumario será actuado y se aplicará la Ley de Procedimiento administrativo tributario de la Ciudad de Buenos Aires en cuanto fuere compatible con la naturaleza y fines del proceso disciplinario. La Ley 9020, de la provincia de Buenos Aires, establece en el artículo 58: "En las actuaciones contra notarios se seguirán las normas precedentes y subsidiariamente, la contenida en el Código de Procedimiento en lo Penal de la provincia, en cuanto sean aplicables. En los demás casos previstos en el artículo 40 se aplicarán subsidiariamente las disposiciones del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial".

¹⁹ Véase Ley 404, Capítulo IV, artículos 149 y ss. El Capítulo V trata de los recursos y efectos de las sanciones. La Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, Capítulo III, artículos 64 y ss., Sanciones disciplinarias, Sanciones por falta de ética, Ejecución de sanciones.

²⁰ CS "B. R. y otra", 7/3/95 LL 1996-A-305.

8. Conclusión

a) La responsabilidad disciplinaria debe hacerse efectiva conforme a principios y normas del derecho disciplinario.

b) La ley establece los órganos de juzgamiento y reglamenta el procedimiento y, dentro de él, sus sanciones.

c) Se configura la responsabilidad cuando el sujeto pasivo comete una falta en el ejercicio de su cargo.

d) Las sanciones tienen carácter represivo-preventivo.

e) De la normativa resulta la existencia del derecho disciplinario material y formal.

f) La ley determina en forma vaga y genérica los hechos y actos que pueden originar las faltas, las sanciones, los sujetos de la relación.

g) La potestad disciplinaria es discrecional.

h) El régimen procesal administrativo regula sobre las pruebas, los recursos, la publicidad y comunicaciones de las sanciones²¹.

9. Organismos y procedimiento en la provincia de Buenos Aires. Ley 9020

El sistema elegido por la Ley Orgánica, la Ley 9020 del año 1978, recoge lo regulado en la Ley 5015 del año 1943, donde se plasmó por primera vez, dentro del ámbito de la provincia de Buenos Aires, y de todo el país, un sistema disciplinario típicamente notarial.

La Ley 9020 organiza un complejo Régimen de Fiscalización disciplinaria.

El artículo 38 dentro del Título Primero, Capítulo Primero, sobre "Jurisdicción Notarial", expresa:

"La Jurisdicción Notarial es ejercida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, por el Juzgado Notarial con sede en la capital de la Provincia y competencia en todo su territorio, y por el Tribunal Notarial".

²¹ Falbo, M., "Responsabilidad disciplinaria notarial", *Revista del Notariado* 814-747.

En el artículo 65, segundo párrafo, se atribuyen facultades disciplinarias al Poder Ejecutivo Provincial:

"En caso de reincidencia [...] el Tribunal remitirá los antecedentes al Poder Ejecutivo para que decida en definitiva la medida a aplicar pudiendo llegar hasta la destitución".

Contra la decisión del Poder Ejecutivo será procedente la acción contencioso-administrativa del artículo 49 inc. 3 de la Constitución provincial.

9.1. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento de La Plata tiene competencia conforme el artículo 39 para entender en los siguientes asuntos:

1. En grado de apelación respecto de las cuestiones previstas en el apartado 1 del artículo 40 (procesos por: a) mal desempeño de la función notarial; b) por expedición de segundas copias; c) por renovación de títulos);
2. Recusación del juez notarial;
3. En grado de apelación de las sanciones impuestas por el tribunal notarial, cuando se dispone sanción de suspensión.

9.2. Juzgado notarial

Es un órgano judicial especial para la fiscalización de la actividad notarial. Su actuación presupone el mal desempeño de la función notarial. Está integrado por un juez, y dos secretarios.

El juez es nombrado y removido en la misma forma en que lo son los jueces de primera instancia, y goza de las mismas garantías y derechos que ellos (artículo 73, Ley 9020/78).

Son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (artículo 165, Constitución de la provincia de Buenos Aires).

Conforme el artículo 40 le competen los procesos por mal desempeño de la función notarial, expedición de segundas copias, renovación de título, y en grado de apelación las causas en que interviene el tribunal notarial y la sanción fuere de amonestación, las cuestiones suscitadas entre los requirientes o entre

éstos y el notario con motivo de la aplicación del arancel; la recusación de los miembros del tribunal notarial y de los secretarios del juzgado notarial.

Conforme el artículo 42:

“El juez notarial en cumplimiento de sus funciones, podrá:

1. Requerir la comparecencia de personas sujetas a su jurisdicción bajo apercibimiento de que en caso de no hacerlo sin justa causa, se hará efectivo el requerimiento con auxilio de la fuerza pública.
2. Disponer, en caso de urgencia o atento a la naturaleza, gravedad o reiteración de los hechos, las medidas precautorias que juzgue pertinentes, como la suspensión preventiva del notario, el secuestro de los protocolos y demás documentos de la notaría.
3. Disponer la cesación de funciones de los notarios o suspensión, toda vez que se comprueba haber sido alcanzado por el régimen de inhabilidades e incompatibilidad.
4. Ejecutar sus propias resoluciones y las del Tribunal Notarial con facultad para allanar domicilio, requerir el auxilio de la fuerza pública y solicitar la colaboración de autoridades judiciales, policiales y administrativas en la misma forma que los demás Jueces de Primera Instancia.
5. Ordenar la sustanciación de sumarios”.

9.3. Tribunal notarial

Es un órgano colegiado, no judicial, aunque su función primordial consiste en juzgar a los notarios por faltas de ética en el ejercicio de sus funciones.

Está inserto en la órbita del Colegio de Escribanos e integrado por tres miembros, todos escribanos, uno de los cuales ejerce la presidencia (artículo 74, Ley 9020/78).

Son designados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata en turno (artículo 76, Ley 9020/78) mediante sorteo de una lista de veinte conjuces confeccionada a tal efecto por la referida Cámara.

Para ser miembro del tribunal, hay que tener diez años de ejercicio como titular de Registro en la provincia de Buenos Aires (artículo 75, Ley 9020/78).

Desarrollan su función por un plazo de dos años, y la misma constituye una carga pública (artículo 77, Ley 9020/78).

Compete al tribunal notarial: Las causas relativas a falta de ética y las que afecten la dignidad de la investidura o del prestigio del notario; las recusaciones del secretario del tribunal.

9.4. Intervención del Poder Ejecutivo

La Ley 9020 establece que en los casos de reincidencia en faltas similares o análogas a las que motivaron la aplicación de la sanción de suspensión hasta tres meses, el tribunal notarial deberá remitir los antecedentes al órgano ejecutivo, para que decida en definitiva, la medida a aplicar, la cual puede llegar incluso hasta la destitución.

En este caso el tribunal notarial instruye el sumario y el Poder Ejecutivo sólo tiene competencia para determinar la sanción a aplicar.

9.5. Cuerpo de Inspectores

El Cuerpo de Inspectores Notariales fue creado a efectos de lograr un eficaz control de la actividad notarial como auxiliar de los órganos de control, siendo su intervención de vital importancia en el tratamiento del orden disciplinario.

Debe estar compuesto por no menos de dos inspectores por cada departamento judicial.

Para ser inspector se requiere título de abogado o escribano y haber actuado como notario por tres años.

En el desempeño de sus funciones actúan bajo dependencia directa del juzgado notarial (artículo 79, Ley 9020/78). Sus funciones consisten en la realización de vistas o inspecciones de Registros Notariales (artículo 58, Ley 9020/78), con amplias facultades para todo ello.

El Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, por resolución del Consejo Directivo del 23 de marzo de 1965, creó un Cuerpo de Inspectores y con fecha 25 de noviembre de 1979 aprobó su Reglamento.

Las acciones comienzan con la sustanciación de un sumario que instruyen los inspectores del Juzgado o por una denuncia al Tribunal.

El plazo para contestar las vistas y traslados es de cinco días salvo disposi-

ción en contrario. Los plazos los fija el juez según la naturaleza del proceso y las diligencias si no hay uno fijado por ley.

Concluida la instrucción se corre vista por días corridos para que el imputado se expida y ofrezca prueba por veinte días.

Se dicta sentencia por el Juzgado o el Tribunal en treinta días y desde la fecha en que quedó concluido el llamado de autos para resolver.

El procedimiento se divide en sumario, notificación, defensa, apreciación de los hechos, producción de prueba, decisión.

9.6. Recursos

a) Contra las resoluciones del juez y del tribunal notarial podrán interponerse recursos de revocatoria y de apelación y nulidad en subsidio, salvo que se tratare de providencias simples o de la sanción de apercibimiento, casos en que procederá sólo el de revocatoria. Los plazos para interponer los recursos serán de quince y cinco días respectivamente.

b) Las apelaciones respecto de sanciones disciplinarias serán concedidas con efecto suspensivo y de las suspensiones preventivas y otras medidas precautorias con efecto devolutivo.

9.7. Sanciones

Ante cada falta disciplinaria corresponde una sanción.

Artículo 64: Las sanciones disciplinarias consistirán en:

- a) Apercibimiento. Tienen como mira un efecto moral.
- b) Multa hasta cubrir el monto de la fianza. Es con efecto pecuniario directo.
- c) Suspensiones de hasta dos años.
- d) Destitución del cargo. Elimina al agente del servicio.

Artículo 65: Las faltas a que se refiere el inciso 1) del artículo 41, recibirán las siguientes sanciones relativas a la falta de ética que afecta al prestigio del notario. Amonestación. Es un llamado al orden.

Suspensión por tres meses. Prohíbe el ejercicio.

En caso de reincidencia de faltas por circunstancias similares o análogas a las que motivaron la aplicación de la sanción dispuesta en el inciso 2) de este

artículo, el tribunal remitirá los antecedentes al Poder Ejecutivo para que decida en definitiva la medida a aplicar pudiendo llegar hasta la destitución.

Oportunamente se comunicará la aplicación de las sanciones al juzgado notarial y al Colegio.

Contra la decisión definitiva del Poder Ejecutivo será procedente la acción contencioso-administrativa del artículo 149, inciso 3) de la Constitución provincial.

Se publicitan las faltas conforme a los artículos 69 a 71.

Artículo 66: Las sanciones a que se refieren los incisos 1) y 2) del artículo anterior, llevarán aparejada la suspensión del derecho de elegir y ser elegido para cargos directivos del Colegio por el término de cuatro años.

Prescripción

Artículo 72: Las acciones que den lugar a la aplicación de sanciones disciplinarias prescriben a los diez años de cometida la falta.

10. Órganos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley 404

10.1. Gobierno del Notariado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Competencia

La ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en el artículo 117:

“La disciplina del notariado estará a cargo del Tribunal de Superintendencia y el Colegio de Escribanos, a los que corresponderá el gobierno y control del notariado en la forma y con el alcance establecidos en esta ley”.

Según el artículo 118:

“El Tribunal de Superintendencia, a partir de la incorporación de la Justicia Ordinaria a la Ciudad, estará integrado por un presidente, que será el presidente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires en Superintendencia y por dos vocales titulares que dicha Cámara, reunida en pleno, designará de su seno, anualmente y por simple mayoría de votos. Del mismo modo, se nominarán dos suplentes quienes, eventualmente, reemplazarán a los vocales titulares.

10.1.1 La improcedencia del recurso de inconstitucionalidad en materia de superintendencia del notariado

Debatida la procedencia de un recurso de inconstitucionalidad contra la sanción disciplinaria de destitución del cargo aplicada a un Escribano, con apoyo en el artículo 149 inc. d) de la ley 404, por el Tribunal de Superintendencia del Notariado, el Tribunal Superior de Justicia asumió la competencia para resolver los conflictos disciplinarios vinculados al ejercicio de la función notarial la cual implica, desde luego, el ejercicio de una función pública, aunque llevada a cabo por particulares que no integran los cuadros administrativos, previa habilitación por parte de las autoridades correspondientes. La asunción de la competencia transitoria traduce una solución impuesta con el objeto de no desnaturalizar la finalidad que inspiró la sanción de la normativa (artículo 172, ley 404). El argumento del fallo se basa en que, al atribuirse transitoriamente al Tribunal Superior de Justicia la competencia conferida por la ley 404 al Tribunal de Superintendencia del Notariado esa circunstancia determina la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad local (establecido en la ley 7) ante el propio Tribunal Superior, lo que no es óbice para la admisión del recurso extraordinario —previsto en el artículo 14 de la ley 48— ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se resolvió: “El proceso ventilado ante el Tribunal ha permitido llevar a cabo un control judicial suficiente, no advirtiéndose violaciones a la garantía de defensa (artículo 16, Constitución Nacional) que es siempre el más sólido bastión que protege a los ciudadanos de la arbitrariedad y del despotismo”²².

10.2. Competencia del Tribunal de Superintendencia

Compete al Tribunal de Superintendencia:

a) Conocer en única instancia, previo sumario y dictamen del Colegio, en los asuntos relativos a la responsabilidad disciplinaria de los escribanos, cuando el mínimo de la pena aplicable fuere de suspensión por más de tres meses.

b) Entender como tribunal de apelación en todas las resoluciones del Colegio, en especial respecto de los fallos que éste pronuncie en los procesos disciplinarios.

²² Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires), 2006-4-4 – W.E. A. E. L.L. 7-7-2006; 5.

c) Evacuar las consultas que formule el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos y resolver acerca de las disposiciones de éste, supeditadas a su aprobación. El Tribunal de Superintendencia tomará sus decisiones por simple mayoría de votos, inclusive el del presidente; sus miembros podrán excusarse o ser recusados por las mismas causas que los de la Cámara de Apelaciones en lo Civil.

10.3. Colegio de Escribanos

La intervención fiscal en los asuntos que se tramiten en el Tribunal de Superintendencia estará a cargo del Colegio.

Sin perjuicio de la jurisdicción atribuida al Tribunal de Superintendencia, la dirección y vigilancia inmediata de los escribanos colegiados y matriculados de la Ciudad de Buenos Aires, así como todo lo concerniente a esta ley y al reglamento notarial, corresponderá al Colegio de Escribanos.

10.3.1. Potestad del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El Colegio de Escribanos de la Capital Federal tiene:

a) potestad reglamentaria: comprende la facultad de dictar un reglamento que regirá el ejercicio de la profesión;

b) potestad imperativa: por ésta puede obligar a cumplir las leyes, el reglamento y otras normas que en consecuencia se hayan dictado;

c) potestad ejecutiva: son todos aquellos actos que realiza para el cumplimiento de sus propias resoluciones y gestiones ante otras entidades públicas y privadas; y

d) potestad disciplinaria, que incluye la facultad de contralor y vigilancia, así como también la de reprimir el incumplimiento de los deberes concernientes a la función, y de las faltas de ética que pueden considerarse violatorias de las mismas.

10.3.2. Son atribuciones del Colegio de Escribanos:

a) Intervenir ante las autoridades administrativas, legislativas y judiciales para expresar su opinión sobre proyectos de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones o en demanda de normas que tuvieren relación con el notariado o con los escribanos en general; prestar la colaboración que se le solicite; evacuar las consultas y expedir los dictámenes e informes que las autoridades o instituciones públicas en general creyeren oportuno formular o peticionar sobre asuntos notariales.

b) Velar por la rectitud e ilustración en el ejercicio profesional, por el prestigio e intereses del cuerpo; proteger a sus miembros por todos los medios a su alcance y prestarles asistencia cuando se vieran afectados en el ejercicio regular de sus funciones.

c) Vigilar el cumplimiento, por parte de los escribanos, de la presente ley, de su reglamentación y de toda otra disposición atinente al notariado, incluso las resoluciones del mismo Colegio.

d) Inspeccionar periódicamente y calificar los registros y oficinas de los escribanos, a efectos de verificar el cumplimiento estricto de las obligaciones notariales y comprobar que las escribanías respondan a las necesidades de un buen servicio público. A tales efectos, dispondrá de un cuerpo de inspectores con las facultades y deberes que determine el Consejo Directivo.

e) Cuidar el decoro profesional, la mayor eficacia de los servicios notariales, el cumplimiento de los principios de ética profesional y dictar las resoluciones inherentes a estas materias.

f) Proyectar el reglamento notarial y proponer los aranceles notariales y la reforma de los mismos, para someterlos a la aprobación de la autoridad competente en los casos que así correspondiere.

g) Aprobar resoluciones de carácter general tendientes a unificar los procedimientos notariales y a mantener la disciplina y buena correspondencia entre los escribanos.

h) Llevar, permanentemente depurado, el registro de matrícula y la nómina de los registros notariales y publicar periódicamente las inscripciones que se practicaren y las altas y bajas que se produjeran; expender las hojas de protocolo y las demás necesarias para la actuación notarial; legalizar las firmas de los escribanos de la demarcación en los documentos que autoricen. La legalización podrá extenderse a la legalidad formal de dichos documentos en los casos, en la forma y en el modo en que lo determine el Consejo Directivo, con aprobación

del Tribunal de Superintendencia. El Consejo Directivo podrá delegar la función de legalizar en escribanos colegiados.

i) Organizar y mantener al día el registro profesional y el de estadística de los actos notariales.

j) Tomar conocimiento de toda acción o sumario promovido contra un escribano a efectos de determinar sus antecedentes y coadyuvar a la elucidación de su responsabilidad, emitiendo el dictamen correspondiente, en mérito de la intervención fiscal que le compete.

k) Instruir sumario, de oficio o por denuncia, sobre la conducta de los escribanos, sea para juzgarlos o para elevar las actuaciones al Tribunal de Superintendencia, con sujeción a los preceptos de esta ley.

l) Promover el desarrollo de métodos alternativos de resolución de conflictos, en los que puedan intervenir los escribanos.

m) Realizar por resolución del Consejo Directivo o de la Asamblea, en su caso, todos los actos permitidos a las personas jurídicas por las leyes respectivas.

n) Administrar el archivo de los protocolos y demás documentación de las notarías a las que la ley le asigne ese destino.

o) Promover la fundación de escuelas post universitarias e institutos de investigación; profundizar el estudio de las disciplinas relacionadas con la función notarial y proporcionar los medios adecuados para la superación profesional de los notarios y su actualización en materia de legislación, jurisprudencia y doctrina. A tales fines, podrá crear una universidad privada de acuerdo con las respectivas disposiciones legales.

p) Auxiliar a los escribanos en el ejercicio de sus funciones mediante dictámenes e informes en consultas que formularen.

q) Actuar como órgano de conciliación en las cuestiones que se suscitaren entre los escribanos o entre éstos y los requirentes, a pedido y con la conformidad de los interesados.

r) Promover la legislación y toda medida tendiente a la preservación y progreso de la institución notarial.

s) Llevar el Registro de Actos de Última Voluntad a que se refiere el artículo 161 de esta ley.

t) Celebrar con las autoridades competentes los convenios necesarios para tomar a su cargo la dirección y prestación de servicios públicos relacionados con la actividad notarial.

u) Ejercer la dirección y administración de la Caja Notarial Complementaria de Seguridad Social o de la que la sucediere o reemplazare en sus funciones.

v) Establecer servicios asistenciales y de previsión social para los escribanos y personal del Colegio, con arreglo a la reglamentación que al respecto se dictare.

w) Ejercer, con exclusividad, la representación gremial de los escribanos de la Ciudad.

x) Actuar en las órbitas administrativa y judicial, en las que podrá promover o cuestionar decisiones de los poderes públicos o entes privados, en tanto aquéllas se relacionen, directa o indirectamente, con la función notarial o el interés de los escribanos.

y) Colaborar con las autoridades, cuando para ello fuere requerido, en el estudio de proyectos de leyes, decretos, reglamentaciones y ordenanzas que tengan atinencia con el notariado.

z) Vigilar y asegurar el escrupuloso respeto al derecho de libre elección del notario que asiste al requirente, con arreglo a lo dispuesto en el Título II, Sección Primera, Capítulo IV, incluso en los casos de escrituras simultáneas de transmisión de dominio y constitución de derechos reales en garantía de obligaciones emanadas de préstamos acordados por entidades bancarias o financieras, públicas o privadas.

aa) Prever en los aranceles la fijación de honorarios mínimos respecto de actos y contratos de ningún o pequeño valor patrimonial en los que fueren parte jubilados, pensionados o discapacitados de escasos recursos o personas, también de escasos recursos, carentes de ocupación laboral al tiempo del otorgamiento.

bb) El Colegio de Escribanos establecerá un consultorio gratuito para quienes carecieren de recursos económicos eximiéndolos del arancel profesional en cuanto a las funciones y competencias determinadas en la presente Ley.

El Consejo Directivo dentro del plazo de sesenta días de publicación de la presente ley reglamentará el funcionamiento del consultorio gratuito, determinando los requisitos que deberán reunir los solicitantes de dicho servicio y el modo de designación de los escribanos que intervendrán, así como las sanciones por su incumplimiento.

cc) Elevar a las autoridades competentes presupuestos, balances y todo otro antecedente necesario para justificar la inversión de los fondos recaudados, conforme con las disposiciones legales y las normas de los convenios que hubiere

celebrado o formalizarse en el futuro, en ejercicio de las facultades contempladas en el inciso u) de este artículo.

dd) Imponer a los escribanos, en ejercicio de su función disciplinaria, las sanciones previstas en la ley 404.

10.3.3. Órganos del Colegio de Escribanos

Son órganos permanentes del Colegio de Escribanos la Asamblea General y el Consejo Directivo; ambos cuerpos estarán integrados exclusivamente por colegiados y jubilados en el ejercicio de la función en la demarcación (ley 404, artículo 126).

10.3.4. Constitución del Consejo Directivo

El Colegio de Escribanos continuará dirigido y representado por un Consejo Directivo, constituido sobre las siguientes bases:

a) Estará integrado por un presidente, un vicepresidente, dos secretarios, dos prosecretarios, un tesorero, un protesorero, más diez vocales titulares y seis suplentes, designados de acuerdo con lo estipulado en el presente artículo.

b) Para ser electo presidente o vicepresidente, se requerirá una actuación profesional como titular o adscripto de registro no menor de diez años. Será de cinco años la antigüedad mínima en el ejercicio de la profesión, con igual carácter de titular o adscripto, exigida para los restantes miembros del Consejo.

c) Son electores los colegiados y los jubilados. La votación será directa y secreta, siendo obligatoria sólo para los primeros, salvo impedimento justificado.

d) Los cargos de presidente, vicepresidente, secretarios, prosecretarios, tesorero y protesorero corresponderán a la lista que obtenga la mayoría de los votos válidos emitidos.

e) Los cargos de vocales titulares y suplentes se distribuirán entre todas las listas que obtengan como mínimo un veinte por ciento de los votos válidos emitidos, mediante la aplicación del sistema proporcional D'Hont. Los miembros del Consejo Directivo durarán dos años en sus funciones y podrán ser reelectos solamente por otro período consecutivo; luego de transcurrido un período podrán ser nuevamente electos en las mismas condiciones. En la integración de las listas que se presenten al acto eleccionario, se cumplirá con las garantías establecidas en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 404, artículo 126).

El estatuto determinará las atribuciones y deberes del presidente, vicepresidente, secretarios, prosecretarios, tesorero y protesorero y los de los restantes miembros del Consejo Directivo (ley 404, artículo 127).

10.3.5. Atribuciones del Consejo Directivo

Además de las que resultan de otros preceptos de esta ley son atribuciones del consejo Directivo:

- a) Realizar todos los actos que por la presente ley, el reglamento notarial o el estatuto no quedaren expresamente reservados a la Asamblea.
- b) Dictar resoluciones de carácter general o especial que tengan por objeto interpretar o aclarar disposiciones contenidas en esta ley y en el reglamento notarial para su mejor aplicación y cumplimiento.
- c) Dictar el reglamento de actuaciones sumariales.
- d) Administrar los bienes sociales, autorizar los gastos, nombrar y remover empleados, fijar sus sueldos y funciones. Deberá recabar autorización de la Asamblea para adquirir, enajenar, permutar o gravar bienes inmuebles, hacer o aceptar subsidios y donaciones, contratar préstamos o contraer obligaciones que no sean las ordinarias de la administración.
- e) Crear comisiones internas, permanentes o transitorias, de asesoramiento y colaboración, establecer el número de sus miembros y designar sus integrantes.
- f) Designar representantes para el cumplimiento de misiones o funciones que el Consejo Directivo resolviere delegar, como también para intervenir en reuniones, jornadas y congresos nacionales e internacionales, y fijar el reembolso de gastos y viáticos que correspondieren.
- g) Instituir becas de estudio y perfeccionamiento científico, con cargo al beneficiario de hacer aprovechable al notariado la formación e información que recibiere con tal motivo.
- h) Resolver todo asunto no previsto en la presente ley y el reglamento notarial con cargo de dar cuenta a la asamblea si su importancia lo requiriere. Si por cualquier causa quedare desintegrado el Consejo Directivo y no fuere posible obtener quórum con la incorporación de los suplentes, los miembros actuantes, cualquiera fuere su número, asumirán el gobierno de la institución al solo efecto administrativo y para citar, dentro de los cuarenta y cinco días, a una Asamblea General, que deberá designar íntegramente un nuevo Consejo Directivo.

El Consejo Directivo dictará el Reglamento de ética. En él se determinarán

las normas que, en ese plano, se ajustará la conducta de los escribanos y las que precisen la composición y actuación del Tribunal competente en el juzgamiento de tal conducta (ley 404, artículo 138).

11. Obligaciones de los escribanos. Colegio de Escribanos. El fondo de garantía

La Ley 22.171 incorporó en el derecho positivo notarial, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el llamado "Fondo de Garantía", constituido por aportes que efectúan los escribanos de esa demarcación.

La ley 404 en el artículo 158 dice:

Créase un fondo fiduciario de garantía constituido por el aporte de los escribanos de registro, titulares, adscriptos, subrogantes, interinos y autorizados y por las rentas que produzca su inversión en los sistemas financieros redituables del Estado, que será administrado por el Colegio de Escribanos y dispuesto por éste en favor de sus eventuales beneficiarios. Dicho fondo responderá por las obligaciones de los escribanos en forma subsidiaria, después de haberse hecho excusión de los bienes del deudor principal y de pagada la indemnización del seguro de responsabilidad, si lo hubiere, en los siguientes casos:

- a. Por los daños y perjuicios causados con motivo de actos realizados en el ejercicio de la función notarial, siempre que existiere sentencia firme condenatoria y que el organismo administrador del fondo de garantía hubiere sido citado como tercero; dicho organismo estará autorizado para transigir.
- b. Por el incumplimiento de las leyes fiscales en los casos en que actúen como agentes de retención.

En los casos de los incisos precedentes se subrogará en los derechos del acreedor y reclamará el reintegro correspondiente.

Sólo podrá ser citado a juicio por la parte actora.

El fondo de garantía sólo responderá, en cada caso, hasta una suma que no exceda el cincuenta por ciento de los fondos que lo integren. En los casos en que la suma requerida excediere esa proporción, la obligación de pago del fondo de garantía se agotará con la entrega de la suma que a ese momento equivalga a la mitad de aquellos fondos. Si a posteriori se recompusiere, el nuevo fondo no podrá ser aplicado al pago de las obligaciones que lo hubieren consumido.

Excepto en los casos previstos en este artículo, el fondo de garantía será inembargable.

El tema es controvertido y ha dado lugar a decisiones contradictorias, que si bien se tomaron en aplicación de la Ley 12.990, no variarían con la normativa de la Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires.

En un interesante fallo, la Cámara Nacional se pronunció sobre la responsabilidad del Colegio de escribanos:

“El espíritu de la Ley de notariado 22.171 es tuitivo en cuanto asegura a quienes recurren a un escribano confiando en su condición de oficial público, que no puede asimilarse al funcionario público, sino al profesional que cumple tareas de naturaleza pública. La entrega de dinero para constituir un mutuo hipotecario no puede analizarse bajo una caracterización jurídica de mandato o depósito, sin perjuicio de la redacción de los recibos respectivos, pues lo que interesa es labrar la escritura pública pertinente que asegurará a los actores el resguardo de su dinero, el cual aparece protegido por el respaldo profesional de un escribano de registro. La recepción del dinero perteneciente a los actores por parte del escribano compromete la responsabilidad del Colegio de Escribanos, pues es éste el órgano encargado de velar por el decoro profesional, por la mayor eficacia de los servicios notariales y por el cumplimiento de los principios de ética profesional, según lo dispuesto en el artículo 44, inc. c) de la ley de regulación de funciones del notariado 12.990”²³.

La misma Cámara en otro fallo resolvió liberar de responsabilidad al Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante la actividad particular de un escribano matriculado.

“Es un caso jurisprudencial —en que se había entregado dinero a cambio de una simple constancia del escribano— se discutía la responsabilidad del Colegio de Escribanos de la Capital Federal por negligencia en el control del notario y la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función para la que fuera designado, concluyendo el tribunal que el hecho de entregar fondos a un escri-

²³ Publicado en LL 1999-B. Fallo 98.609, CNCiv, Sala K, julio 1-997, “Giménez Aubert, María S. C. C. N. S.”.

bano para colocaciones financieras, escapa a la función pública de autenticidad que le incumbe específicamente como funcionario (CNCiv, Sala B, 11/6/75, LL 1976-A-321). El fundamento legal tuitivo basado en la confianza que despierta la condición de oficial público del notario y el manto protector que ello significa, o la obligación del Colegio de Escribanos en cuanto a velar por la ética o el decoro del cuerpo, en mi opinión no son suficientes para extender toda responsabilidad civil al Fondo de Garantía. No se trata de liberar al Colegio de Escribanos de una honrosa obligación ética interpretando el párrafo referido a ‘actos realizados en ejercicio de la función notarial’ como si se tratara de una isla, como sugiere el indicado precedente, en atención al pertinente contexto legal. Evidentemente, el caso difiere de otro en el cual se decidió que el Fondo de Garantía era responsable, mas se había falsificado la firma del deudor en una escritura. Pues es incontrovertible que habiéndose confeccionado la escritura de hipoteca, jamás puede decirse que la falsificación de la firma en ella contenida escapa a la función de autenticidad que incumbe al escribano público. Allí, se ponderó que debe responder el Fondo de Garantía subsidiario de responsabilidad del artículo 15 de la Ley 12.990 —modif. por Ley 22.171— por el daño causado al actor debido a la apropiación de dinero entregado al escribano, mediante una maniobra realizada en cumplimiento de su función notarial como es el otorgamiento de la escritura de constitución de un mutuo con garantía hipotecaria —en el caso falsificó la firma del presunto tomador del préstamo— y aun cuando ese dinero haya sido recibido para una colocación financiera ajena a la función notarial (CNCiv, Sala I, 4/2/02, Responsabilidad civil y seguros, 2002-713). Justamente, se hizo la distinción en este supuesto, diciendo que ‘aun cuando la escribana haya recibido el dinero para una colocación financiera, tarea ajena a la función notarial, lo cierto es que los daños que se reclaman derivan de la apropiación de ese dinero mediante la maniobra de falsificar la firma de la presunta tomadora del préstamo en una escritura de mutuo con garantía hipotecaria que se le habría encomendado. Y el otorgamiento de tal escritura, de más está decirlo, es función propia del escribano de registro. Ello en tanto según la Ley 12.990 éste es el funcionario público instituido para recibir y redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes y en los casos que ellas autoricen, los actos que le fueran encomendados. Sólo a él compete el ejercicio del notariado (artículo 10); estableciendo asimismo que las escrituras públicas y demás actos podrán ser autorizados por los escribanos de registro (artículo 12). Cualquiera sea la posición que se adopte sobre el carácter de funcionario del escribano, la fundamental función de fedatario es la que le atribuye el Estado y

la razón de ser de su existencia como tal. Lo menos que puede pedir la seguridad que requiere el tráfico, es que las firmas que obran en un protocolo notarial sean auténticas de quien aparece como compareciente; y si se aceptara que una firma no auténtica escapa o es ajena a la función de autenticidad como lo pretendía en ese caso el Colegio de Escribanos, nada ingresaría en tal concepto. Pero no es el caso de autos donde no hubo escritura alguna que se llevara a cabo. Un mero recibo otorgado por un escribano no pone en juego su función fideifaciente o fedataria. Innegablemente, la función notarial es unitaria aunque comprenda varios pasos, pues la prestación es compleja, coexistiendo con la labor fedante o autenticadora, tareas de asesoramiento, de creación y elaboración jurídica, de recopilación de antecedentes y certificaciones, de confección de instrumentos, de conservación y custodia de los actos y contratos que autorice y del protocolo, de expedición de testimonios, copias, certificados y extractos de escrituras o de sus traslados agregados, de exhibición de protocolos dentro del marco del secreto profesional, de inscripción de documentos' (Highton de Nolasco, Elena Inés, "Responsabilidad del Estado por los escribanos", LL 1977-C-953; Pelosi, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, 1980; Savransky, Moisés Jorge, *Función y responsabilidad notarial*, Buenos Aires, 1962; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los escribanos", en Bueres-Highton, *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. IV-B, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 721/778; Orelle, A., "Responsabilidad civil de los escribanos", en Bueres-Highton, *op. cit.*, pp. 778/866; Albertus, Mónica A. y otros, "Responsabilidad profesional o disciplinaria del notario", *Revista del Notariado* 813-357; Lloverás de Resk, María Emilia, "La responsabilidad civil del escribano público", ED 105-916; Compagnucci de Caso, Rubén, "Responsabilidad de los escribanos", LL 1999-B-16; Solari Costa, Osvaldo, "Responsabilidad del Colegio de Escribanos por la actuación de sus colegiados", LL 1999-B-575). Pero todos estos quehaceres están relacionados de medio a fin con una función documentadora-jurídica-fedataria, que no incluye recibir anticipadamente el dinero que deben pagarse las partes en el acto negocial. El depósito en manos del escribano de una suma para una futura inversión hipotecaria –sin entrar a juzgar si se trata o no de una intermediación financiera o si tal actividad es o no lícita, pues no hace a la solución del caso– es extraña a esta función documentadora-jurídica-fedataria. El escribano toma el dinero bajo su responsabilidad personal y no funcional, no siendo óbice que el recibo esté suscripto por el mismo escribano y extendido en papel con membrete. El acto jurídico a llevarse a cabo se realiza entre mutuante y mutuario o entre

comprador y vendedor, contrato que pasa ante el notario, no apareciendo tampoco este profesional –en su caso– entregando el dinero que ya tenía en su poder. En el acto notarial, el deudor recibe el dinero de manos del acreedor, o el vendedor de manos del comprador, jamás del escribano. En consecuencia, entiendo que cabe admitir el recurso y revocar la condena al Colegio de Escribanos de la Capital Federal con o administrador responsable del Fondo Fiduciario de Garantía²⁴.

11.1. Ilícitos: fondo de garantía; responsabilidad; extensión naturaleza.

No se advierte que la responsabilidad civil emanada del Fondo de Garantía del Colegio de Escribanos de la Capital Federal resulte incompatible con la conducta dolosa de un escribano, sino, en todo caso, conocer si ha incurrido en ella con motivo o en ocasión de su función notarial que también comprende a aquellos supuestos en los cuales la labor desarrollada ha dado motivo u ocasión para cometer el acto. Obviamente que cualquier función no es por naturaleza dolosa, pero no son compartimientos estancos ni excluyentes en tanto guarden, además, relación causal con el hecho delictivo cometido.

El notario no puede limitarse a dar forma a los actos pasados ante su registro, sino que debe ilustrar a las partes acerca de los alcances del negocio, de su conveniencia, inconveniencia, etc., tratándose de un deber secundario de conducta del escribano de asesoramiento de las partes que forma parte de la llamada tarea notarial documentada... La función de asesoramiento también integra la función notarial y ello no sólo desde las formas extrínsecas del instrumento sino también en cuanto al contenido, conveniencia, oportunidad, etc., para realizar el acto. ...La entrega de dinero para cancelar o constituir un mutuo hipotecario no es un acto particular de un escribano ajeno a su función cuando ello se realiza con el propósito de labrar una escritura pública –en el caso la adquisición del inmueble por la actora una vez cancelada la deuda hipotecaria– porque es mediante ese acto que se asegura a la actora el resguardo de su dinero que aparece protegido por el respaldo profesional de un escribano de registro. ...Debe responder el Fondo de Garantía del Colegio de Escribanos de la Capital Federal por la conducta del ex

²⁴ "G. c. P. M. y otro s/daños y perjuicios". 15/8/2003, CNCiv, Sala F.

notario quien escrituró el inmueble que pertenecía a la actora desprendiéndola de su dominio con el fin de que adquiriera, cancele la hipoteca de otro bien y efectúe la escritura del mismo, en pleno conocimiento de que ello no podía ser posible pues trasladó otros gravámenes sobre el mismo mediante la celebración de documentos notariales. ...La modificación efectuada a la ley 12.990 reformó el sistema de garantía previsto con anterioridad que imponía una fianza de carácter individual. No se está frente a una responsabilidad solidaria, sino subsidiaria: después de haberse hecho excusión de los bienes del deudor principal, además de contemplar la subrogación en los derechos del acreedor para reclamar el reintegro correspondiente²⁵.

Se resolvió por jueces de la Cámara Nacional Civil en autos: "Martínez, Nelly Aída c/ Di Fonzo, Alejandro Antonio s/ interrupción de prescripción (artículo 3986 C.C.), al realizar un exhaustivo examen de las normas legales que rigen la actividad notarial para llegar a lo dispuesto por el artículo 158 de la ley 404, que establece la responsabilidad del Fondo de Garantía por los daños y perjuicios causados con motivo de actos realizados en el ejercicio de la función notarial, señaló que:

[...] la inserción de las expresiones destacadas permitía abarcar otras situaciones como ciertos actos ilícitos intencionales que pueden estar tan razonablemente conectados con el empleo como para estar dentro de su "incumbencia" (Prosser y Keeton, *On torts*, 5a. ed., 10a. reimp. 2004, St. Paul, Minn., p. 505) o que tienen una relación necesaria con la función del dependiente (Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 2a. ed., París, 1982, p. 699, n° 1291). ...La diferencia existente entre la obligación concurrente entre el principal y el dependiente y la responsabilidad refleja del primero por los actos del segundo por actos cometidos en ejercicio o en ocasión de la función, de la obligación subsidiaria entre el Colegio y el escribano, no obstante lo cual consideró que la función de garantía del principal por el dependiente es similar a la que le corresponde al Colegio de Escribanos por el notario que incumple con sus obligaciones, motivo por el cual el alcance del citado artículo 158 podía ser interpretado a la luz del bagaje doctrinal que estudia la norma del artículo 1113 del Cód. Civil. ...En tal sentido el motivo del daño debe ser el ejercicio de la

²⁵ CNCiv., Sala K, 12/11/2007. - I., D. B. c. C. O., E. L. s/daños y perjuicios - Resp. Prof. Escribanos - [ED, (17/04/2008, n° 11.988)].

función y no la función misma. El acto dañoso debe ser concebido como integrando la esfera aparente de la incumbencia para responsabilizar al fondo de garantía. ...En cambio, el ser escribano y estar ejerciendo la función notarial –en la factura de la escritura misma– se encuadra indudablemente en el ejercicio de la función y es por eso que el fondo debe responder por los daños y perjuicios causados con motivo del ejercicio de esa función notarial²⁶.

11.2. Cofre fedatario del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Según lo establecido por el artículo 29 del Dec.-Ley 9020/78, el notario, para tomar posesión de sus funciones, deberá "Afianzar el cumplimiento de sus obligaciones por el monto, en la forma y de acuerdo con la reglamentación que dicte el Consejo Directivo" (inc. II pto. 3) y "La fianza cubrirá la responsabilidad disciplinaria fiscal y civil del notario. El Colegio se constituirá en fiador oneroso de sus colegiados sin beneficio de excusión y hasta el monto de la fianza, por intermedio del cofre fedatario de responsabilidad, cuyo capital se formará con los aportes de los fiados, con la partida prevista por el artículo 7°, inc. h) de la ley 6983 y con los demás recursos que establezca el Consejo Directivo" (inc. III).

La jurisprudencia ha resuelto que: El monto del embargo ordenado sobre los fondos del Cofre Fedatario del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, conforme los términos del artículo 29 de decreto-ley 9020 que dispone el carácter de fiador oneroso del Colegio, deberá circunscribirse al establecido por el Consejo Directivo de la entidad²⁷.

12. Jurisprudencia agrupada de la Corte Suprema sobre Colegios profesionales

12.1. Sobre la materia, la Corte dijo en el caso "Colegio de Médicos II Circ. Santa Fe c. Sialle", 8/4/57:

²⁶ CNC, Sala E, F., I. I. v. S. de J., F. 2.10.2008.

²⁷ CCiv. y Com. Morón, Sala II, 10/07/2008, "Trabbia, Alberto Carlos y otra c. Munzón de Bellia, Marta y otro", LLBA octubre 2008.

"[...] en lo esencial los CC.PP. son personas jurídicas públicas, integran la acción gubernativa, las leyes les atribuyen competencias, las provincias tienen facultad para reglar y limitar el ejercicio de profesiones mediante leyes, pueden imponer la afiliación obligatoria a un Colegio y éstos pueden ejercer el control, intervenir en la retribución razonable y adecuada, en la ética y aun la elevación en el nivel del ejercicio" (Fallos 237:397).

12.2. La CSJN ratifica la doctrina del fallo anterior en 26/6/86: "Ferrari c. Nación Argentina" pero agrega:

"[...] que es admisible la delegación en organismos profesionales del control del ejercicio regular de las graduaciones y ejercer un régimen adecuado de disciplina; el hecho de que los CC.PP. tengan rasgos que pueden encontrarse en asociaciones civiles o gremiales no basta para basar la razón de la pertenencia a un régimen de derecho común".

12.3. El 18/2/97: "Cadiou c. Nación Argentina".

"Antes de comenzar otros enfoques debe ponerse de relieve que los CC.PP. actúan jurídicamente emitiendo actos públicos en variados campos. Básicamente sobre la matriculación o su denegatoria, la potestad de imponer contribuciones obligatorias y el ejercicio del poder disciplinario [...]".

12.4. El caso Ferrari (Fallos 308:987) es el más explícito sobre el sometimiento *ope legis* del profesional propio del derecho policial y no el voluntario que corresponde al acto asociativo. La sujeción *ope legis* es la usual posición del administrado frente a las potestades públicas y se exhibe en todas las reglamentaciones del artículo 14 CN.

"Es plausible someter a los pares los aspectos éticos y técnicos del ejercicio de las distintas profesiones, problema éste a cuyo respecto sólo cabe argüir razones de conveniencia y oportunidad, más no, con propiedad, de invalidez constitucional" (Fallos 233:205).

12.5. La doctrina se reitera en otras oportunidades.

"Están en mejores condiciones para ejercer la vigilancia permanente e inmediata, porque están directamente interesados en mantener el prestigio de la profesión y se les reconoce autoridad para vigilar la conducta ética en el ejercicio de la misma" (Fallos 237:397).

12.6. Los Tribunales éticos integrados por el voto democrático de los pares, por su especialización y la experiencia profesional de sus miembros son los únicos que se encuentran habilitados para precisar qué es propio o impropio del desempeño de graduaciones. La naturaleza de los servicios señalados no podría nunca ser resultado originariamente por tribunales de derecho por cuanto estarían librados a la opinión individual de uno o un par de peritos, que a lo sumo podrían expresar en gran parte su experiencia personal pero nunca la que resulta del gobierno de la profesión y del manejo integral de la vigilancia y el control.

12.7. La actividad técnica de los Colegios profesionales, también destacada por la CSJN, se advierte en las profesiones cuyos actos surgen efecto inmediato respecto de terceros. Para esos casos suelen establecerse normas específicas, cuyo incumplimiento hace caer en falta al profesional matriculado, es decir, se trata de reglas instituidas por la propia naturaleza del servicio y para la protección del mismo.

12.8. El análisis de los fallos permite concluir:

- a) El régimen de reglamentación de profesiones y de colegiación es una de las expresiones del ejercicio del poder de policía estatal.
- b) Los Consejos o Colegios profesionales son personas jurídicas públicas no estatales.
- c) Las leyes les han atribuido un poder de policía del Estado.
- d) Ejercen potestades públicas que habilitan a establecer contribuciones forzosas, denegar admisiones a la matrícula y ejercer poderes disciplinarios. No constituyen asociaciones ni sus matriculados tienen vínculos de asociados sino que, como en las demás expresiones estatales, están sometidos *ope legis*.

- e) Integran la gestión gubernativa del Estado.
- f) Dictan actos jurídicos públicos en ejecución de las potestades delegadas y actos jurídicos privados en sus demás relaciones jurídicas.
- g) Pueden dictar actos generales de cumplimiento obligatorio salvo que sean objeto de impugnación judicial.
- h) Pueden cumplir actividades que exceden el marco del poder de policía pero, en tal caso, nacen de relaciones jurídicas voluntarias sujetas al derecho privado.
- i) Cuentan con legitimación procesal para actuar administrativa y judicialmente en sus funciones de policía.
- j) La actuación de los CC.PP. en su función consultiva no compromete la opinión de cada uno de sus matriculados.

13. Deontología notarial

13.1. Concepto

La deontología notarial es "la ciencia que estudia el conjunto de deberes morales, éticos y jurídicos con que debe ejercerse la función" para alcanzar los fines de lo que debe ser. La deontología se nutre de dos vertientes: el derecho y la moral.

La palabra "deontología" no sustituye a la de "ética" —parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones de los hombres— ni "moral" —relativo a las acciones o caracteres de las personas desde el punto de vista de la malicia o la bondad—.

El estudio de la deontología juega el papel de un discurso de moral en la medida en que recomienda conductas, e incorpora la dimensión moral a la actividad del hombre de derecho y específicamente a su conducta profesional.

Ethos significa el comportamiento consciente del hombre para el que él mismo autodetermina su manera propia de ser, por la que se distingue de todos los demás animales.

Hay que distinguir el *ethos* de la ética. Ésta es la ciencia del *ethos*. Es la doctrina de las costumbres que tiene como objeto explicar la significación de los conceptos éticos, la esencia de la moral.

Desde los antiguos griegos hasta nuestros días, ha sido permanente la necesidad del ser humano de encontrar o definir qué pautas de comportamiento

debemos seguir los seres humanos y mucha tinta ha corrido, por papiros y papeles, intentando a través de la ética zanjar la discusión.

Todas las actividades del ser humano requieren de ciertas reglas de comportamiento y por ello se buscan sistemas normativos o axiológicos que indiquen cuál es el comportamiento esperable de una persona en determinado lugar ante determinado cuadro de situación.

La ética es un análisis de los valores, de criterios de discriminación cualitativa y de sistemas de creencias.

Todos necesitamos formas de distinguir lo bueno de lo malo, lo correcto de lo incorrecto y lo justo de lo injusto. La utilidad de la ética general pasa más por descubrir qué tipo de reglas pueden ser formuladas de modo tal, que sirvan de guía universal para todo aquel que, ante una situación única e irrepetible, tenga mecanismos que le permitan evaluar cuál ha de ser la mejor actitud a adoptar. Desde esta visión se necesitan reglas que le permitan a la persona que se encuentra ante situaciones imprevisibles o especiales, orientarse y descubrir cuál es la actitud que debe adoptar para comportarse éticamente.

Aristóteles pensaba que la finalidad de la ética es brindar medios para producir la real y profunda felicidad humana, para cada uno de nosotros individualmente y para todos en general. Es la búsqueda directa o indirecta de "valor" para conseguir la felicidad para cada individuo y para la sociedad en su conjunto. Los seres humanos, somos responsables de ser éticos.

Según la teoría de Kant el ser humano no tenía la capacidad (ni heredada, ni de adquirir) de trabajar por el bien, por ello la única forma de que la sociedad pueda sobrevivir es con reglas impuestas por una autoridad legitimada que rijan nuestras costumbres. Las reglas morales pasan así de ser secundarias como en el modelo aristotélico, a ser indispensables y absolutas. Estableció lo que llamó el imperativo categórico que dice así: "Actúa sólo conforme a una máxima que puedas al mismo tiempo desear que se convierta en ley general" o "Actúa como si la máxima de tu acción fuera a convertirse por tu voluntad en una ley natural general".

La ética de Aristóteles sin duda es más comprometida y requiere de un esfuerzo cotidiano y permanente. Uno debe estar buscando oportunidades de crear valor, de mejorar la calidad de vida de los otros²⁸.

²⁸ Véase sobre el tema Ética notarial, Cosola Sebastián, *Los deberes éticos notariales*, ed. Ad hoc, Buenos Aires, 2008.

Sólo el camino de un comportamiento correcto, logrado con una buena educación cívica y moral, acentuará las virtudes, orientándonos e integrándonos dignamente al ejercicio profesional.

“Cuando el hombre asume una conducta con relación a Dios, las normas de esa actitud pertenecen a la religiosidad. El incumplimiento de esas normas o su infracción, es el pecado, en grado de capital o venial.

Quando el hombre adopta una conducta con relación a otro hombre —impuesta por la ley a la costumbre, con carácter de obligatoriedad exigible, la relación es jurídica. El incumplimiento es la sanción punitiva, en el derecho penal o bien la nulidad en el derecho privado o el restablecimiento del derecho desconocido.

Quando el hombre adopta una conducta de relación con otro individuo que no tiene carácter coercitivo, estamos en presencia de una norma social.

Finalmente, el hombre, en su actividad social, asume una conducta de ayudar o no impedir o no dañar el quehacer de los otros componentes del grupo...

Así, oímos decir, con razón, que en toda norma jurídica hay un principio ético y, por tanto, puede elaborarse la afirmación de que, en general, la conducta humana para ser armoniosa debe compartir los principios de cada conducta descrita aunque no siempre esto se logra, porque precisamente no son iguales”²⁹

Una conducta ética, entonces, debe considerarse como requisito de idoneidad de las personas que deseen acceder a la función pública notarial o continuar en ella, caso contrario se pondría en peligro la naturaleza misma de aquélla.

13.2. ¿Por qué es importante la ética en el escribano?

En el ejercicio de la función el notario puede cometer faltas por acción u omisión. Hay actividades cuyo producto resulta indiferente a la ética, como por ejemplo, las de un escultor, un poeta; en cambio el ejercicio de la función notarial no puede ser ajeno a la ética, así como tampoco la de un juez o la del abogado y otras profesiones.

Max Weber advierte que:

²⁹ Arata, R. M., *Ética Notarial*, Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1974, p. 13

“El problema de la ética es que hay dos criterios morales que obligan a quienes deben tomar una decisión con sentido ético a escoger uno de los dos o buscar un equilibrio entre ambos. Si tomamos la decisión sin considerar las consecuencias, obramos conforme la ética de la convicción; por el contrario, si las consideramos, obramos conforme la ética de la responsabilidad [...] Quien actúa conforme a la ética de la responsabilidad toma en cuenta todos los efectos del hombre medio. Como dice Fichte, no tiene ningún derecho de suponer que el hombre es bueno y perfecto y no se siente en situación de poder descargar sobre otros aquellas consecuencias de su acción que él pudo prever. Se dirá siempre que esas consecuencias son imputables a su acción. Por el contrario, quien actúa según la ética de la convicción sólo se siente responsable de que no flamee la llama de la pura convicción, de la protesta contra las injusticias del orden social”³⁰.

La pregunta es: ¿a cuál debe responder el notario? Sólo debemos reflexionar sobre el papel que éste desempeña dentro de la sociedad para llegar a una conclusión. La formación y autorización de documentos que instrumentan actos o negocios jurídicos, y la fijación y comprobación de hechos previos al asesoramiento, calificación, legalización y legitimación, son propios de la función notarial en beneficio de la seguridad jurídica en las relaciones privadas en la sociedad. Es de la esencia de la función notarial la potestad que tiene el notario de “dar fe”, que se refleja en el mandato legal de que el hecho auténtico debe ser tenido como verdadero hasta la argución de falsedad civil o penal. Fe pública es sinónimo de verdad absoluta.

En ocasión del *VIII Congreso Internacional del Notariado Latino*, S.S. Paulo VI envió un mensaje breve pero con alabanzas hacia el oficio, encareciendo la necesidad de la formación notarial para el eficiente desempeño del profesional. “De ahí que vuestra fidelidad a la verdad —dice— vuestra actitud de obsequio a los preceptos y ordenanzas de derecho positivo, vuestra tensión espiritual a la búsqueda de la justicia y la equidad trascendentes, deben ir vivificadas por la ley suprema del amor. Cuando el derecho y la justicia se inspiran en él, dejan de ser una cosa fría y mecánica; cuando las leyes y prescripciones humanas se consideran a la luz de la Ley Eterna del amor, de la que deben ser un destello y aplicación concreta, el campo del derecho adquiere calor, sentido y dinamismo insospechados. ¿Cuántas veces desde vuestro estudio podéis devolver la paz

³⁰ Weber, M., *El político y el científico*, Madrid, ed. Alianza, 1967.

a las familias, apagar rencores, arreglar pleitos, defender patrimonios, evitar dispendios en litigios inútiles, tutelar a los débiles morales y materiales?”

Toda vez que la función del notario es proporcionar seguridad jurídica, cuando el público acude al notario es porque busca la certeza y la estabilidad en sus transacciones.

“En primer lugar, el notario sirve al Derecho³¹. Esta afirmación supone un sacerdocio sometido a rígidas conductas, en las que aparecen, como condiciones indispensables, conocimientos profundos de la ciencia del Derecho [...] Reclama una clara conducta ética, porque el desempeño de la función lo requiere como fiel intérprete de la voluntad jurídica que recibe. Se puede alterar esta interpretación por no estar preparado científicamente –por ignorancia– o por razón dolosa, en cuyo caso se está incurrido en infidelidad [...] La función notarial nace bajo el signo de la confianza, tanto que, como los otros sacerdocios que sirven al Derecho, pareciera que ésta –la confianza– es la gran razón de su existencia”³².

Quien carezca de moral, con su inmoralidad generará la baja estima de nuestra profesión, lo que hará pagar un costo muy caro al cuerpo notarial. Por ello el ejercicio funcional tiene que estar en manos de los ciudadanos más veraces, honestos, probos, idóneos y rectos de la sociedad.

La ética particular de un grupo se impone como principio normativo universal de todo comportamiento humano, y a través de una mística colectiva se transfiere a los miembros de la colectividad entera, excediendo el marco para el cual fue creada.

La responsabilidad es una idea complementaria del concepto de deber u obligación; la falta de ética apunta a una conducta disvaliosa, amoral, reprehensible o censurable. La violación a los principios éticos mediante actitudes que vulneran la dignidad y el prestigio en el ejercicio de la función son fuente de las conductas que deben ser pasibles de juzgamiento y sanción.

³¹ Lavandera dice: “El Notario es la Magistratura de la jurisdicción voluntaria que, con autoridad y función de justicia, aplica la ley al acto jurídico que se celebre en esta esfera con la conformidad de las partes, declarando los derechos y obligaciones de cada uno; lo aprueba, legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento en el proceso documental”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1917.

³² Arata, *op. cit.*, p. 47.

13.3. Valores del notario

La prestación del servicio demanda dedicación y capacitación constante y la práctica de grandes virtudes.

El notario se compromete y obliga a ejecutar correctamente las etapas del proceso formativo autenticante que desembocan en el opus notarial. Para el cumplimiento de su objetivo son indispensables valores subjetivos como:

- a) La probidad, elemento esencial para la convivencia humana.
- b) La imparcialidad. “Se es notario de las partes”. La imparcialidad es una de sus más salientes características y uno de los elementos que coadyuva a obtener seguridad y certeza jurídica
- c) Respeto a la verdad de los hechos, la libertad de las personas y sus opiniones, orientándolos dentro de las normas jurídicas aplicables
- d) Sentido de responsabilidad que lo lleva a proceder con lealtad, con probidad y con verdad, libre de toda influencia.
- e) Independencia.

Sin los valores subjetivos no podremos contribuir a los valores absolutos de justicia, orden y seguridad jurídica esenciales para un Estado de Derecho³³.

13.4. Faltas de ética

Constituyen en general faltas de ética, los actos que afecten el prestigio y el decoro del cuerpo notarial o que fueren lesivos a la dignidad inherente a la función, o que empañen el concepto de imparcialidad propio de la actividad notarial, o que importaren el quebrantamiento de las normas de respeto y consideración que se deben los notarios entre sí.

La ética no es un concepto estático, sino que va sufriendo la metamorfosis de las propias conductas humanas adaptadas al lugar y a la época.

Distintas conductas vinculadas a la competencia desleal que pueden destacarse como las más comunes son:

- a) La participación indiscriminada de honorarios, como así también la utilización de gestores, corredores o martilleros públicos para captar intervenciones

³³ Villalba Welsh, A., “El derecho notarial a la luz de la teoría egológica”, *Separata de la Revista Internacional del Notariado*, Buenos Aires, 1966.

notariales. No debe ser considerada una conducta no ética la participación de honorarios con otros notarios que hayan intervenido, aunque en etapas distintas, en la gestión del negocio jurídico.

b) Debe respetarse el principio de libertad que tienen los requirentes en la elección del notario interviniente, derecho que además tiene la contrapartida de atribuir al requirente responsabilidad en eligiendo respecto de las consecuencias dañosas que pudieran resultar de esa elección.

c) La intervención notarial impuesta por entidades financieras o bancarias representa una excepción a este principio. Excepción que llevada al extremo de obligar al o a los requirentes a extender esa intervención a actos simultáneos, debe ser entendida como una conducta no ética hoy con consagración legislativa³⁴.

d) El cobro de honorarios debe responder al arancel. Dejamos a salvo los casos especiales de rebajas de arancel generados por deberes de amistad, de personas de bajos recursos y de instituciones de bien público, las rebajas arancelarias en bancos tanto oficiales como privados en préstamos especiales. Reprobamos la rebaja arancelaria indiscriminada que se hace para captar clientes. Un notariado económicamente independiente, que tenga asegurado sus ingresos, permite la capacitación técnica y científica y garantiza la imparcialidad, para la excelencia de los servicios brindados a la comunidad.

e) La intervención personal y directa de un escribano en el ajuste de honorarios que corresponda a un colega, salvo que actuare como mediador.

f) El ofrecimiento público de gestiones e intervenciones extrañas a la actividad notarial.

g) La violación del secreto profesional.

Todo lo expuesto protege valores esenciales para la organización notarial.

14. Jurisprudencia agrupada sobre responsabilidad disciplinaria

14.1. La inhabilitación perpetua en la ley provincial

La Suprema Corte de Buenos Aires dijo:

"Los límites y estrictas exigencias que el decreto-ley 9020/78 de Buenos Aires

³⁴ Véase Ley 25.093.

impone al ejercicio de la profesión notarial, lejos de ser arbitrarios o desnaturalizar el derecho constitucional de trabajar, guardan adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, y la justificación de sus disposiciones (entre ellas el artículo 32 impugnado de constitucionalidad) radica en la especial naturaleza de la profesión de que se trata, ya que la facultad que se atribuye a los escribanos de dar fe a los actos y contratos constituye una concesión del Estado que no existe en las restantes profesiones. El artículo 32 inc. 5 del decreto-ley 9020/78 de Buenos Aires debe ser declarado inconstitucional en términos del artículo 149 inc. 1 de la Constitución de la Provincia en cuanto establece, contrariando los artículos 9 y 44 de la citada Constitución, la inhabilitación perpetua y definitiva impugnada, puesto que dicho artículo desconoce valores personales que están más allá de cualquier profesión (la capacidad de recuperación frente al mal, la amplitud de posibilidades de regresar al bien rectificando y superando cualquier error anterior) al establecer una inhabilitación perpetua y definitiva en los supuestos que indica, más allá del plazo de una condena penal para el ejercicio de funciones notariales" (Disidencia del Dr. Negri)³⁵.

14.2. Límites y exigencias de la reglamentación

"El escribano como funcionario público sólo actúa como tal cuando pasa o celebra actos por ante su protocolo (artículo 907 CC) y en tales supuestos de acuerdo con la doctrina del artículo 1112, Cód. cit., es necesario que concurren para establecer su responsabilidad los requisitos que la ley exige en los artículos 1066 y 1067"³⁶.

"Los límites y estrictas exigencias de la reglamentación del ejercicio profesional notarial se justifican por su especial naturaleza, porque las facultades que se atribuyen a los escribanos de dar fe a los actos y contratos constituyen una concesión del Estado otorgada por la calidad del funcionario público y lejos de ser arbitrarias o desnaturalizar el derecho constitucional de trabajar, guardan adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido"³⁷.

³⁵ SC Buenos Aires, junio 18-991, "R. de G. M.S.", DJ 1992/2/396.

³⁶ CNacCiv, Sala B, 23/7/81, "Álvarez Pereira, Manuel A. c. López Méndez, Oscar", JA 1982-III-51.

³⁷ 7580CS agosto 13-992, Col. Esc.

14.3. Diferente naturaleza entre las sanciones penales y las disciplinarias

“Respecto al poder sancionatorio que el Tribunal de Superintendencia Notarial tiene sobre los escribanos a raíz de su mal desempeño en la función, las sanciones disciplinarias son de distinta naturaleza que las penales, ya que el pronunciamiento administrativo es independiente del penal en razón de ser distintas las finalidades perseguidas y los bienes jurídicos tutelados en cada uno de ellos”³⁸.

14.4. Ausencia de perjuicio y la sanción disciplinaria

En el tratamiento de la responsabilidad del escribano carece de importancia la existencia o no de mala fe, dado que la inconducta se constituye por el solo y objetivo hecho del incumplimiento de normas legales expresas que encuadran el ejercicio del notariado. Además, la buena fe es un presupuesto común a todas las personas que, en el caso específico de los escribanos, se prueba por la plena observancia de las normas legales y reglamentarias. Acerca de la necesidad de que exista perjuicio por el accionar del escribano, el concepto de perjuicio se refiere con exclusividad al campo de la responsabilidad civil o penal del escribano, pero no tiene relevancia en materia profesional o disciplinaria, donde sólo se analiza su correcto ejercicio.³⁹

14.5. Pena de destitución. Planteo en la Corte Suprema

La Corte Suprema ha dicho en relación con la pena de destitución aplicada a un escribano:

“No cabe prescindir de la debida consideración de la conducta reprochada al escribano, de sus antecedentes personales y profesionales y de las concretas

³⁸ CS agosto-13-992, Coleg. Esc., *DJLL* 1993-2-250.

³⁹ CNCiv, Trib. de Sup. del Notariado, c. 734/80 del 26/6/81; *id.* c. 373/80 del 11/8/81; *id.* c. 529/81 del 30/11/81; *id.* c. 278/83 del 30/12/83; *id.* c. 659/80 del 16/4/84; *id.* c. 554/85 del 5/2/86.

implicaciones que las faltas cometidas tuvieron sobre el tráfico jurídico que la función notarial tiene en mira asegurar, toda vez que por configurar la pena una cuestión de la mayor gravedad contemplada en la ley 12.990, su aplicación necesariamente debe limitarse a aquellos casos en que la gravedad de la infracción realizada no generara disyuntiva posible con respecto a que el sumariado carece de las exigencias éticas y profesionales necesarias para cumplir con la función de fedatario público”⁴⁰.

14.6. La multa que contempla el artículo 1004 del Código Civil

“Ante el planteo de elevar la multa que contempla el artículo 1004 del CC a la suma de veinte mil pesos, so pretexto de que el importe contemplado en la norma citada es mínimo en atención al negocio que se instrumenta —por ser dicho importe el que ya traía el CC reconocido por una ley sancionada hace cuarenta años— aparece como una reflexión dogmática y carente de todo sustento legal, doctrinario o jurisprudencial que la justifique”⁴¹.

14.7. La publicación por edictos en el Boletín Oficial del decreto de quiebra dispuesta por la ley 24.522 no eximía a la fedataria de la carga impuesta por el artículo 82 del decreto reglamentario de la ley orgánica notarial. De no ser así, el deber allí contenido no tendría razón de ser.

Sobre el particular, el tribunal entendió que cabe apuntar que la declaración de quiebra fue notificada a la notaria el 10 de noviembre de 2003 y que el Colegio de Escribanos, luego de varias diligencias, pudo dictar la inhabilitación temporal que manda el artículo 12 del reglamento de actuaciones sumariales, en los términos del artículo 16, inc. d) de la ley 404, el 26 de agosto de 2004 (conf. fs. 83 y vta.); o sea luego de haber transcurrido más de nueve meses de aquel anoticiamiento. La conducta analizada importa una falta grave, lo que sumado a los antecedentes disciplinarios desfavorables que registra la reprochada en su legajo profesional (dos suspensiones; de tres días y de un año), aconsejan

⁴⁰ CS junio 23-992 Col. Esc s/ver. Libro requerimientos de Esc. E.G. DJ-1993-2-325.

⁴¹ Corte Sup. 13/11/2001, “M., A. N. y otro v. L. de B., C.E.”, *JA* 2002-III-542.

aplicarle la sanción de suspensión por ciento veinte (120) días recabada por el Colegio de Escribanos (artículos 149, inc. c y 151, inc. c, ley 404; y 82, decreto reglamentario 1624/00).

Apéndice

1. Conclusiones del XII Congreso Internacional del Notariado Latino. Tema III: La deontología notarial frente al cliente, a los colegas y al Estado

Las conclusiones a las que se ha llegado son las siguientes:

a) Si bien en otras profesiones la deontología puede ser considerada como un elemento natural de las mismas, otro más de los que las configuran, en el caso de la profesión notarial la deontología es un elemento esencial, sin cuyo conocimiento es imposible el correcto ejercicio de la función. Ello es consecuencia del elevado contenido ético de la profesión notarial, lo cual no puede ser desconocido a la hora de valorar su importancia y la necesidad de velar por su cumplimiento.

b) La competencia profesional, el trabajo bien hecho y la actualización constante en los conocimientos jurídicos, son graves obligaciones para el notario, que a la vez que le perfeccionan, constituyen el mejor servicio que puede prestar al cliente, al Estado y a la sociedad.

c) Junto a la preparación jurídica y técnica, la formación de los futuros notarios debe comprender el estudio de los principios deontológicos en todos los aspectos que integran la conducta notarial y la prestación de la función.

d) El correcto ejercicio profesional obliga al notario a evitar en el ejercicio de su función, y en su conducta, cualquier género de competencia desleal y en concreto la invasión de otros distritos notariales —allí donde existan—, la rebaja de honorarios, la contratación subrepticia de empleados y la publicidad

personal de la función, cuando esté prohibida o vaya en deterioro de la imagen y prestigio que ésta merece.

e) En relación con el secreto profesional, el notariado de tipo latino debe asumir los deberes de colaboración con las autoridades jurisdiccionales, administrativas y tributarias, cuando exista mandato judicial o norma expresa que así lo ordene: primando en su actuar el respeto a los derechos constitucionales y el principio de legalidad.

f) La colaboración con los órganos corporativos –tan imprescindibles para el ejercicio de la función notarial–, así como el desempeño de los cargos directivos, lejos de constituir un derecho potestativo, representan una obligación irrenunciable que deben asumir responsablemente aquellos notarios que resulten elegidos por sus compañeros. Ello obliga a los elegidos a ejercer una especial vigilancia para la observancia de los principios deontológicos, además de procurar personalmente un cumplimiento ejemplar de los mismos.

g) Los principios de imparcialidad, independencia, no discriminación e información adecuada al más necesitado de los que soliciten la prestación del servicio notarial, deben mantenerse siempre como valores esenciales e insustituibles para que quede salvaguardada convenientemente la libertad del notario y de aquellos que requieran su intervención.

h) En cuanto titular de una función pública que el Estado delega en él –la fe pública– y en cuanto autor del acto público en que se manifiesta la prestación notarial, el notario se obliga a garantizar la integridad del documento que autoriza, su legalidad, su eficacia y su permanencia en el tiempo.

i) Los notarios deberán promover en el ámbito de sus respectivas competencias la elaboración de reglas deontológicas, procurando que sean dotadas de la eficacia normativa más conveniente y en cualquier caso compendiarlas y difundirlas entre sus miembros de la manera más amplia posible. Se recomienda que la aplicación de las reglas deontológicas sea acompañada en cada país de un procedimiento eficaz para garantizar y llevar a término los deberes y obligaciones deontológicos. A este respecto se hace preciso reafirmar la naturaleza jurídica de la regla deontológica y su pertenencia al sistema jurídico, caracterizada por su contenido ético y su dependencia de las leyes, tanto constitucionales como ordinarias de cada Estado miembro.

j) Asimismo se considera que constituye un instrumento adecuado que puede facilitar el cumplimiento de las normas deontológicas, la creación de Comisiones de Deontología dentro de cada Notariado, con objeto de regular su aplicación, velar por su eficacia y proponer en su caso las sanciones pertinentes.

k) Para que los principios deontológicos queden salvaguardados en el seno de la Unión de cara a las generaciones futuras, aprovechando la excepcional ocasión que representa celebrar en Buenos Aires el 50 Aniversario de la creación de la UINL, se propone a ésta la elaboración de unos Principios Generales de Deontología Notarial y la asunción del compromiso, a través de los instrumentos que estime pertinentes, de asesorar en esta materia a los países que lo soliciten, ayudar a los respectivos Notariados en la implantación de las reglas deontológicas y ofrecerse como árbitro imparcial para la solución de cuantos conflictos puedan suscitarse entre Notariados miembros.

2. Conclusiones del XII Congreso Internacional del Notariado Latino. Tema II: Los Derechos Humanos fundamentales del Hombre y la misión del notario

La Comisión, después de recordar que dedicó sus trabajos a la memoria de José Negri, en este 50 Aniversario de la Unión que coincide con el de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, reafirma:

a) El apego de los notarios latinos a los derechos de la persona humana de los que cada notario se constituye en defensor natural mediante la prevención de los conflictos.

b) Que la aplicación práctica de convenciones sobre los derechos requiere una asistencia imparcial e independiente basada en la equidad, legalidad y justicia.

c) Que los notarios en su actividad cotidiana aplican numerosos derechos humanos incluidos en las declaraciones internacionales y constituciones nacionales, a saber el respeto de la dignidad humana desde el nacimiento hasta la muerte que incluye la libertad contractual, el matrimonio y la familia, la libertad de reunión y asociación, el derecho a la propiedad y a la herencia, la participación en el desarrollo social y económico.

d) Que por este motivo el notariado latino es un componente indispensable para el funcionamiento de cada estado de derecho y, a nivel mundial, de la democracia efectiva.

Comprobación:

a) Que para respetar la independencia de decisión del notario –instancia preventiva emanada del artículo 10 de la Declaración de la ONU de 1948– y evitar las presiones de los más fuertes que la perjudican, se debe mantener el "número clausus".

b) Que por las mismas razones se debe establecer una remuneración justa para el notario, que respete la igualdad entre los ciudadanos y por lo tanto elabore una tarifa que tenga en cuenta los numerosos temas en los cuales el notario asegura el equilibrio social.

c) Que en los lugares donde existe un notariado de tipo latino los costos de la administración de la justicia son de tres a cinco veces inferiores a aquellos de los países donde no existe, lo cual garantiza un mejor ejercicio de los derechos.

Propone:

a) Que la Unión y cada notariado miembro inicie gestiones ante las autoridades nacionales e internacionales a fin de evitar que las relaciones entre individuos y naciones sólo se rijan por una economía deshumanizada en detrimento de los más débiles.

b) Que el contacto permanente entre los notarios y los ciudadanos lleva al legislador a recurrir a la intervención de aquellos de las instituciones notariales a fin de proteger los derechos.

c) Que para reducir el número y duración de los litigios corresponde que los Estados recurran a la intervención preventiva y arbitral del notariado.

d) Que en los contratos celebrados entre personas de derecho privado y de derecho público siempre se pueda exigir la colaboración de un notario a fin de asegurar el equilibrio del contrato.

e) Que la autorregulación de la incapacidad del hombre, la decisión sobre el mantenimiento de la vida mediante mecanismos artificiales y la dignidad en el momento de la muerte, que son también derechos humanos, puedan organizarse de antemano con la intervención de un notario.

f) Que para respetar el derecho a la autodeterminación de cada persona se pueda recurrir a medios de concertación y que los documentos notariales puedan incluir cláusulas compromisorias de mediación o arbitraje redactadas por notarios.

g) Que para asegurar que las nuevas tecnologías sean seguras y que todos puedan tener igual acceso a ellas se recurra a la intervención notarial.

h) Que para la promoción de todas estas propuestas se efectúen otras, se asegure el seguimiento permanente, el desarrollo y promoción del papel del notariado garante de los derechos de la persona humana, se cree en el seno de la UINL una comisión permanente de los derechos de la persona humana.

i) Que esta comisión sea provista de una logística que le permita funcionar adecuadamente y que la UINL la someta a la aprobación de los organismos internacionales competentes en materia de derechos humanos.

Conclusiones del XXIV Congreso UINL. México. Del 17 al 22 de Octubre de 2004. Tema I: la imparcialidad del notario: garantía del orden contractual. Conclusiones

1. La imparcialidad del notario, oficial público, en toda su actividad es el fundamento del notariado latino, y protege no sólo a los intervinientes en el acto sino también a los terceros.

La imparcialidad implica un estricto respeto al principio de legalidad y exige una labor de asesoramiento e información íntegra y global, y, también, de consejo.

La imparcialidad exige una actitud activa del notario que excede de la mera recepción de voluntades.

2. El estatuto del notario como oficial público debe garantizar su independencia e inamovilidad y, por consiguiente, su imparcialidad.

3. La imparcialidad del notario garantiza el nuevo orden contractual que se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre las partes y de la protección del consumidor.

4. La imparcialidad debe estar estrictamente garantizada por el ordenamiento jurídico. Es necesario un adecuado marco de compatibilidades y prohibiciones de ejercicio. Es igualmente necesario asegurar la independencia material del notario frente a las presiones del mercado y, especialmente, de los grandes operadores económicos.

5. La imparcialidad exige una sólida formación jurídica del notario.

6. La fijación de criterios que regulen la función notarial en todo el territorio con una cobertura equilibrada y, también, la remuneración de su prestación, deben permitir que todos los usuarios tengan acceso a ella en las mismas condiciones (entre otras por la fijación de tarifas) y contribuir a su ejercicio imparcial.

7. La imparcialidad del notario en su actividad supone un valor añadido del que resulta la transparencia, la validez y la eficacia del acto notarial.

8. La imparcialidad del notario lo convierte en el operador jurídico ideal para intervenir en la prevención y la resolución no judicial de las controversias. En este sentido distingue al notariado de las demás profesiones jurídicas, en especial de la abogacía.

Conclusiones del XXV Congreso Internacional del Notariado. 19.10.2007. Conclusiones Tema I

La Comisión de trabajo del Tema I del Congreso de Madrid 2007, cuyo objeto de estudio ha sido "El documento notarial como instrumento de desarrollo de la sociedad" presenta las siguientes conclusiones.

1. Como es bien conocido, el notario es un oficial público que ha recibido una delegación por parte del Estado de conferir el carácter de auténticos a los documentos de los cuales es autor, asegurando la conservación, la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva de dichos documentos.

2. Centrado el análisis de esta Comisión en los aspectos económicos de la función notarial, principal aunque no únicamente, constatamos que el modelo de ejercicio de una actividad pública en régimen de profesión liberal se revela como extremadamente eficiente, ya que por lo primero recibe del Estado un respaldo en sus efectos, pero también su control y supervisión, y por lo segundo proporciona un acceso más fácil a los ciudadanos y evita los riesgos de la burocratización, además de suponer un ahorro de costes para el Estado, ya que el trabajo del notario es pagado por quienes hacen uso de sus servicios.

3. La autoría del documento por parte del notario y su control de la legalidad distingue a la notarial de otras formas documentales en que la actividad del profesional se limita a la legitimación o autenticación de la firma. El uso del nombre de "notary" en este último caso devalúa el contenido de nuestra función y el prestigio de nuestros documentos, por lo que la confusión debe ser cuidadosamente evitada.

4. El mundo está dividido en dos grandes sistemas jurídicos, el del "civil law" y el del "common law" en el primero de los cuales nos integramos.

Ambos sistemas son profundamente diferentes, pero han convivido en forma más o menos pacífica, por lo que no parece adecuado intentar su unificación o la supremacía del uno sobre el otro, tanto más cuanto su implantación responde a razones históricas, culturales, políticas y sociales muy arraigadas.

5. Convencidos de la idoneidad de nuestro sistema, aceptamos el reto que en ocasiones se nos lanza desde organismos internacionales, más bien influenciados por una mentalidad norteamericana, y revisamos con atención nuestra eficiencia y utilidad para el desarrollo. Por ese motivo, en este Congreso hemos pasado la función notarial por el tamiz del análisis económico y hemos observado:

- Por un lado, que nuestro sistema de transmisión inmobiliaria sostiene, incluso con cierta ventaja, la comparación en cuanto a su coste o precio con otros sistemas, como el del seguro del título o el de la participación de otros profesionales jurídicos o inmobiliarios. El notario imparcial unifica los aspectos contractuales de asesoramiento, acomodación al ordenamiento y conservación del documento, mientras que otros sistemas reparten esas actividades entre diferentes profesionales con el consiguiente aumento de costo.

- Por otro lado, que las características de la función notarial hacen que ésta contribuya a corregir ciertas deficiencias del funcionamiento del mercado como son las asimetrías informativas y la falta de producción de externalidades positivas o bienes públicos.

- Las asimetrías informativas se equilibran por la imparcialidad del notario y su obligación (en muchos casos legal) de especial asistencia al contratante débil. También se superan los riesgos de "selección adversa" al estar el coste del servicio y la homogeneidad de su contenido establecidos legalmente.

- La producción de externalidades positivas también aparece claramente porque con su actividad el notario aporta certeza y seguridad a las relaciones, aumenta el valor de la propiedad regularizada al expulsar del sistema a las propiedades engañosas y produce un importante efecto antilitigioso que alivia la carga de trabajo de los tribunales.

En definitiva, el notario como profesional de la seguridad jurídica aporta al mercado y al desarrollo fundamentalmente confianza. Siendo un principio general que el mercado opera en condiciones de incertidumbre, todo lo que sea procurar certeza es crear valor económico.

6. Los beneficiosos efectos de legitimación, prueba y ejecución, atribuidos al documento notarial por el ordenamiento jurídico se basan en la calidad del mismo. Por eso debe ser nuestra preocupación fundamental el mantenimiento y mejora de dicha calidad mediante mecanismos adecuados como la formación permanente, la vigilancia corporativa del cumplimiento de las normas deontológicas o la relación creciente con las nuevas tecnologías.

7. Pero el desarrollo social que favorece el documento notarial no es sólo en el terreno económico. También contribuimos a otras formas de desarrollo:

- Al desarrollo jurídico, mediante la puesta en marcha de nuevas instituciones necesarias para los individuos, las familias o las empresas. A lo largo de este Congreso se han puesto de manifiesto diversas manifestaciones de ello en diferentes países: disposiciones de autotutela, contratos de uniones de hecho o

cohabitación, donación de órganos, protocolos familiares, fideicomiso notarial y otras muchas.

- Al desarrollo de la paz social, con el efecto antilitigioso antes mencionado o la participación en modernos sistemas alternativos de solución de conflictos como la mediación o el arbitraje.

- Al desarrollo del crédito territorial, a través de una adecuada titulación de la propiedad.

- Al desarrollo de las relaciones internacionales, ya que la implantación mundial del Notariado hace que la actividad documental disfrute de reglas y características relativamente comunes, que favorecen la circulación del documento y quizás en un futuro la existencia de un título ejecutivo mundial, del mismo modo que ahora tenemos un título ejecutivo europeo.

- Y por último, para no terminar sin hacer una referencia a la sostenibilidad, elemento esencial de todo desarrollo, también contribuimos al desarrollo sostenible con nuestra implicación en temas ecológicos y medioambientales, tal como ya fue solicitado por este Congreso mundial en Cartagena de Indias (Colombia) en 1998.

En virtud de todo ello, proclamamos nuestra confianza en el futuro de nuestra profesión, que será tanto más brillante cuanto más seamos capaces de estar atentos a lo que la sociedad demanda de nosotros.

Tema II: La actividad notarial en los medios rurales y urbanos. Conclusiones.

Considerando:

Que el análisis de las diversas realidades sociales y jurídicas en las que se ejerce la función notarial en el mundo requiere de un rol de alto contenido social que importa el desarrollo de una labor asesora integradora de conceptos tales como la información, el asesoramiento, el consentimiento informado y el consejo jurídico, particularmente necesarios en los sectores sociales más desfavorecidos;

Que la titulación inmobiliaria con intervención notarial es un instituto esencial para contribuir a superar la barrera de la pobreza porque garantiza la paz social, permite el acceso al crédito y es un factor decisivo para la incorporación de los bienes al circuito y tráfico económico;

Que la problemática vinculada al derecho de propiedad de las tierras de los pueblos originarios no debe quedar exenta del tratamiento de la titulación inmobiliaria, compatibilizando los conceptos de acceso a la propiedad privada y propiedad comunitaria con la seguridad jurídica que aporta la intervención notarial.

Que como presupuestos esenciales para la correcta titulación inmobiliaria notarial es necesaria una correcta identificación física y jurídica de los inmuebles, así como una adecuada publicidad.

Que la escritura pública constituye un instrumento que facilita la circulación internacional de los títulos de propiedad y su acceso al crédito de las instituciones financieras.

Que la constitución mediante documento público notarial de las pequeñas estructuras productivas, tanto individuales como colectivas, ya sea contractual o asociativa, además de su bajo costo y de la certeza y seguridad jurídica que éste le confiere, posibilita al pequeño y mediano empresario un conocimiento suficiente del camino a iniciar, imprescindible para el éxito del emprendimiento, gracias al asesoramiento con profundo arraigo social y compromiso con la protección integral de la persona humana que ejerce el notario.

Que especial colaboración se debe prestar al notario que desempeña su servicio en ámbitos rurales, donde cumple más intensamente un servicio público y una función social que excede lo notarial, centrada especialmente en la misión humanística de asesoramiento y consejo que lo convierte en depositario de la confianza de los particulares y garantiza la equidad en las relaciones económicas y sociales.

La Comisión para el Tema Científico II del XXV Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado, declara:

Que el establecimiento de derechos de propiedad es un factor de paz social y un instrumento de desarrollo. Los notariados del mundo en contacto permanente con estas realidades, en los ámbitos rurales y urbanos, gozando de la confianza que la sociedad tiene actualmente depositada en ellos y con gran responsabilidad social, han analizado todas las herramientas de técnica jurídica empleadas en varios países y, en base a ello, el Congreso ha decidido:

1. Apoyar firme e incondicionalmente y acompañar en forma permanente, toda la política institucional desarrollada por la Unión Internacional del Notariado en la lucha para la erradicación de la pobreza iniciada por la ONU a partir de la aprobación de los Ocho Objetivos del Milenio (ODM), especialmente a través

de los programas para la titulación inmobiliaria de los sectores más necesitados de las diversas sociedades nacionales.

2. Exhortar con firmeza a todos los notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado a un renovado compromiso institucional de los Colegios y organizaciones notariales estatales, para una colaboración más efectiva, más eficiente y que beneficie a la mayor cantidad de personas en los distintos Estados Nacionales, en la titulación dominial a favor de los sectores de menores ingresos de cada sociedad, con títulos seguros y aptos para el tráfico jurídico inmobiliario y el acceso al crédito formal, que incluya, además, el aporte de los recursos materiales necesarios para colaborar con los Estados en este aspecto del desarrollo humano.

3. Comprometerse con determinación a promover la iniciativa por parte de los grupos de trabajo y organizaciones del notariado internacional, para ofrecer a los Estados y a las organizaciones internacionales expertos notariales para favorecer el otorgamiento de títulos de propiedad incontestables, seguros y susceptibles de su circulación nacional e internacional.

4. Promover el acceso de los títulos de propiedad al tráfico jurídico internacional. Las escrituras públicas, como consecuencia del control de legalidad que ejerce el notario por delegación de la autoridad del Estado, son títulos de legitimación suficientes para el tráfico jurídico internacional, gozando de presunción de legalidad. Si el Estado de destino exige el control de legalidad material, deberá participar también en su autorización un notario nacional del mismo a este efecto.

5. Dado que el notariado de algunos países miembros de la Unión Internacional del Notariado ha protagonizado diversas experiencias exitosas de titulación masiva de la propiedad en ámbitos rurales y urbanos a bajo coste para el Estado y los ciudadanos, la Unión Internacional del Notariado y los notariados nacionales se encuentran en condiciones de ofrecer tales experiencias y asesorar a los Estados y organizaciones internacionales que les interese su implementación.

El notariado mundial reunido expresamente en Madrid para colaborar con los Estados en la lucha contra la pobreza celebra la reciente constitución por parte de la Unión Internacional del Notariado de la asociación "SEAL Symposium for Economy and Law" cuya finalidad coincide con el propósito enunciado.

Madrid, 05 de Octubre de 2007.

Parte segunda: Derecho documental

Capítulo 1: Hechos y actos jurídicos

1. De los hechos

Si los derechos nacen, se modifican, se transfieren de una persona a otra, si se extinguen, es siempre a consecuencia o por medio de un hecho. No hay derecho que no provenga de un hecho y precisamente por la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Frente al comportamiento humano, el orden jurídico puede, respondiendo a varias exigencias, sentir la necesidad de tomar posición. La consideración que el derecho hace del comportamiento del hombre como acto jurídico consiste en reconocerle a tal comportamiento trascendencia jurídica, basándose en una valoración de la conciencia que regularmente lo acompaña y de la voluntad que normalmente lo determina.

La iniciativa privada no sólo se aplica a desear ciertos fines prácticos, sino también a crear los medios correspondientes a ellos. En la vida social, aun antes de cualquier intervención del orden jurídico, los particulares proveen por sí los medios adecuados, y los instrumentos de esta naturaleza son los negocios jurídicos.

Recasens Siches¹ dice que si bien la justicia y los demás valores jurídicos supremos, representan el criterio axiológico que debe inspirar al Derecho y si bien éste no quedará justificado sino en la medida en que se cumplan las exi-

¹ Recasens Siches, L., *Lecciones de sociología*, México, Porrúa, 1948, p. 744.

gencias de tales valores, el derecho no ha nacido en la vida humana por virtud del deseo de rendir culto u homenaje a la idea de justicia, sino para colmar una ineludible exigencia de seguridad, de certeza en la vida social.

El hecho jurídico² es sólo el que tiene interés para el derecho³.

Hechos jurídicos son los hechos a los que el derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas⁴.

Los hechos jurídicos más importantes son los actos humanos (voluntarios), y dentro de ellos, los actos jurídicos o negocios jurídicos y los actos ilícitos.

Un acto es un hecho jurídico. Pero no todo hecho es un acto. Hay hechos con manifestación de voluntad que no constituyen actos jurídicos.

Los hechos pueden ser naturales y humanos. Los humanos pueden ser voluntarios o involuntarios.

Los hechos humanos voluntarios son los que se ejecutan con discernimiento, intención y libertad (artículo 897) y los involuntarios, los realizados sin cualquiera de estos elementos.

La falta de discernimiento hace que el acto, sea lícito o ilícito, carezca absolutamente de voluntad⁵. El discernimiento consiste en la aptitud del sujeto que le permite discernir lo justo de lo injusto, y apreciar las consecuencias convenientes o inconvenientes de las acciones humanas⁶. El discernimiento se vincula con la voluntad en sí misma: sólo el discernimiento determina que un acto sea o no voluntario.

² El artículo 896 CC: "Los hechos jurídicos son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos y obligaciones".

³ Orgaz, A., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, ed. Zavallá, 1963, p. 13.

⁴ Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edición, 1959.

⁵ Nota al artículo 900 CC: "El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por eso que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad de sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito". (Maynz, t. I, p. 119).

⁶ Artículo 921 CC: "Los actos serán reputados hechos sin discernimiento si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos y los practicados por los que por cualquier accidente, están sin uso de razón".

Para Borda, si falta el discernimiento, no puede hablarse de acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir; tampoco puede decirse que un acto es intencional si el agente ha obrado bajo violencia, lo que significa que la falta de libertad afecta también la intención⁷.

La falta de intención o libertad, no excluye la voluntad y solamente la vicia. La intención supone discernimiento. El error o ignorancia y el dolo son causas obstativas de la intencionalidad del acto.

2. Acto o negocio jurídico

El acto jurídico es un hecho humano voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transmitir, conservar o aniquilar derechos.

La distinción entre actos y simples hechos jurídicos se formula en relación con la influencia jurídica que le sea o no reconocida a la conciencia y la voluntad humana.

En el siglo XIX surge con los pandectistas alemanes la construcción de la teoría del negocio jurídico, y Messineo⁸ dice que:

"Negocio jurídico es una declaración de voluntad privada, dirigida a la producción de determinados efectos jurídicos, que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza en los límites de la correspondencia entre ellos y la voluntad que persigue tales efectos y en cuanto se trate de efectos no ilícitos".

La denominación de acto jurídico que emplean el Código Civil argentino y el francés, se corresponde con el concepto de negocio jurídico expuesto en las leyes italiana y alemana, así como en parte de la doctrina española. En cambio cuando en estos países se emplea el nombre de acto jurídico, tiene el sentido que en nosotros se suele relacionar con el concepto de simple acto voluntario lícito - artículo 899 CC-⁹.

⁷ Borda, G., *Tratado de Derecho Civil*, t. II, p. 71.

⁸ Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. II, Buenos Aires, Edición Jurídica Europa América, 1954, p. 338.

⁹ LLambías, J.J., *Código Civil Comentado*, artículo 944, p. 262.

La teoría del acto jurídico es importante pues el acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar.

Larenz¹⁰ advierte que por medio del negocio jurídico el individuo configura por sí relaciones jurídicas con otros. Cuando decimos que el negocio jurídico tiene por finalidad producir una consecuencia jurídica, entendemos por ello que el efecto jurídico se origina no sólo porque el ordenamiento jurídico lo vincula a aquél, sino en primer término porque quien celebra el negocio jurídico quiere producir el efecto jurídico precisamente con la celebración.

En la vida de relación los negocios jurídicos surgen como actos con que los particulares disponen para el futuro una regulación vinculante de intereses dentro de sus relaciones recíprocas, y se desarrollan para atender necesidades personales y satisfacer exigencias económico-sociales. Respondiendo a la exigencia de la circulación de los bienes en el campo social, el negocio es un acto de autonomía privada de autorregulación de intereses propios, que en la conciencia social es considerada como ley para las partes¹¹.

Una mirada a la vida moderna del derecho muestra que, en su mayor parte, ésta no está dominada sólo por la ley sino también por la documentación de los negocios. El derecho vivo debe buscarse en los vínculos matrimoniales, en los contratos de compraventa, de crédito para la construcción, de préstamos hipotecarios, contratos modernos, en los estatutos de las asociaciones y de las sociedades comerciales, y no en los artículos del Código¹². El derecho obligatorio viene determinado por el contenido de los documentos jurídicos.

3. Imputabilidad

El hecho jurídico será un acto jurídico, si la manifestación de voluntad se ha realizado con la intención de quien se obliga.

¹⁰ Larenz, K., *Derecho Civil. Parte general*, Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Revista de Derecho Privado, Caracas, Editorial de Derechos Reunidos 1978, p. 420

¹¹ Betti, E., *op. cit.*

¹² Ehrlich, E., *Fundamentos de la Sociología del Derecho*, citado por Pérez Lozano N., "La función creadora de Derecho", RN 942 - 437.

El concepto de imputabilidad es fundamental en la teoría de los actos voluntarios. La imputabilidad significa la posibilidad de atribuir el acto a un autor, considerado éste como persona y no como un agente puramente material.

Sujeto imputable es el que tiene discernimiento; inimputable, el que es reputado legalmente sin discernimiento por ser insano, o por no tener la edad fijada por la ley.

La imputabilidad civil, en términos generales, se considera un requisito subjetivo que implica una determinada capacidad de entender y de querer; en definitiva, la capacidad de una persona para obrar voluntariamente, lo cual supone voluntad y entendimiento.

El acto debe proceder de una libre voluntad o de un proceder inteligente y libre, ya que no podría reprocharse como éticamente disvaliosa la conducta de quien obró involuntariamente. Es lo que dispone el artículo 1076 del CC, con relación a los delitos civiles, cuando dice que éstos deben ser "el resultado de una libre determinación de parte del autor".

Para que surja responsabilidad civil no basta con la mera voluntariedad del acto sino que, con arreglo a la ley, en una suerte de imputabilidad de "segundo grado", es además necesario que tal determinación voluntaria hubiese sido dolosa o culpable -artículo 1067, CC-, lo cual es así en razón de que la "imputabilidad" factor subjetivo de atribución que desencadena la responsabilidad civil se funda en la "culpabilidad" *lato sensu*, y ésta a su vez parte de la conciencia del agente en cuanto determinante de la voluntariedad del acto. En lo delictual, la experiencia volitiva habrá de estar siempre asociada a una actitud deliberada e intencional, de perjudicar, que es precisamente lo que configura el dolo -artículo 1072 CC-. En tanto que la culpa como elemento de los hechos ilícitos que no son delitos (o cuasidelitos) se ajusta al criterio de caracterización resultante del artículo 512 del CC, y puede por lo tanto presentarse como: a) negligencia, la única en verdad concretamente aludida en la definición de esa preceptiva, que consiste en la omisión de cierta actividad que habría podido evitar el resultado dañoso, es decir, en no hacer lo que correspondía, o hacer menos de lo debido; b) imprudencia, cuando por el contrario se obra precipitadamente, sin preverse las consecuencias que se podían derivar de ese proceder irreflexivo; o sea que se hace lo que no se debe, o más que lo que hubiese correspondido hacer; y c) impericia, ya en concreta relación con los profesionales, que es el desconocimiento de las reglas y métodos propios de la profesión de que se trate, ya que todo el que ejerce una profesión debe poseer, debidamente actualizado,

los conocimientos científicos, técnicos y prácticos de la misma y obrar con previsión, diligencia e idoneidad con ajuste a aquéllos¹³.

4. Declaración de voluntad

El acto jurídico es el conducto por el cual la voluntad se exterioriza e impone.

La teoría de la voluntad, que considera a la declaración como un elemento instrumental y hace prevalecer en caso de conflicto el movimiento psíquico interno, lleva aparejada la inexorable inseguridad jurídica.

La doctrina de la responsabilidad derivada de la anterior —y que pretende corregir sus excesos— no llega a proteger de manera conveniente la confianza que la declaración despertó en su destinatario, al limitarse a sancionar los supuestos de discordancia originados en el dolo o en la culpa del declarante. Para la teoría de la declaración, en cambio, ésta es elemento decisivo y determinante de la vinculación y su exigencia sólo cede frente a la mala fe del destinatario de la declaración¹⁴.

La voluntad meramente interna nada puede producir. El acto por el cual se realiza la voluntad de producir una determinada consecuencia jurídica es en todos los casos la “manifestación” de esa voluntad, esto es, una declaración de voluntad.

Puede tratarse de una declaración oral o escrita, del empleo de signos usuales o de otros especialmente convenidos entre esas personas.

Es esencial que la voluntad dirigida a producir el efecto jurídico se exprese de forma que al menos sea comprensible para aquel a quien se dirige la declaración.

En la mayoría de los casos no es suficiente para que se origine el efecto jurídico la declaración de una sola persona, sino que se requiere para ello las declaraciones concordantes de más de una que se obligan conjuntamente, esto es, en un contrato o “negocio jurídico”. No es la actuación de cada parte por sí, sino la actuación correlativa de los contratantes, formada por sus declaraciones, la que origina el efecto jurídico.

La declaración de voluntad es, al propio tiempo, manifestación de voluntad y actuación de la voluntad dirigida a la producción del efecto jurídico. La declaración de voluntad presupone en primer término como “acto” o como conducta voluntaria equiparable a aquél, un hacer u omitir controlables por la voluntad.

¹³ Trigo Represas, Félix A., “Capacidad y acto ilícito”, LL 13 de junio 2007.

¹⁴ Mosset Iturrabe, J., *Contratos simulados y fraudulentos*, t. I, Santa Fe, ed. Rubinzal Culzoni, 2001, p. 24.

En realidad, la declaración de voluntad jurídico negocial es no sólo una comunicación, sino una manifestación de validez y, como tal, es en los casos usuales una realización de la voluntad que se dirige a producir efectos jurídicos.

5. Clasificación de los actos o negocios jurídicos

El Código Civil conceptúa como acto jurídico —o conjunto de actos entre sí relacionados, ya sean de una o varias personas— al acto voluntario lícito cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del derecho privado. El acto jurídico es ante todo un acto de voluntad, y se clasifican:

• Unilaterales y bilaterales

La voluntad es la que nos permite la clasificación en actos unilaterales y bilaterales, según que hayan sido aisladamente manifestados o hayan ocurrido con otra voluntad en la realización de los fines.

Así, el testamento es unilateral y el matrimonio es bilateral, requiere el consentimiento unánime de dos o más personas.

• Positivos y negativos

Los actos son positivos o negativos según sea necesaria la realización o la omisión de un acto para que un derecho comience o acabe.

• Entre vivos y de última voluntad

Los actos entre vivos y de última voluntad dependerán de que el acto requiera o no para su existencia la muerte de la persona que lo otorga.

• Familiares y patrimoniales

Actos familiares son los que tienen por objeto constituir y reglar situaciones o intereses que se vinculen con el estado de familia; los patrimoniales son los que tienen un contenido económico.

- Disposición y administración

Actos de disposición son los que disminuyen o modifican sustancialmente los elementos que componen el patrimonio. Los actos de administración son los que tienen por objeto hacer producir beneficios a los bienes, respetando su naturaleza y destino.

- Gratuitos y onerosos

En los actos gratuitos se otorga una ventaja o un beneficio a una de las partes. Son ejemplos la donación, el testamento, las liberalidades y el comodato.

Onerosos son los actos en que las partes se otorgan recíprocamente ventajas económicas que puedan estimarse de valor equivalente.

- Formales y no formales

La voluntad en los actos se ha de expresar naturalmente en alguna forma exterior. Los formales son aquellos cuya validez depende de la celebración bajo la forma exclusivamente indicada por la ley. Los no formales son aquellos cuya validez es independiente de la forma de celebración.

- Constitutivos y declarativos

Los primeros son los que constituyen situaciones o relaciones jurídicas. Los declarativos presuponen la existencia de una situación o relación anterior que de algún modo reconocen o definen no sólo en adelante, sino también con retroactividad. (Ej.: artículos 3503, 2695, 1935 CC).

- Actos puros y simples y actos modales

El acto es puro y simple cuando la voluntad de su autor es firme, exenta de toda restricción, de modo que los efectos de aquél se producen inmediatamente y para siempre.

Cuando la existencia del acto o su eficacia están sometidas a alguna restricción y subordinación a un acontecimiento futuro, el acto puede no producir sus efectos inmediatamente sino a partir de la realización de cierto acontecimiento.

o bien producirlos inmediatamente, pero no para siempre, a causa de que el hecho tenido en vista por las partes opera su extinción o resolución.

- Negocios causales y abstractos

La división entre negocios causales y abstractos se hace considerando si su validez depende de la finalidad que hayan tenido las partes al efectuarlos.

6. Presupuestos del acto o negocio jurídico

Los presupuestos constitutivos del acto o negocio jurídico son: sujeto, objeto y causa. Los presupuestos de estructura son el contenido y la forma.

1. El sujeto es el autor del acto o persona de quien emana.

2. El objeto es la materia sobre la que recae, que consiste en una cosa o en un hecho.

3. La causa se refiere a la esfera íntima de la relación. Para parte de la doctrina la causa es el fin determinante de la actividad del sujeto; para otra corriente de opinión es la intención del sujeto contratante o un aspecto del objeto del acto.

4. El contenido es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior.

5. La forma es cómo el negocio se presenta frente a los demás en la vida de relación: su figura exterior.

Distinguiendo el objeto de la causa, aquél es la prestación a la que se ha obligado el deudor. La causa es el porqué de la prestación u obligación. En este sentido, la causa es el fin inmediato que ha determinado al deudor a contratar.

El consentimiento y la causa constituyen dos aspectos de orden interno del acto jurídico. El vínculo obligatorio está perfectamente concluido desde el momento en que las partes han intercambiado su consentimiento, pero en la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma.

7. Forma de los actos jurídicos

La estructura del negocio jurídico comprende tanto la forma como el contenido.

Mientras la voluntad queda en puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, está privada de trascendencia social y jurídica¹⁵. La forma del acto es el molde en el que la voluntad, sustancia del acto, se vierte y se hace sensible, adquiriendo un sentido mediante el cual los terceros pueden reconocerla, ponderar sus alcances y prever sus consecuencias¹⁶.

Para Ihering la forma es el contenido del acto desde el punto de vista de su visibilidad; supone siempre el contenido, porque no hay forma sin contenido, ni contenido sin forma¹⁷.

La forma, a través de la cual el acto jurídico se hace reconocible a los demás, puede ser la de una declaración o la de un comportamiento puro y simple, sin valor de declaración.

Entre los actos jurídicos, unos tienen una forma rigurosamente establecida por la ley, de la que toman su validez, y fuera de la cual no existen. Otros no exigen para su existencia ninguna forma especialmente prescripta, con tal que se hayan verificado y que puedan justificarse.

Los progresos de la civilización espiritualizan las instituciones, las desprenden de la materia y las trasladan al dominio de la inteligencia. Esta tendencia se manifiesta cuando se observan los actos jurídicos. En las sociedades poco desarrolladas era preciso impresionar profundamente los sentidos para llegar al espíritu. La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla era preciso revestirla de un cuerpo físico... De aquí se llegó al símbolo... Los actos exteriores iban acompañados de palabras. Estas palabras eran fórmulas sacramentales, y en ellas sólo podía usarse la lengua nacional. Era frecuente que la sustitución de una expresión por otra, alterara los efectos del acto y lo hiciera nulo¹⁸.

Las complicadas relaciones que nacen con el avance de la civilización multiplicaron las posibilidades de fraude y los errores a los que están expuestas las partes en los contratos desnudos de formas. El exceso de cultura produce fenómenos análogos a aquellos de la ignorancia de los pueblos primitivos, y la solemnidad de los actos aparece bajo formas nuevas.

¹⁵ Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, t. 2, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, p. 97.

¹⁶ De Gásperi, L., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, Buenos Aires, T.E.A., 1964, p. 575.

¹⁷ Ihering, R., *El espíritu del derecho romano*, t. III, Madrid, 1904, p. 181.

¹⁸ Véase nota al artículo 973 del Código Civil.

7.1. Ventajas e inconvenientes de la forma

Las ventajas de la forma son causas de justificación, y los inconvenientes son las causas de la responsabilidad.

Son ventajas de la forma:

1. Determinar claramente el carácter jurídico de los actos.
2. Celebrar los actos con reflexión y prudencia.
3. El uso de forma preconstituida facilita y asegura la prueba del acto.
4. La forma escrita con intervención de autoridades asegura la prueba y da publicidad al acto.
5. Como medio de publicidad las formas protegen los derechos de terceros.
6. Favorecen la circulación de papeles de comercio.
7. Las formas legales facilitan el cobro de impuestos.

Los inconvenientes son:

1. El incumplimiento de la forma provoca la nulidad del negocio.
2. Las formas legales son siempre onerosas pues debe acudir a un especialista.
3. En algunos casos las formas legales obstaculizan la celeridad de las transacciones.
4. Declarar no obligatoria la palabra empeñada por vicio de la forma es desconocer y arruinar el sentido moral y el comercio jurídico en su base: la lealtad.

El formalismo no camina divorciado de la libertad de las formas. Según Ihering, el derecho no tolera la carencia de forma:

“[...] el pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior sino el vigía como hermana gemela de la libertad”¹⁹.

La forma impuesta en la actualidad permite conseguir mayor certeza en los hechos, facilita la prueba del acto, asegura la conclusión de los negocios.

El acto formal se define como el acto en el cual la inobservancia de la forma jurídicamente prescripta para la manifestación de voluntad reacciona sobre el mismo.

¹⁹ Ihering, R., *op. cit.*, t. III, p. 190.

7.2. Forma esencial y forma legal

Llambías²⁰ distingue la forma esencial y la forma legal.

La forma esencial es la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto, el hecho externo por el cual la voluntad se manifiesta en orden a la consecución de un fin jurídico propuesto. En los términos del artículo 913 del Código Civil: "Ningún acto tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste".

Por ejemplo, los actos materiales por los cuales se exterioriza la posesión; los actos exteriores con los cuales se manifiestan los postores en la subasta.

La manifestación puede estar sujeta a formalidades o conjunto de exterioridades determinadas en la ley.

La forma legal la determinan los artículos 973 y siguientes que definen a la forma como el conjunto de solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico.

El artículo 974 dice:

"Cuando por este Código o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgen conveniente".

La expresión "por escrito" alude a que puede tener lugar por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma del instrumento público fuera exclusivamente dispuesta.

Todos los actos tienen forma, aun los mal llamados no formales. La forma puede consistir en una declaración oral, en una declaración escrita, o en un comportamiento como por ejemplo en la ocupación²¹.

Consecuencia de los artículos mencionados

a) Todos los actos jurídicos tienen forma esencial, pero no todos tienen forma legal.

²⁰ Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. II, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1968, p. 395.

²¹ Betti, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1959.

b) El principio general es la libertad de formas, pero pueden existir formalidades exigidas por la ley o por la voluntad de los particulares.

c) En aquellos supuestos en que la seguridad jurídica lo requiera son impuestas las formas instrumentales.

La doctrina distingue los actos para los que la ley exige determinada forma de aquellos que no requieren el cumplimiento de solemnidad alguna.

7.3. Clasificación de los actos según la forma

Actos solemnes

La ley establece supuestos determinados para los cuales exige por razones de interés general la escritura pública entre los documentos. El Código Civil regula sobre la forma de los contratos y dice:

"Artículo 1183: Cuando la forma instrumental fuese exclusivamente decretada en una determinada especie de instrumento, el contrato no valdrá si se hiciera de otra forma".

El artículo se conecta con los artículos 975, 976 y 977 del Código Civil que regulan sobre la forma del acto jurídico:

"Artículo 975: En los casos en que la expresión por escrito fuese exclusivamente ordenada o convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba".

"Artículo 976: En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo".

"Artículo 977: Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente".

El artículo 1184 enumera los contratos que deben ser hechos por escritura pública. La forma específica es exigida para cumplir sus efectos propios por lo que la doctrina los considera actos solemnes relativos.

El artículo 1185 agrega:

“Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública fuesen hechos por instrumento particular, firmado por las partes, o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducir a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada, pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública”.

Las formalidades legales permiten distinguir entre los contratos *ad solemnitatem* absolutos y relativos, y los no solemnes.

Contratos solemnes absolutos son aquellos en que la forma impuesta es requisito de existencia.

En los actos solemnes absolutos la omisión de la forma establecida en la ley priva al acto de todo efecto civil, como en el caso de donaciones de inmuebles o de prestaciones periódicas o vitalicias no realizadas por escritura pública (artículo 1810 CC), o de la transacción sobre derechos litigiosos no presentada al juez de la causa (artículo 838 CC).

Contratos solemnes relativos —que enumera el artículo 1184— son los actos que celebrados sin la forma legal ordenada valen como contrato en que las partes se han obligado a hacer la escritura pública.

En los actos solemnes relativos la omisión de la forma priva al acto de sus efectos propios pero le asigna otros, es decir, se produce la conversión del acto jurídico nulo en acto jurídico distinto y válido, como la compraventa inmobiliaria celebrada por instrumento privado —o en general los actos enunciados en el artículo 1184 CC— que es nula como tal pero válida en cuanto de ella deriva la obligación de otorgar la escritura pública.

En los actos formales no solemnes, no obstante ser jurídicamente relevantes cualquiera sea la forma en que se hayan otorgado o la exteriorización que se les haya dado, no pueden ser probados en juicio si se los contesta, sino exhibiendo determinada formalidad, tales como los contratos por valor mayor de diez mil pesos (artículo 1193 CC) o la fianza (artículo 2006 CC)²².

²² CNCiv, Sala C, 31/10/75, ED 6-129.

7.4. Forma en los testamentos

La jurisprudencia ha dicho: “Debido a que las formalidades testamentarias no son prescriptas como prueba y estando prevista la nulidad del testamento por vicios de formas, lo cual causa la nulidad de todas las disposiciones que el mismo contiene, no puede prescindirse de esas formas aun cuando ningún perjuicio u oscuridad resulte de su inobservancia, adquiriendo la forma un valor de primer orden” (en el caso, se trataba de un testamento por acto público, y se había cumplido con la exigencia de los tres testigos)²³.

7.5. Forma de la cesión de derechos hereditarios

Para quedar concluida como tal la cesión de derechos hereditarios, debe ser efectuada por escritura pública. De no ser así, no tendrá efectos frente a terceros, pero nada obsta a la conversión del acto en otro que satisfaga el interés de las partes, lo que surge del artículo 1185 en tanto prescribe que: Se estará así, frente a una convención de cesión que legitima a las partes a exigir el otorgamiento de la forma prevista en la ley. Por todas las consideraciones como doctrina legal obligatoria se resuelve: “La escritura pública es la forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios”²⁴.

7.6. Forma en la adquisición en subasta pública

Según lo dispone el artículo 1184 del Código Civil, deben ser hechos en escritura pública los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública, por lo que resulta innecesaria la escritura otorgada a raíz del remate ordenado en el expediente²⁵. En este caso se refiere a la escritura acta de protocolización de actuaciones que puede ser reemplazada por testimonio judicial.

²³ CNCiv, Sala B, 22/6/88, RN 901-1412.

²⁴ CNCiv pleno, “Rivera de Vignati”, ED 117-311.

²⁵ CNCom, Sala A, LL 148-295.

7.7. Forma en la partición de bienes en comunidad

Para efectivizar la partición de bienes hereditarios se reconocen tres formas: a) la privada o amigable: todos los herederos mayores de edad y capaces convienen la forma de hacer la división sin intervención judicial; b) judicial: se verifica de acuerdo con los trámites (inventario, tasaciones, etc.) establecidos en el artículo 3465 CC y CPC, y c) mixta, que se hace privadamente aunque se requiere aprobación del juez —dándose en los supuestos previstos por el Código en el artículo 3515²⁶—. Lo dispuesto es aplicable a la partición de las diversas comunidades.

8. Prueba del acto jurídico

Forma y prueba del acto son conceptos inconfundibles. La forma es un elemento esencial para la existencia del acto. La prueba es independiente de su existencia. Mientras la forma es el elemento externo del negocio, la prueba es el medio a través del cual se demuestra el hecho verdadero que justificó la celebración del acto.

La prueba es la demostración de un hecho por los medios que establece la ley, y se vincula con la comprobación y la oponibilidad. La forma asume modos que pueden servir de prueba, pero la forma no es la única prueba.

La independencia entre la forma y la prueba se afirma cuando el acto instrumental destinado a ser prueba es nulo, en cuyo caso se puede probar por otros medios externos al acto.

El juicio de la existencia de los hechos (avalorativo) tiene lugar mediante la prueba y exige al juez, ante todo, una actividad perceptiva: debe agudizar la vista y el oído y estar muy atento a ver y escuchar algo. Los hechos que el juez ve y escucha se llaman prueba. Las pruebas son hechos presentes sobre los cuales se construye la probabilidad de la existencia o inexistencia de un hecho del pasado²⁷.

La experiencia del proceso enseña que a menudo las pruebas no son suficientes para que el juez pueda reconstruir con certeza los hechos de la causa: las pruebas debieran ser como faros que iluminaran su camino en la oscuridad del pasado.

²⁶ CNCiv, Sala F, RDN 754-1072.

²⁷ Carnelutti, F., *Cómo se hace un proceso*, trad. de Sentís Melendo y Mariano Ayerza Redian, Chile, Edenal, 1979.

8.1. Medios de prueba en el Código Civil

Vélez enumera los medios de prueba en el artículo 1190:

“Los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de Procedimiento, por instrumento público, por instrumento privado firmados o no firmados, por confesión de parte judicial o extrajudicial, por juramento judicial, por presunciones legales o judiciales, por testigos”.

La configuración del principio de prueba es bastante flexible y queda librada a la apreciación judicial, pero por aplicación del artículo 1193 del CC es prohibida la prueba testimonial en materia de contratos civiles cuando tenga una determinada tasa legal. Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos. La exigencia *ad probationem* que establece el artículo 1193 está circunscripta a los contratos, y no debe ser extendida a los restantes actos jurídicos. La jurisprudencia dijo:

“El pago es uno de los modos de extinguir las obligaciones [...] y la prueba de su efectivización corresponde a quien la invoca, no siendo aplicable la restricción del artículo 1193 del CC, pues al ser un acto jurídico extintivo que no está en el origen sino en la finalización de la obligación, se puede prescindir de su documentación, para lo cual es admisible la utilización de cualquier medio probatorio que lleve a la convicción del juzgador que realmente se pagó”²⁸.

Se considera principio de prueba por escrito a cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso (artículos 1192 parte 2, Código Civil, y 209 Código de Comercio). Es importante destacar que la norma habla de documento y no de instrumento (a los que hace referencia el artículo 1190 CC), existiendo una relación de género a especie.

No es admisible la prueba testimonial para controvertir el contenido de un instrumento público o privado, pues la prohibición del artículo 1193 del CC se

²⁸ CNCiv, Sala A, ED 97-368.



extiende a toda modificación, alteración o rectificación del acto; a este efecto tampoco es admisible la prueba de presunciones²⁹.

El Código Civil ordena el valor de las pruebas de las relaciones jurídicas y de los hechos, para evitar las pérdidas y riesgos que los derechos subjetivos podrían sufrir; por ello su regulación corresponde al derecho sustancial ya que una legislación procesal local inarmónica generaría serios perjuicios.

8.2. Prueba documental

La prueba documental tiene dos características:

- a) Es anterior al proceso, y
- b) su constitución es inmediata en el tiempo al hecho acaecido que se documenta.

8.3. Prueba instrumental

En la prueba instrumental adquiere especial significación el instrumento público, y entre ellos su especie principal: la escritura pública.

El acontecimiento que tuvo lugar en determinado tiempo y espacio se convirtió en el hecho narrado en el instrumento, y si el instrumento es público la ley impone al juicio del juez la comprobación de certeza del hecho narrado mientras no sea argüido de falso.

El principio de prueba por escrito exige recaudos para que se verifique la excepción:

1. que exista un instrumento público y/o privado, y/o aún no firmado que es el particular;
2. que el instrumento emane de determinadas personas (adversario, causante, parte interesada);
3. que ese instrumento sea verosímil al hecho litigioso.

²⁹ CNCiv, Sala D, ED 102-545.

9. La autonomía de la voluntad. Problemática actual

La cuestión fue tratada en las *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, celebradas en Buenos Aires en 1997.

9.1. De lege lata

9.1.1. Principios generales

a) La autonomía de la voluntad es un principio general del derecho, de fuente constitucional, cuya aplicación excede el ámbito de los contratos alcanzando los actos jurídicos.

b) El principio de igualdad, también de base constitucional, sirve de fundamento para establecer una base protectora de la parte más débil.

c) En virtud de la capacidad argumentativa de ambos, debe realizarse un juicio de ponderación de los mismos con las siguientes bases:

c.1) Debe adoptarse una interpretación tendiente a implantar el carácter justo de los contratos y la garantía de equidad en las obligaciones contractuales.

c.2) En los contratos paritarios o discrecionales rige la plena autonomía privada (artículo 1197 CC), con las limitaciones clásicas.

c.3) En los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas o en los contratos de consumo, la autonomía privada está sometida, además, al mantenimiento de la relación de cambio.

9.1.2. La contratación en el mercado

a) La ley debe profundizar la protección de los consumidores, de los contratantes débiles y, en general, evitar todo aquello que tiende a una negociación injusta y vejatoria.

b) En materia contractual, la *lex mercatoria* debe armonizarse con las normas relativas al objeto, la causa lícita, la buena fe negocial y el ejercicio regular de los derechos.

c) La regulación de la autonomía de la voluntad debe considerar la gravitación sobre lo jurídico, la creciente significación de los contratos atípicos, la globalización comercial, la regionalización de las transacciones y la dinámica negocial que requiere protecciones procesales rápidas y eficaces.

9.1.3. Distingos dogmáticos

A los fines del juzgamiento de la autoría privada: a) debe aceptarse el distingo entre los contratos paritarios y de consumo, y b) no existen diferencias sustanciales entre contratos civiles y comerciales.

En los contratos internacionales resultan aplicables como criterios de interpretación, los principios de Unidroit sobre contratación internacional.

9.1.4. Límites a la autonomía

El contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas, útiles y justas. El derecho debe ampararlo concediéndole acciones.

La regulación destinada a la protección de orden público de coordinación, protección y dirección, es constitucional en tanto sea general, no discriminatoria, proporcional y razonable.

Los límites de la autonomía de la voluntad, surgidos de los principios del artículo 953 del CC, comprenden en la actualidad la protección a la competencia y al consumidor, y no la desnaturalizan.

El derecho de la competencia limita la autonomía de la voluntad para asegurar la transparencia del mercado, y se justifica cuando tiende a evitar que, por la celebración de contratos, pueda perjudicar a los consumidores.

9.1.5. Efectos jurídicos del conflicto entre la autonomía privada y derecho imperativo

Prevalen sobre la autonomía privada las normas de orden público dictadas con posterioridad a la creación de una relación obligatoria en curso de ejecución.

Capítulo 2: Documento. Instrumento

1. Concepto

Las leyes hablan indistintamente de documentos o instrumentos como si fueran términos sinónimos, cuando en realidad responden a conceptos diferentes.

En todos los casos existe una finalidad informativa, que es propia de todo documento, y que implica que el mismo tiene por objeto enseñar una cosa, se encuentre ésta en la esfera de los hechos o en el campo del derecho.

La documentación es una operación representativa de la declaración de voluntad. Carnelutti advierte que, en sentido etimológico, documento es una cosa que "docet", esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer. Esta virtud se debe a su carácter representativo, por eso, documento es una cosa que sirve para representar otra. Por otra parte, como la representación es siempre obra de un hombre, el documento, más que una cosa, es un *opus* (resultado de un trabajo).

El documento, cosa formada en presencia de un hecho, está destinado a fijar de manera permanente su representación verbal o figurativa, de modo que ese hecho pueda ser conocido no importa el tiempo transcurrido¹.

El documento no es sólo una cosa, sino una cosa que representa a otra o que es capaz de representar un hecho. Por documento se entiende toda representación objetiva del pensamiento, la que puede ser material o literal. Son documentos materiales, entre otros, la marcas, los signos, las contraseñas, etc. Documentos literales son las escrituras destinadas a constatar una relación

¹ Carnelutti, F., *La prueba civil*, Buenos Aires, Arayú, 1955, pp. 182 y ss.

jurídica, y para los cuales se reserva el nombre de instrumentos.² La acepción de documento es más amplia que la de instrumento.

Con este sentido es que decimos que el documento comprende genéricamente a los planos, la fotografía, las grabaciones, la película fotográfica y los medios electrónicos. El documento puede representar cualquier hecho, acto o declaración.

Carnelutti reconoce la clasificación de los documentos en directos e indirectos: 1) los directos representan un hecho que no ha sido configurado por la mente o la psiquis humana; 2) los indirectos son los que han atravesado el proceso de la mente humana.

Puede ocurrir que para garantizar el efecto de la declaración de voluntad —es decir el conocimiento ajeno— la expresión deba ser representada en un documento.

La documentación generalmente procede de un sujeto distinto al autor de la declaración, y el escrito tiene carácter de documento heterógrafo de una declaración que está ya formada antes de ser documentada. Por ejemplo: testamento por acto notarial.

La declaración documentada puede ser una verdad o una declaración de voluntad, es decir, una declaración testimonial o una declaración constitutiva, según que el otorgante sólo pretenda representar el estado de las cosas o modificarlo. Según Couture:

“En el contrato, la declaración de voluntad nace en el instante en que ambas partes se transmiten recíprocamente su consentimiento. En el documento, el valor de tal nace en el instante en que ambas partes, mediante su firma, culminan el proceso representativo de su voluntad. Negocio jurídico y documento están en la misma relación que contrato y documento. El documento nunca es negocio, ni contrato, sino representación”³.

Elevado tal documento a la calidad de jurídico, éste tendrá un valor; tal valorización le otorgará un grado de eficacia propia del mundo del derecho.

² Alsina, H., *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., t. 3, Buenos Aires, ed. Ediar, 1975, p. 392.

³ Couture, *Curso de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Buenos Aires, ed. Ediar, 1956, p. 46.

2. Evolución

El documento se desarrolló a través de la historia como una necesidad propia de las esferas gobernantes. En su origen no fue más que una expresión del acontecer humano. Por su medio se transmitían los sucesos importantes, abandonándose la vieja práctica de la transmisión oral.

Con la invención de la escritura, y a partir de ella, el documento escrito adquiere la connotación que posee hasta hoy.

En el siglo xv advino el gran cambio con la invención de la imprenta, que revolucionó la forma de la transmisión escrita; siglos más tarde siguió a ello el invento de la máquina de escribir, de uso personal, y por último en la era actual la etapa que ha cambiado el concepto del documento escrito en su principal o esencial soporte papel, con la aparición del documento electrónico y el digital.

3. Instrumento y documento en el Código Civil

El Código Civil habla indistintamente de instrumento público y documento público, y conceptúa al notarial entre los instrumentos públicos. El estudio del instrumento se vincula a la forma y la prueba y al acto jurídico que lo contiene.

El legislador regula los instrumentos públicos y privados cuando legisla sobre la forma de los actos jurídicos, fijando las formalidades, desde los artículos 973 al 1036 del CC y específicamente sobre la forma y la prueba de los contratos en los artículos 1180 al 1194 CC.

Es imprescindible distinguir: 1) el acto o contenido, 2) del documento o continente.

4. Instrumentos privados

La expresión escrita puede tener lugar por instrumento público o por instrumentos particulares (artículo 978 CC).

El instrumento es toda expresión de voluntad escrita, y los instrumentos privados o particulares son toda expresión de voluntad escrita sin la intervención de un oficial público.

4.1. Requisitos

Si bien el codificador se refiere a instrumentos privados y particulares, legisla sobre los instrumentos privados a partir del artículo 1012 CC.

Son instrumentos privados, tomando el concepto de instrumento como toda expresión de voluntad escrita, aquellos que:

- 1) están redactados en soporte papel, sin la intervención de un oficial público,
- 2) en el idioma y con las solemnidades que las partes juzguen convenientes,
- 3) es esencial la firma de las partes para su existencia (artículo 1012 CC), y
- 4) doble ejemplar.

4.2. Firma en los instrumentos privados

Conforme al artículo 1012 CC, la firma de las partes es requisito formal para los instrumentos privados. Sin la firma no hay instrumento privado.

El instrumento privado debe estar firmado para valer como tal y la firma no puede ser reemplazada por signos ni por iniciales, salvo que el que lo hubiere así firmado, reconociera la misma como su verdadera firma. La exigencia legal no contradice la regla de la libertad de formas en esta materia.

Pueden ser firmados en cualquier día aunque sea domingo o feriado.

4.2.1. Concepto de firma

La firma es la forma habitual que tienen las personas de estampar su nombre y apellido. No es obligatorio que la firma contenga el apellido del firmante: el trazo puede ser legible o no. Lo que es importante es la habitualidad.

Zannoni menciona la existencia de un concepto subjetivo y otro objetivo de la firma. Subjetivamente la firma es el testimonio de la voluntad dado por escrito, pero objetivamente es firma todo trazo inserto voluntariamente con ese fin. Quien así procede, aunque no estampe su firma habitual, si el trazo pretendió ser una firma, deberá atenerse a las consecuencias de la declaración de voluntad así suscripta. Quien simula o aparenta firmar está objetivamente firmando⁴.

⁴ Zannoni, E., "Simulación o apariencia de firma", *LL*, 141-464.

4.2.2. Efectos

La inserción de la firma en un instrumento permite individualizar al sujeto que la suscribe, dado su carácter habitual que implica un trazo particular. Además indica conformidad del firmante con el contenido.

Quien estampa su firma al pie de un instrumento reconoce con ella su contenido, adhiere a las conclusiones que en él se expresan, vuelca, en fin, su conformidad, y por ello quien no lee ni escribe no puede firmar, porque para firmar hay que intelegir aquello que se autoriza con la firma⁵. En postura contraria Machado y Segovia entienden que basta saber firmar, porque firmar, leer y escribir son tres funciones diferentes⁶.

4.2.3. Lugar del documento donde debe estar la firma

Desde el momento que la firma implica la conformidad con el contenido, debe ser inserta al final del instrumento, es decir, a continuación de su texto. Y consecuentemente, todo lo que esté escrito a continuación o más abajo de la firma, carece de validez⁷. Si hay pluralidad de hojas el instrumento debe ser firmado en todas ellas.

Cuando el instrumento privado se hubiese hecho en varios ejemplares, no es necesario que la firma de todas las partes se encuentre en cada uno de los originales; basta que cada uno de éstos, que esté en poder de una de las partes, lleve la firma de la otra.

4.3. Valor probatorio

Los instrumentos privados no gozan de la presunción de autenticidad, a diferencia de los instrumentos públicos. Los instrumentos privados y particulares,

⁵ Zannoni, E., "La impresión digital y sus efectos frente a los documentos privados así signados", *LL*, 114-400.

⁶ Machado, *Exposición y comentarios del Código Civil argentino*, t. III, 1898, p. 270; Segovia, L., *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, t. V, 1881, p. 274, nota 1; Salvat-López Olaciregui, *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, t. II, 1964, p. 453, n° 2159, a).

⁷ CNCiv, Sala B, 31/3/66, *LL*, 122-473; ídem, 4/4/69, *LL*, 135-923; ídem, Sala C, 18/7/67, *LL*, 129-609.

carecen de certeza y no constituyen fuente de prueba sino hasta que ellos, en sí mismos, son probados y para ello deben cumplirse las normas previstas en los códigos procesales.

Es necesario establecer previamente la autenticidad del instrumento para poder apreciar después su eficacia probatoria. Una vez reconocido el instrumento por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y sus sucesores (artículo 1026 del CC). Aunque un instrumento privado sea agregado al expediente judicial, no por eso se convierte en un instrumento público.

4.4. Reconocimiento de la firma

Todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, está obligado a declarar si la firma es o no suya.

El reconocimiento de la firma por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, es suficiente para que el cuerpo del instrumento quede reconocido también (artículo 1028 CC).

El instrumento privado reconocido judicialmente por la parte a quien se opone o declarado judicialmente reconocido tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y los sucesores.

La certificación notarial de firma no convierte en público el instrumento.

Un caso especial se presenta cuando el pagaré es protestado. El pagaré es un instrumento privado, y como tal es necesario el reconocimiento de la firma. El pagaré protestado por escritura pública generalmente es reconocido por la parte a quien se le presenta, por lo cual existe una prueba preconstituida de su autenticidad, y sólo podrá ser argüida de falsa.

Si bien el principio consagrado en el artículo 1028 CC, por el cual el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo del instrumento se tenga también por válido, es *iuris tantum*, o sea que admite prueba en contrario, no es suficiente para acreditar la falsedad del texto el desconocimiento que del mismo realice el signatario que reconoció su firma (artículo 1017 CC)⁸.

⁸ Sup. Corte Bs. As., 26/5/1992, "Briccola, Carlos H. v. Jockey Club", JA 1995-IV-síntesis.

4.5. Cotejo y pericia y demás pruebas

La autenticidad de la firma puesta al pie de un documento privado, negada por el firmante, puede ser acreditada por toda clase de pruebas, incluso la de testigos y presunciones, dados los términos en que está redactado el artículo 1033 CC.

El cotejo y la comparación caligráficas ordenados judicialmente, aunados como parecer de los peritos a los demás antecedentes, permiten la resolución judicial con mayor seguridad.

Se ha discutido si la pericia caligráfica es prueba necesaria en materia de verificación de firmas, o si puede prescindirse de ella y emplearse otros medios probatorios. Salvat dice que no es esencial, pues el artículo 1033 CC no la establece como prueba necesaria en forma expresa. La nota al artículo citado avala esa posición⁹.

El cotejo y la comparación de la letra a que alude el artículo 1033 del CC no son dos medios distintos de prueba, sino uno solo, que no requiere necesariamente la participación directa y personal del juez, pues puede encomendarse a peritos¹⁰.

Si bien pueden acumularse otras pruebas, la del cotejo es imprescindible y no debería ser omitida, pues no existe el derecho de optar sólo por las demás pruebas, dejando de lado la caligráfica. La ley no debe establecer limitaciones a la actividad probatoria de las partes. Pero en aquellos casos en los que se hace imposible proceder a la prueba pericial caligráfica, estimamos que ésta no es indispensable cuando la firma fuere negada, pues el artículo 1033 del CC admite otras pruebas, incluso la de testigos, que basta por sí sola, si no aparece impugnada.

En la jurisprudencia existen dos posiciones. Una minoritaria, que interpreta el artículo 1033 CC restrictivamente, subordinando la procedencia de otros medios de prueba a la imposibilidad de llevar a cabo una pericia caligráfica, y la mayoritaria, que acepta todo tipo de pruebas.

La plena fe que adquieren los instrumentos privados reconocidos judicialmente por el cotejo pericial de las firmas, puede ser desvirtuada mediante querrela de falsedad respecto de la verdad material de los hechos consignados en los

⁹ CNCiv, Sala M, 17/4/1995, "Fiszch, Jacobo J. v. De Andrés Varela, Ricardo", JA 1997-III-síntesis. Jurisprudencia.

¹⁰ SCBA, "L.J.-c/ C.", LL, 109-623.

mismos, o por la concreta impugnación —por vía de acción o de excepción— de la sinceridad de sus enunciaciones¹¹.

4.6. Impresión digital

La impresión digital puesta al pie de un instrumento privado es tema de debate en la doctrina y jurisprudencia.

Si bien la impresión digital permite identificar al sujeto que la inserta, ello no es garantía de que al estampar su huella dicha persona haya querido expresar su aceptación respecto del contenido del instrumento.

Para una parte de la doctrina, la impresión digital no tendría ningún valor como principio de prueba por escrito, de manera que cuando un acto requiere la forma escrita y una de las partes es analfabeta o no puede firmar, necesariamente debe recurrirse a la escritura pública¹².

En una segunda posición intermedia, se ha distinguido entre la impresión digital puesta por el analfabeto —que se considera inválida como sustitutiva de la firma— y aquella utilizada con igual propósito por quien sabe leer y escribir pero se encuentra físicamente impedido de firmar, en cuyo caso se acepta la validez del estampado de dicha impresión¹³.

El fundamento de la distinción estriba en la imposibilidad que tiene la persona analfabeta de conocer el contenido del texto mediante su lectura, y que al imprimir la impresión digital permite presumir que consiente las declaraciones en él contenidas¹⁴.

La impresión digital no suple la firma y no debe ser usada en los instrumentos privados pues no tendrán validez, sin perjuicio de que la jurisprudencia le ha otorgado valor probatorio de la existencia del acto (artículo 1190 inc. 2 CC).

¹¹ CNCiv, Sala A, 15/4/1994, "Calligaro, María C. v. Glass de Reich, Olga", JA 1995-I-síntesis.

¹² SCBA, 25/2/64, Rep., LL, XXV-844, sum. 5; Cám. 1° Apel. San Nicolás, 3/2/72.

¹³ CCiv 2° Cap., 21/7/41, LL, 23-904; CNCiv, Sala A, 9/3/79, ED, 83-646, ídem, Sala F, 28/7/70, LL, 142-574; Cám. Trab. Rosario, 11/10/67, LL 130-704; Díaz de Guijarro, "La impresión digital en los instrumentos privados no firmados", JA 50-85.

¹⁴ Acuña Anzorena, "Efectos jurídicos de la impresión digital en los documentos privados", LL, 23-904.

La impresión dígito-pulgar es admitida en los instrumentos, en el Código de Comercio y en las leyes laborales.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires dijo que:

"Para que al documento que presenta la impresión digital de un presunto autor pueda atribuírsele el carácter de principio de prueba por escrito es necesario que haya sido escrito por la persona a quien se atribuye (artículo 1192 CC)"¹⁵.

4.7. Falta de firma en un instrumento privado

La falta de la firma transforma en nulo el instrumento privado, pero podrá ser aceptado como principio de prueba por escrito conforme el artículo 1192 del CC. Son nulas las cláusulas insertas debajo de la firma.

Adhiriendo a esta tesis, Llambías dice que "hay instrumentos privados en sentido lato (género) y en sentido estricto (especie)". Los instrumentos privados en sentido lato, son todos los escritos emanados de una persona. Los instrumentos privados propiamente dichos, son los documentos firmados por las partes. Unos y otros valen como medios de prueba, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1190, inc. 2 del CC. Pero en cambio sólo los instrumentos privados propiamente dichos, valen como elemento de forma del acto jurídico¹⁶.

La jurisprudencia ha dicho que tanto desde un punto de vista lógico como estructural, el instrumento es autónomo de la declaración de voluntad que refleja; de allí que aunque el instrumento sea nulo, conforme el ordenamiento legal, conserva en ciertos casos virtualidad suficiente en orden a la demostración del contenido de la voluntad.

Si bien el artículo 1012 CC exige la firma de las partes como requisito esencial de los instrumentos privados, ese principio tan riguroso admite cierta morigeración por el juego de otras disposiciones legales, como la del artículo 1190 inc. 2 CC.

¹⁵ Sup. Corte Bs. As., 19/10/1993, "Orge Martínez, Jesús y otra v. Martínez, María suc.", JA 1995-IV-síntesis.

¹⁶ Llambías, J. J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 4° ed., t. II, Buenos Aires, ed. Perrot, 1970, p. 407.

Cierto es que en el orden natural de las cosas el instrumento privado debe llevar las firmas de las partes, pero de aquí no se sigue que si falta ese requisito el documento quede destituido de todo efecto, ya que por el contrario se lo reputa un medio de prueba de los contratos. Además de la función formal del acto jurídico, en un sentido lato, los instrumentos privados tienen valor como medio de prueba cuando están referidos a actos formales no solemnes o de solemnidad relativa, es decir, aquellos respecto de los cuales la omisión de la forma legal determina la nulidad del acto, pero no impide, a diferencia de los solemnes absolutos (matrimonios, testamentos, etc.) la producción de otras consecuencias jurídicas¹⁷.

La falta de firma no priva totalmente de efecto al documento ya que, con arreglo al dispositivo legal indicado, él valdrá como un medio de prueba de los contratos¹⁸.

4.8. Firma a ruego

La firma a ruego no es aceptada en los instrumentos privados en el Código Civil; el codificador la prevé en las escrituras públicas.

Si el documento estuviera firmado a ruego, podrá valer como principio de prueba por escrito.

Los contratos comerciales pueden justificarse por documento privado firmado a ruego, regulado en el Código de Comercio, artículo 208 inc. 3.

Salvat sostiene que las personas que no saben o no pueden firmar no pueden otorgar instrumentos privados, y debe recurrirse en todos los casos al instrumento público.

4.9. Firma en blanco

La firma en blanco es regulada en el Código Civil en los artículos 1016 a 1019. Entregado un documento con firma en blanco, llenado el acto por la parte que se le ha confiado, hace fe cuando es reconocida la firma.

¹⁷ CNCiv, Sala G, "Engel de Borejsko Wisocki", JA 30/5/84.

¹⁸ CNCiv, Sala A, JA 1981 I-601.

El signatario puede oponerse al contenido del documento, probando que no coincide con su voluntad, pero la nulidad no puede oponerse a terceros que de buena fe hubieran contratado con la otra parte.

El instrumento firmado en blanco tiene el mismo valor que aquel que fue firmado después de escrito, en tanto y en cuanto el otorgante haya reconocido la firma.

Cuando se ha reconocido la firma atribuida en el documento privado, se presume la autenticidad de su contenido, por lo que si el demandado pretende que ha mediado adulteración o abuso de firma en blanco, le corresponde su demostración¹⁹.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires dijo:

"La prueba del delito de abuso de firma en blanco se encuentra sometida a las limitaciones del artículo 1017 CC, por lo que son ineficaces tanto la prueba testifical como la indiciaria, salvo el supuesto del CC artículo 1019"²⁰.

4.10. Ejemplares del instrumento

Es necesario extender tantos ejemplares como partes haya en el acto con un interés legítimo. La falta de ejemplar perjudica al instrumento que queda desprovisto de sus efectos propios pero no afecta al contrato, salvo excepciones.

El defecto de diversos ejemplares en actos que documentan convenciones perfectamente bilaterales no anula las convenciones contenidas en ellos, si por otras pruebas se demuestra que el acto fue concluido de una manera definitiva.

Es posible subsanar la falta de doble ejemplar cuando una de las partes, antes de la redacción del acto, o en el momento de la redacción, llenare completamente las obligaciones que el acto le impusiere (artículo 1022).

La ineficacia de un acto bilateral por estar hecho en un solo ejemplar se cubre con la ejecución, sea total o parcial, de las convenciones que contenga y el depósito del ejemplar único de un acto bilateral, en poder de un escribano o de otra persona, efectuado de común acuerdo; si lo depositó una sola parte la irregularidad no será cubierta sino respecto de ella.

¹⁹ CCiv y Com, Trenque Lauquen, 5/3/98, "García, Ricardo O. v. Carmen C. de Traverso e Hijos Sociedad de Hecho y otros", JA 1998-III-143.

²⁰ SCBA, JA 1950-I-563.

El requisito de doble ejemplar en el contrato de locación de obra se ha cumplido si se otorgó uno al contratante que asume la obligación de hacer la obra, y otro a los comitentes que se asociaron para encomendarle la ejecución del trabajo, aunque el segundo ejemplar quedara en poder de uno solo de esos comitentes; ello, aparte de que el contrato quedó demostrado mediante otras pruebas, lo que cubre el defecto del doble ejemplar²¹.

El requisito de doble ejemplar no rige para los contratos privados comerciales²².

4.11. Fecha cierta

El problema de la fecha cierta sólo se suscita en las relaciones con terceros por estar vinculado con la oponibilidad; en cambio, entre las partes basta el reconocimiento de la firma para que quede probado el contenido, y en ausencia de prueba en contrario, debe estarse a la fecha consignada en el documento²³.

Para oponerlo a los terceros o a los sucesores por título singular es necesario que tengan fecha cierta.

La condición de inautenticidad de los instrumentos privados hace necesario establecer un régimen especial respecto de su oponibilidad a los terceros, pues en caso contrario las partes estarían en situación de perjudicarlos haciendo constar en ellos fechas que no fueran verdaderas²⁴.

En los términos del artículo 1035 CC, aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación con los sucesores singulares de las partes o a terceros será:

- 1) por su exhibición en juicio o cualquier repartición y allí quedase archivado;
- 2) la de su reconocimiento ante escribano y dos testigos que lo firmaren.
- 3) la de su transcripción en cualquier registro público,
- 4) la del fallecimiento de la parte que lo firmó, lo escribió o lo firmó como testigo.

²¹ CNCiv, Sala C, JA 1955-IV-187.
²² CNCCom, Sala B, JA 1956-IV-540.
²³ CNCiv, Sala G, ED 140-363
²⁴ CNCiv, Sala C, ED 72-383.

Entendemos que esta disposición es de carácter enunciativo, y coincidiendo con la jurisprudencia decimos que la certificación notarial de la firma, el timbrado fiscal, etc., dan fecha cierta.

La Suprema Corte de Buenos Aires dijo que si bien el artículo 1035 CC no contiene una enumeración taxativa, no es dable al juzgador desvirtuar la norma reemplazando los casos contemplados en la ley por elementos que, si bien pueden ser convincentes, no son en sí mismos idóneos para lograr el fin de la norma²⁵.

Para otorgar la escritura prometida en un boleto de compraventa la jurisprudencia ha admitido la agregación del instrumento al protocolo²⁶, la certificación de autenticidad de la firma por un escribano, la fecha del sellado fiscal, el poder conferido por escritura pública²⁷.

Al tratarse de un caso de inoponibilidad, es inviable para las partes intentar frente a terceros la prueba de la autenticidad de la fecha inserta en el instrumento por los medios de prueba generales. Únicamente son admitidos los medios de prueba de los cuales surge en forma indubitable la existencia del instrumento en la fecha en que ellos se produjeron²⁸.

Los testigos del acto no deben considerarse terceros; tampoco la masa de acreedores del quebrado si actúa en representación del fallido.

No se exige fecha cierta en recibos de pago ni respecto de los sucesores por título singular en la medianería. Es discutida la exigencia en materia comercial.

4.12. XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil Lomas de Zamora 2007 Comisión N° 1. Conclusiones. I: Cartas con destino *post mortem*: de lege lata

Se aprueba por unanimidad: 1. Se considera tal a la correspondencia que una persona (remitente) dirige a otra (destinatario), para que ésta la reciba luego del fallecimiento de aquélla. 2. Las cartas con destino *post mortem* gozan de la

²⁵ Sup. Corte Bs. As., 13/6/1995, "Rodil López, Jaime v. Conellas de Nicastri, Alicia y otro", JA 1995-IV-síntesis.

²⁶ CNCiv, Sala B, LLXLI-1718-19.

²⁷ CNCiv, Sala C, ED 72-383.

²⁸ Lavalle Cobo, en *Código Civil Comentado*, director Bueres, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999.

garantía constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia. 3. Las cartas con destino *post mortem* revisten desde su emisión, carácter privado o confidencial, calidad que resulta de la voluntad del remitente. Se aprobó por mayoría el siguiente despacho: La privacidad de las cartas con destino *post mortem* puede ceder en el caso que existan presunciones fundadas, precisas y concordantes que su contenido pueda contravenir un interés público prevaleciente. El criterio de apreciación debe ser estricto y restrictivo. En ese caso, el juez debe apreciar la viabilidad de la apertura, y en su caso, la misma se realizará con citación necesaria del destinatario.

Despacho de la minoría: El aludido carácter no justifica la apertura de la carta, por la presunción de la violación de un interés patrimonial.

5. Instrumentos particulares

El artículo 978 CC dice que la expresión escrita puede tener lugar por instrumento público o por instrumentos particulares, pero Vélez regula los instrumentos públicos y los instrumentos privados y no señala requisitos para los instrumentos particulares.

El artículo 1190 CC menciona los instrumentos particulares cuando regula sobre la prueba de los contratos.

Existe discrepancia en la doctrina sobre la terminología empleada en el Código Civil. Para algunos autores, sólo existen las categorías de instrumentos públicos y privados y consideran la mención a los particulares como un error del codificador por influencia de la fuente. Según esta doctrina el término es utilizado como sinónimo de instrumentos privados.

Otros autores admiten que el Código Civil hace referencia a los instrumentos particulares firmados y no firmados, y distinguen entre los documentos que se otorgan para formalizar un acto jurídico —los privados— y los documentos que se utilizan como medio de prueba del contrato y que no requieren firma.

Instrumentos particulares son los registros visuales, fotográficos, vídeos, sonoros, impresos y cualquier otro instrumento que empleando otros recursos registre pensamientos o información.

En su mayoría los instrumentos particulares no exteriorizan la voluntad de su autor: sólo reproducen una voluntad declarada por otro medio.

Autorizada doctrina sostiene que aun en la redacción original del Código Civil y antes de la ley de firma digital, la legislación de fondo admitía instrumentos cuyo soporte no es el papel en virtud de lo expuesto en torno al artículo 1020²⁹ CC, que no requieren la transmisión de ideas únicamente por escritura en razón de lo expuesto sobre el artículo 1191 CC, segunda parte del 1192 y 1193 CC, sino en virtud de nuevas maneras de transmitir pensamientos por imagen y sonido; y sin firma, por la relativización de los preceptos del artículo 1012 CC y afirmación interpretativa de los artículos 978, 1188, 1181, 1185 y 1190 del Código Civil vigente³⁰.

Ello lleva a la conclusión de que el Código Civil no prohíbe la existencia de instrumentos que carezcan de soporte en papel. De modo que la ausencia de forma especial, a nuestro criterio, es suficiente para la admisión de estos instrumentos³¹.

La mayoría de la doctrina sostiene que con el avance de la tecnología la firma de las partes no puede considerarse el único medio, ni siquiera el más confiable, para lograr el objetivo de seguridad. Hoy es posible recurrir a otros medios que garantizan mayor seguridad al momento de verificar la autenticidad y la autoría de un determinado documento.

El artículo 1014 CC da lugar a que las partes acuerden voluntariamente otorgar valor probatorio a aquellos documentos que contengan iniciales o signos con los cuales manifiestan su voluntad en las relaciones jurídicas generadas bajo un contrato marco. La realidad autoriza la existencia de instrumentos sin firma; son más las operaciones y actos jurídicos que se realizan diariamente sin necesidad de firma que los que la exigen³². Las cartas misivas del artículo 1036 del CC, la ley de contrato de trabajo, artículo 59, son ejemplos de documentos sin firma.

²⁹ El artículo 1020 establece que "para los actos bajo forma privada no hay forma alguna especial, las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes".

³⁰ Leiva Fernández, "Hacia una nueva concepción de la forma en el Código Civil", *LL*, 1987-D, pp. 946 a 951.

³¹ Véase Teixeira de Freitas, A., *Código Civil. Esbozo*, Río de Janeiro, ed. Laemmert, 1860, p. 361, artículo 733, en el que sostiene que "los instrumentos particulares no dependerán para su validez de alguna redacción propia, ni del formato del papel o de cualquier solemnidad, salvo en los casos en que este Código u otras leyes expresamente lo determinen".

³² Véanse en ese sentido Díaz de Guijarro, "La impresión digital en los instrumentos privados", *JA*, t. 50, p. 85; y el Anteproyecto de 1954 en su artículo 288.

Comercialmente son admitidos los libros de comercio no firmados: según el artículo 212, ley 19.550 modificada por ley 22.903 se admite prueba informática³³. Está autorizado también para las tarjetas de crédito en cuanto sean utilizadas en cajeros automáticos y otro tipo de máquinas. La firma que lleva la tarjeta de crédito es requerida al solo efecto de permitir al comerciante el cotejo de las firmas³⁴.

El documento electrónico, puede presentarse en juicio a los efectos de probar un contrato, siempre que emane del adversario y haga verosímil el hecho litigioso; todo ello, claro está, cuando el cúmulo de las restantes pruebas aportadas, examinadas todas a la luz de la sana crítica procesal determine que el juez le acuerde autenticidad.

El e-mail es una figura novedosa, cuya equiparación con los instrumentos privados que regula el artículo 1012 del Código Civil se encuentra obstaculizada por la ausencia de firma. De todos modos, la ausencia de este requisito —que la ley estipula esencial para la configuración de un instrumento privado— no impide que pueda considerárselo en los términos del artículo 1190, inc. 2º del Código Civil como “instrumento particular no firmado” a los fines de acreditar la existencia de un contrato o bien como principio de prueba por escrito en los términos del artículo 1191 del mismo cuerpo legal.

5.1. Valor probatorio

El instrumento particular es admitido como medio de prueba, pero su valor debè ser apreciado rigurosamente.

La jurisprudencia ha admitido como pruebas la impresión dactiloscópica, la fotografía, las grabaciones telefónicas, etcétera. Sobre las grabaciones telefónicas, se debe resguardar el principio de la inviolabilidad de la correspondencia y la privacidad aplicada a la conversación telefónica. Resulta necesario que la persona sea informada de que se está grabando su conversación. La grabación

³³ Véase Guastavino, E., “Responsabilidad civil derivada de la informática”, en *Derecho de daños*, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1996; y “La prueba informática”, *LL* 1987-A-1144.

³⁴ Véase Arrillaga, J. I., “La tarjeta de crédito”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, setiembre de 1981, p. 784.

debe ser de una calidad que permita identificar a los interlocutores, es necesaria la prueba de la autenticidad de la grabación y la existencia de la conversación; y en última instancia será el juez quien apreciará o desechará dichas pruebas.

El instrumento remitido por fax no puede ser considerado como documento privado en los términos del artículo 1012 CC, pero no obstante posee suficiente eficacia probatoria como principio de prueba por escrito a tenor de lo previsto en el artículo 1190, inc. 2 CC, y en este sentido existe instrumento privado en sentido lato. En la noción de “documento”, en virtud de las manifestaciones evolutivas de la técnica electrónica, el soporte papel está inexorablemente destinado a ser alcanzado por la equiparación a los nuevos instrumentos puramente incorporeales —como los asientos estricta y exclusivamente electrónicos— o a los productos de segundo grado, como el fax, de los que se puede considerar equivalente funcional³⁵.

6. Forma y prueba de los actos jurídicos en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 1998

En el PUCC la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto los casos en que sea exclusivamente impuesta determinada forma de instrumento.

Puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su contenido sea representado como texto inteligible, aunque para su lectura se requiera la intervención de medios técnicos.

La firma prueba la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe ser manuscrita y consistir en el nombre del firmante, o en un signo, escritos del modo en que habitualmente lo hace.

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método para identificarla, y ese método asegura razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.

³⁵ CNCom, Sala D, diciembre 30-1998 (citas legales del fallo n° 14.350: Reglamento para la Justicia Nacional, “*Viacart S.A. c. Compañía de las Tiendas S.A.*”).

7. El documento en la actualidad

La realidad ha adquirido un ritmo vertiginoso debido a las profundas transformaciones sociales, económicas y culturales, y las producidas por la tecnología de la información.

Tradicionalmente se consideraba que la base esencial del documento escrito estaba constituida por el elemento sobre el cual se escribía; desde los pergaminos de los antiguos egipcios y más tarde el papel, se aceptaban como soportes materiales, accesibles a la vista y al tacto. Con la electrónica esa concepción cambió, y se acepta y son posibles los documentos cuya constitución material carece de los anteriores elementos.

El documento puede ser examinado desde distintos puntos de vista.

Desde una óptica estructural, tal como lo expresamos, el documento está sujeto a una materialidad que podrá adoptar diversas formas, estará construido por un *corpus* -representación material- y una grafía, y en la correlación entre la materialidad y el espíritu del documento, el elemento intelectual o docente. En los documentos digitales este último elemento existe con independencia del soporte utilizado.

La informática jurídica es una técnica aplicada al derecho instrumental y, como consecuencia de ello, el derecho ha debido dar cabida a nuevas figuras que se producen en su entorno, afectado por el desarrollo de los medios informáticos. Por la informática, en el derecho penal aparecen nuevas figuras delictivas; en el derecho procesal se generan cambios en relación con la estructura del proceso, y los medios de prueba tradicionales también se alteraron.

Coexisten entonces dos formas de negociación jurídica que se encuentran al servicio del usuario, y son:

a) El sistema contractual clásico, documentado en soporte papel, que cubre las necesidades de los particulares, y si es por escritura pública con intervención del notario, da certeza y autenticidad al instrumento;

b) el contrato por medios informáticos o de transferencia electrónica de datos, de rápida evolución desde fines de la década de 1980, en el que se distinguen dos aspectos: el soporte o máquina informática dentro del cual estará archivado el contrato, y su grafía que está constituida por el lenguaje binario propio del medio usado.

La teoría del acto jurídico ha sufrido cambios: la unidad del acto se transforma como resultado de las posibilidades fácticas de formalizar el negocio jurídico a distancia a través de medios electrónicos.

7.1. El documento electrónico

Como componente informático documental el documento electrónico ha ido adquiriendo un rol relevante en las negociaciones jurídicas, particularmente en las realizadas a distancia, y permite concluir los contratos utilizando solamente la vía electrónica, eliminando el uso del papel. Regulado jurídicamente, el documento electrónico se transforma en un instrumento útil al servicio de lo jurídico y reúne ciertas características:

- 1) Es emitido o generado a través de un sistema computacional,
- 2) sólo puede hacerse público mediante tecnología informática,
- 3) no puede ser conocido por el usuario, si éste no tiene acceso a los sistemas de seguridad que lo protegen,
- 4) carece de materialidad, su corporeidad se produce únicamente a través de combinaciones binarias, procesadas a través de una computadora,
- 5) está sujeto y garantizado por medidas de seguridad a través de sistemas de redes, como el caso de Internet, pero es posible borrar el soporte, por ello las necesarias medidas de seguridad.

7.2. Medios de autenticación del documento electrónico

Entre los métodos de autenticación de los documentos electrónicos, podemos distinguir: a) el código de ingreso, que consiste en un número o una clave numérica que se otorga a una persona para su uso exclusivo y personal; b) la criptografía, que consiste en el arte o la ciencia de escribir un texto de tal forma que sea entendido solamente por quienes conocen los medios de descifrarlo; c) reconocimiento de características físicas, utilizando las llamadas técnicas biométricas, que consisten en que el ordenador identifique la voz, la impresión digital, las características del iris; d) impresión digital del operador.

Existen dos tipos de codificación, el método simétrico y el asimétrico. El método asimétrico requiere la intervención de un tercero y se aplican dos códigos, el de llave pública y el de llave privada.

En la actualidad el método más avanzado es el denominado sistema críptico de doble llave pública y privada, que funcionan a través de la aplicación de un doble sistema de códigos algorítmicos. Una llave para crear el mensaje y la otra para recuperarlo. Junto con la firma electrónica esta codificación da seguridad al sistema.

Es fundamental que los organismos públicos y privados que emiten documentos electrónicos realicen el adecuado control interno que debe existir para dar seguridad al sistema. La seguridad del soporte exige un imprescindible control técnico de los equipos y programas a utilizar.

Los esfuerzos de los informáticos para lograr un documento seguro han culminado hasta ahora con la creación del documento con firma digital, codificado con la clave privada de quien lo originó y que sólo puede ser decodificado mediante la pareja clave pública del mismo.

Como existe un mínimo margen de error en la identificación del autor del documento, la firma digital requiere el acompañamiento o la incorporación de un certificado expedido por una autoridad de certificación, garante de la clave pública de quien origina el mensaje y de la vigencia de la misma, para determinar la fecha, y demás datos y circunstancias del firmante.

La intervención notarial se justifica plenamente por cuanto las autoridades certificadoras cumplen una función clave para la adecuada operación de la firma electrónica o digital, de los sellos electrónicos o firmas digitales, y que reemplaza la firma escrita de una persona.

7.3. Valor probatorio

En las *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* se concluyó que en la labor judicial debe primar la amplitud de criterio para valorar la fuerza probatoria de la prueba informática. El tribunal debe apreciar el valor probatorio de los documentos electrónicos, digitales o informáticos, ponderando, entre otras pautas, los usos del tráfico, la conducta precedente y posterior de las partes, y la razonable convicción que pueda alcanzarse sobre su autoría, legibilidad e inalterabilidad de acuerdo a los métodos utilizados para su creación y transmisión a terceros.

Los medios informáticos, electrónicos o digitales no son instrumentos, pero sí documentos que constituyen principio de prueba por escrito conforme a las normas indicadas y su eficacia debe ser admitida expresamente si se garantiza que su contenido resulta inalterable y auténtico.

El documento informático constituye principio de prueba por escrito. Adquieren importancia los avisos publicitarios, los testigos, las constancias notariales que demuestren la oferta informática de un producto, especialmente los informes de empresas de tarjetas de crédito utilizadas como medios de pago, o de empresas

que operan con dinero digital, transferencias desde la cuenta del usuario a la del comerciante³⁶.

En materia de derecho procesal, el artículo 378 del CPN acepta un sistema mixto de apreciación de la prueba. La situación idónea de los medios de prueba es su disponibilidad para ser requeridos por el juez o por los litigantes en vista a su posterior utilización en el juicio. Las partes podrán disponer, o el juez pedir de oficio, la producción de un medio de prueba aunque no esté legalmente previsto en tanto no afecte la moral y las buenas costumbres ni los principios generales del derecho.

Según la jurisprudencia, es improcedente la medida de prueba anticipada consistente en la constatación judicial de los equipos de computación del demandado para determinar la existencia de mensajes de correo electrónico —en el caso, relativos a un contrato rescindido— que tengan al actor como remitente, destinatario o con copia a él mismo, pues el artículo 387 del Código Procesal faculta al juez para ordenar la exhibición de los documentos en poder de las partes o de terceros, pero no autoriza su secuestro o exhibición compulsiva.

El denominado “correo electrónico” es equiparable a la correspondencia epistolar y, por ello, merece igual protección constitucional. Los motivos invocados por el peticionario de una medida de prueba anticipada consistente en la constatación judicial de los equipos de computación del demandado para determinar la existencia de mensajes de correo electrónico que tengan al actor como remitente, destinatario o con copia a él mismo y atinentes a una contratación comercial, deben analizarse a la luz de los artículos 33, inc. 3, 149, 208, inc. 4, y 214 del Código de Comercio relativos a la correspondencia epistolar³⁷.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, ha resuelto que:

“El pago no sólo puede ser acreditado mediante recibo sino que también debe considerárselo realizado cuando aparece probado por otro medio fehaciente. Se impone una mayor flexibilización probatoria cuando se utilizan medios electrónicos de pago, propios del aporte de la era de la informática, atendiendo además a que el usuario bancario es un consumidor financiero, amparado en el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240. Poseyendo la ejecutada un recibo

³⁶ Borda, A., *op. cit.*

³⁷ JNCom, n° 18, 2001/10-23, “G. D. E. c. C. s. A.”.

—expedido por medios electrónicos— que indica el saldo, el mismo es válido y tiene efectos cancelatorios del pago (artículos 499, 505, 724 y concs. CC), incumbiéndole al acreedor que alega un hecho modificativo (que el ejecutado no pagó) la acreditación de ese extremo fáctico (artículo 375 CPC), [dado que] “habiendo el ejecutado opuesto excepción de pago parcial, trayendo en apoyo de su defensa un recibo —sin firma— expedido por el banco actor por medios electrónicos, con evidentes visos de verosimilitud, incumbe al banco actor demostrar que las leyendas y constancias consignadas en ese instrumento privado no se corresponden con la realidad que reflejan”³⁸.

7.4 Correo electrónico. Cuenta corriente bancaria. Cumplimiento del contrato. Valor probatorio

Resulta improcedente asignar valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los artículos 2 y 5 de la ley 25.506 sobre “firma digital”, ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico³⁹.

La Cámara Nacional resolvió que la circunstancia de que la proveedora del servicio informara no poder expedirse sobre la autenticidad de los correos enviados y recibidos por el demandado por faltarle un dato necesario para ello, y aun cuando es cierto que a pesar de que el accionado no aportó el dato requerido, también lo es que el actor tenía a su alcance otros medios para acreditar fehacientemente la autenticidad de los mencionados correos, como ser el secuestro del disco rígido con carácter cautelar o el ofrecimiento de un perito especializado en la materia. La limitación probatoria establecida por el artículo 2246 del Código Civil para los mutuos cuyo valor sobrepase los diez mil pesos, sólo se aplica a las relaciones con terceros, pues entre las partes rigen los principios generales de los artículos 1191 y 1192 del mismo cuerpo legal⁴⁰.

³⁸ CCyC, Azul, Sala II, 30/4/2002, “Banco Galicia y Bs. As. S.A. c. Lucero, José s. Ejecución hipotecaria” (El Día, 6/6/2002).

³⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 04/10/2007, Baires Inter Trade S.A. c. Otro Mundo Brewing Company S.A. s/ medida precautoria. La ley on line.

⁴⁰ CNCiv., Sala I, agosto 11-2005. “Leone, Jorge Néstor c. Maquieira, Jorge Sabino s/cobro de sumas de dinero”, ED, supl. 3.3.2006

La doctrina y jurisprudencia ha identificado al documento electrónico con firma electrónica con la figura del instrumento privado, y se ha colocado al documento electrónico con firma digital en un sitial intermedio entre el instrumento particular y el instrumento público.

8. Ley 25.506. La firma digital

La ley 25.506 sancionada y publicada en diciembre de 2001 establece consideraciones generales sobre:

- la firma digital,
- el documento digital y
- el documento electrónico,
- los certificados,
- el certificador licenciado, y
- la autoridad de aplicación.

Se reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que establece esa ley.

8.1. Concepto

Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control.

La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

8.2. Del requerimiento de firma

Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o cuando prescribe consecuencias para su ausencia.

8.3. Las exclusiones expresas

Constan en el artículo 4. Las disposiciones de esta ley no son aplicables:

- a) A las disposiciones por causa de muerte;
- b) a los actos jurídicos del derecho de familia;
- c) a los actos personalísimos en general;
- d) a los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o por acuerdo de partes.

Jurisprudencia

Acuerdo transaccional. Formalidades de la instrumentación. Envío de correo electrónico. Rechazo. Firma digital. Incumplimiento de los requisitos de la Ley 25506:

“La Ley 25506 reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica (artículo 1°), mas prevé a ese fin, una serie de requisitos (artículos 2° y 5°) que no es dable tener por acreditados con la emisión de un simple correo electrónico, aún cuando hubiera sido reconocido su envío”. “El artículo 4° inc. d) de la ley citada excluye su aplicabilidad a los actos que deben ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes. Tal el caso de autos, por cuanto por disposición legal se ha establecido que la transacción tiene que ser firmada por los interesados y presentada en el expediente judicial, procedimiento eminentemente escrito (CPCC:118 y ccs. y RJN: 46 y ccs.)”⁴¹.

⁴¹ Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Fiduciaria LTDA c/Becerra Leguizamón Hugo Ramón s/incidente de apelación” - CNCOM - 27/06/2006.

8.4. Firma electrónica

La ley 25.506 dice en el artículo 5:

“Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

8.5. Documento digital. Presunciones de autoría y de integridad

Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo.

Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura (artículo 6 ley 25.506):

- 1) Existe presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma.
- 2) Y presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.

8.6. Validez de la firma digital

Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos:

- a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;
- b) ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente;

c) que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el artículo 16 del presente, por un certificador licenciado.

Presunción

Cuando un documento digital sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene del remitente.

Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación.

8.7. Conservación

La exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción.

8.8. De los certificados digitales

Se entiende por certificado digital al documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular.

Para ser válidos los certificados digitales deben:

- a) Ser emitidos por un certificador licenciado por el ente licenciante;
- b) responder a formatos estándares reconocidos internacionalmente, fijados por la autoridad de aplicación, y contener, como mínimo, los datos que permitan:
 - 1) identificar indubitavelmente a su titular y al certificador licenciado que lo emitió, indicando su período de vigencia y los datos que permitan su identificación única; 2) ser susceptible de verificación respecto de su estado de revocación; 3) diferenciar claramente la información verificada de la no verificada incluidas en

el certificado; 4) contemplar la información necesaria para la verificación de la firma; 5) identificar la política de certificación bajo la cual fue emitido.

Período de vigencia del certificado digital

A los efectos de esta ley, el certificado digital es válido únicamente dentro del período de vigencia, que comienza en la fecha de inicio y finaliza en su fecha de vencimiento, debiendo ambas ser indicadas en el certificado digital, o su revocación si fuere revocado.

La fecha de vencimiento del certificado digital mencionada en el párrafo anterior, en ningún caso puede ser posterior a la del vencimiento del certificado digital del certificador licenciado que lo emitió.

La autoridad de aplicación podrá establecer mayores exigencias respecto de la determinación exacta del momento de emisión, revocación y vencimiento de los certificados digitales.

Reconocimiento de certificados extranjeros

Los certificados digitales emitidos por certificadores extranjeros podrán ser reconocidos en los mismos términos y condiciones exigidos en la ley y sus normas reglamentarias cuando:

- a) Reúnan las condiciones que establece la presente ley y la reglamentación correspondiente para los certificados emitidos por certificadores nacionales y se encuentre vigente un acuerdo de reciprocidad firmado por la República Argentina y el país de origen del certificador extranjero, o
- b) tales certificados sean reconocidos por un certificador licenciado en el país, que garantice su validez y vigencia conforme a la presente ley. A fin de tener efectos, este reconocimiento deberá ser validado por la autoridad de aplicación.

8.9. Certificador licenciado

Se entiende por certificador licenciado a toda persona de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que expide certificados, presta otros servicios en relación con la firma digital y cuenta con una licencia para ello, otorgada por el ente licenciante.

La actividad de los certificadores licenciados no pertenecientes al sector público se prestará en régimen de competencia.

El arancel de los servicios prestados por los certificadores licenciados será establecido libremente por éstos.

Certificados por profesión

Las entidades que controlan la matrícula, en relación con la prestación de servicios profesionales, podrán emitir certificados digitales en lo referido a esta función, con igual validez y alcance jurídico que las firmas efectuadas en forma manuscrita. A ese efecto deberán cumplir los requisitos para ser certificador licenciado.

Funciones

El certificador licenciado tiene las siguientes funciones:

- a) Recibir una solicitud de emisión de certificado digital, firmada digitalmente con los correspondientes datos de verificación de firma digital del solicitante;
- b) emitir certificados digitales de acuerdo a lo establecido en políticas de certificación, y a las condiciones que la autoridad de aplicación indique en la reglamentación de la presente ley;
- c) identificar inequívocamente los certificados digitales emitidos;
- d) mantener copia de todos los certificados digitales emitidos, consignando su fecha de emisión y de vencimiento si correspondiere, y de sus correspondientes solicitudes de emisión;
- e) revocar los certificados digitales por él emitidos en los siguientes casos, entre otros que serán determinados por la reglamentación: i) a solicitud del titular del certificado digital; ii) si determinara que un certificado digital fue emitido en base a una información falsa, que en el momento de la emisión hubiera sido objeto de verificación; iii) si determinara que los procedimientos de emisión y/o verificación han dejado de ser seguros; iv) por condiciones especiales definidas en su política de certificación; v) por resolución judicial o de la autoridad de aplicación;
- f) informar públicamente el estado de los certificados digitales por él emitidos. Los certificados digitales revocados deben ser incluidos en una lista de certificados revocados indicando fecha y hora de la revocación. La validez y autoría de dicha lista de certificados revocados deben ser garantizadas.

Licencia

Para obtener una licencia el certificador debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley y tramitar la solicitud respectiva ante el ente licenciante, el que otorgará la licencia previo dictamen legal y técnico que acredite la aptitud para cumplir con sus funciones y obligaciones. Estas licencias son intransferibles.

Obligaciones

Son obligaciones del certificador licenciado las que establece la ley en el artículo 21.

Derechos del titular de un certificado digital

El titular de un certificado digital tiene los siguientes derechos:

- a) A ser informado por el certificador licenciado, con carácter previo a la emisión del certificado digital, sobre las condiciones precisas de utilización del certificado digital, sus características y efectos, la existencia de este sistema de licenciamiento y los procedimientos asociados. Esa información deberá darse por escrito en un lenguaje fácilmente comprensible. La parte pertinente de dicha información estará también disponible para terceros;
- b) a que el certificador licenciado emplee los elementos técnicos disponibles para brindar seguridad y confidencialidad a la información proporcionada por él, y a ser informado sobre ello;
- c) a ser informado, previamente a la emisión del certificado, del precio de los servicios de certificación, incluyendo cargos adicionales y formas de pago;
- d) a que el certificador licenciado le informe sobre su domicilio en la República Argentina, y sobre los medios a los que puede acudir para solicitar aclaraciones, dar cuenta del mal funcionamiento del sistema, o presentar sus reclamos;
- e) a que el certificador licenciado proporcione los servicios pactados, y a no recibir publicidad comercial de ningún tipo por intermedio del certificador licenciado.

8.10. Obligaciones del titular del certificado digital

Son obligaciones del titular de un certificado digital:

- a) Mantener el control exclusivo de sus datos de creación de firma digital, no compartirlos, e impedir su divulgación;
- b) utilizar un dispositivo de creación de firma digital técnicamente confiable;
- c) solicitar la revocación de su certificado al certificador licenciado ante cualquier circunstancia que pueda haber comprometido la privacidad de sus datos de creación de firma;
- d) informar sin demora al certificador licenciado el cambio de alguno de los datos contenidos en el certificado digital que hubiera sido objeto de verificación.

8.11 El decreto reglamentario de la ley de Firma digital, número 2628/2002

Reglamenta la ley 25.506. Consideraciones Generales. Autoridad de Aplicación. Comisión Asesora para la Infraestructura de Firma Digital. Ente Administrador de Firma Digital. Sistema de Auditoría. Estándares Tecnológicos. Revocación de Certificados Digitales. Certificadores Licenciados. Autoridades de Registro. Disposiciones para la Administración Pública Nacional.

En los casos contemplados por los artículos 3º, 4º y 5º de la ley 25.506 podrán utilizarse los siguientes sistemas de comprobación de autoría e integridad:

- a) Firma electrónica,
- b) firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados en el marco de la presente reglamentación,
- c) firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores licenciados en el marco de la presente reglamentación,
- d) firma digital basada en certificados digitales emitidos por certificadores extranjeros que hayan sido reconocidos en los siguientes casos:

1. En virtud de la existencia de acuerdos de reciprocidad entre la República Argentina y el país de origen del certificador extranjero.

2. Por un certificador licenciado en el país en el marco de la presente reglamentación y validado por la Autoridad de Aplicación.

Facúltase a la Jefatura de Gabinete de Ministros, a determinar las normas y los procedimientos técnicos para la generación, comunicación, archivo y conservación del documento digital o electrónico, según lo previsto en los artículos 11 y 12 de la ley 25.506.

El cumplimiento de la exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, conforme a la legislación vigente a la materia, podrá quedar satisfecha con

la conservación de los correspondientes, documentos digitales firmados digitalmente. Los documentos, registros o datos electrónicos deberán ser almacenados por los intervinientes o por terceros confiables aceptados por los intervinientes, durante los plazos establecidos en las normas específicas.

Se podrán obtener copias autenticadas a partir de los originales en formato digital firmados digitalmente. La certificación de autenticidad se hará de conformidad a los procedimientos legales, vigentes para el acto de que se trate, identificando el soporte del que procede la copia.

La Jefatura de Gabinete de Ministros convocará a concurso público para la precalificación de entidades de auditoría entre las universidades y organismos científicos y/o tecnológicos nacionales o provinciales, los Colegios y Consejos profesionales, que acrediten experiencia profesional acorde en la materia, interesados en prestar el servicio de auditoría de entidades prestadoras de servicios de certificación digital. A tal fin, elaborará un Pliego Estándar de Precalificación de Entidades de Auditoría, y determinará la periodicidad de la convocatoria.

Créase el Ente Administrador de Firma Digital dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros, como órgano técnico, administrativo encargado de otorgar las licencias a los certificadores y de supervisar su actividad, según las exigencias instituidas por el presente decreto y las normas reglamentarias, modificatorias o de aplicación que se dicten en el futuro, y de dictar las normas tendientes a asegurar el régimen de libre competencia, equilibrio de participación en el mercado de los prestadores y protección de los usuarios.

Decreto 724/2006. Modifícase la reglamentación de la ley 25.506.

Las entidades y jurisdicciones pertenecientes a la Administración Pública Nacional podrán ser certificadores licenciados, emitir certificados para agentes y funcionarios públicos y particulares, tanto sean personas físicas como jurídicas. Dichos certificados deberán ser provistos en forma gratuita.

En aquellas aplicaciones en las que la Administración Pública Nacional interactúe con la comunidad, solamente se admitirá la recepción de documentos digitales firmados digitalmente utilizando certificados emitidos por certificadores licenciados o certificados extranjeros reconocidos en los términos del artículo 16 de Ley 25.506”.

Incorpórase al Anexo I del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002, la siguiente definición: “18. Tercero usuario: persona física o jurídica que recibe

un documento firmado digitalmente y que genera una consulta para verificar la validez del certificado digital correspondiente”.

Incorpórase como artículo 34 bis del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002, el siguiente texto: “Aceptación por parte de terceros usuarios de documentos electrónicos firmados digitalmente. Los terceros usuarios que sean personas jurídicas que implementen aplicaciones que requieran firma digital, tienen la facultad de definir las características y requerimientos que deben cumplir las Políticas de Certificación, a los efectos de aceptar documentos electrónicos firmados digitalmente utilizando certificados digitales amparados por dichas Políticas. Dichas características y requerimientos deben ser manifestados previamente en forma clara y transparente a los titulares de certificados que pretendan operar con ellos.”

Modifícase el texto del artículo 1° inciso b) del Decreto N° 2628 del 19 de diciembre de 2002 por el siguiente: “Artículo 1° inciso b):

Firma electrónica basada en certificados digitales emitidos por certificadores no licenciados en el marco de la presente reglamentación”.

8.12. Responsabilidad

La relación entre el certificador licenciado que emita un certificado digital y el titular de ese certificado se rige por el contrato que celebren entre ellos, sin perjuicio de las previsiones de la ley, y demás legislación vigente.

Responsabilidad de los certificadores licenciados ante terceros

El certificador que emita un certificado digital o lo reconozca en los términos del artículo 16 de la ley, es responsable por los daños y perjuicios que provoque, por los incumplimientos a las previsiones de la ley, por los errores u omisiones que presenten los certificados digitales que expida, por no revocarlos en legal tiempo y forma cuando así correspondiere, y por las consecuencias imputables a la inobservancia de procedimientos de certificación exigibles. Corresponderá al prestador del servicio demostrar que actuó con la debida diligencia.

Los certificadores licenciados no son responsables en los siguientes casos:

a) Por los casos que se excluyan taxativamente en las condiciones de emisión y utilización de sus certificados y que no estén expresamente previstos en la ley;

b) por los daños y perjuicios que resulten del uso no autorizado de un certificado digital, si en las correspondientes condiciones de emisión y utilización de sus certificados constan las restricciones de su utilización;

c) por eventuales inexactitudes en el certificado que resulten de la información facilitada por el titular que, según lo dispuesto en las normas y en los manuales de procedimientos respectivos, deba ser objeto de verificación, siempre que el certificador pueda demostrar que ha tomado todas las medidas razonables.

8.13. Sanciones

La instrucción sumarial y la aplicación de sanciones por violación a disposiciones de la presente ley serán realizadas por el ente licenciante. Es aplicable la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 y sus normas reglamentarias.

8.14. Modificación del Código Penal. Documento. Instrumento. Comunicación electrónica

Se incorpora el siguiente texto como artículo 78 (bis) del Código Penal:

“Los términos firma y suscripción comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente. Los términos documento, instrumento privado y certificado comprenden el documento digital firmado digitalmente.”

La ley 26388 publicada el 25.06.2008, reforma los artículos 77 último párrafo; 153, 153 bis; 155; 157, 157 bis, 173 inc. 16; 183 2 párrafo y 197.

Incorpóranse como últimos párrafos del artículo 77 del Código Penal, los siguientes:

El término “documento” comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

Los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente.

Los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

Sustitúyese el epígrafe del Capítulo III, del Título V, del Libro II del Código Penal, por el siguiente:

“Violación de Secretos y de la Privacidad”.

Sustitúyese el artículo 153 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 153: Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado o, indebidamente, suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o capture comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

La pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

Incorpórase como artículo 153 bis del Código Penal, el siguiente:

Artículo 153 bis: Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un mes a un año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

Sustitúyese el artículo 155 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 155: Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos a pesos cien mil el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público.

Sustitúyese el artículo 157 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 157: Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilita-

ción especial de un a cuatro años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

Sustitúyese el artículo 157 bis del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 157 bis: Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.

3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

Quando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años.

Incorpórase como inciso 16 del artículo 173 del Código Penal, el siguiente:

Inciso 16. El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos.

Incorpórase como segundo párrafo del artículo 183 del Código Penal, el siguiente:

En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños.

Sustitúyese el artículo 184 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 184: La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. Ejecutar el hecho con el fin de impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones;

2. Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos;

3. Emplear sustancias venenosas o corrosivas;

4. Cometer el delito en despoblado y en banda;

5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o

lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;

6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

Sustitúyese el artículo 197 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 197: Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida.

Sustitúyese el artículo 255 del Código Penal, por el siguiente:

Artículo 255: Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos.

9. La tecnología al servicio del notario

El hecho de que una forma comience a ser utilizada por la sociedad, significa que la sociedad la ha aceptado como forma de objetivar el negocio, y se produce lo que Roca Sastre denomina una "aclimatación de las formas".

Creemos que es altamente positivo disponer de los avances tecnológicos para la prestación del servicio notarial. Implica un paso muy importante acceder a una base de datos confiable y reducir los riesgos de la difícil tarea del notario en los tiempos actuales.

Valoramos la posibilidad de informarnos vía Internet de los expedientes en curso en la Inspección de Justicia, que ha informatizado todo su sistema de inscripción y control de sociedades, así como en otros Registros que crearon el folio electrónico; la ventaja de obtener los informes de deuda o de estado de bienes de las distintas oficinas públicas y privadas; tener acceso a dependencias

administrativas y colegios del país; consultar bancos de datos, expedientes judiciales, cuentas bancarias, entrega de declaraciones juradas, etcétera. La intervención notarial en la contratación y en la documentación electrónica puede hacer de éstas un mejor producto cuando dicha intervención resulte determinada por los valores en juego y el beneficio de la comunidad. Se aconseja a los Colegios y Asociaciones profesionales notariales permanecer atentos al tema, procurando la mayor difusión de las características y bondades propias del Notariado Latino⁴².

Sin embargo, los avances tecnológicos, y entre ellos la Internet tal como se presenta en la actualidad, con las ventajas en materia de comunicaciones y de búsqueda de información, traen aparejadas complicaciones motivadas por la falta de control de contenidos, así como por la falta de seguridad. El documento electrónico no atenta, en general, contra los principios del derecho notarial, pero se requiere la adaptación de las formalidades y la técnica notarial a la nueva realidad. La autenticación del documento, sea tradicional o electrónico, es competencia notarial, siendo las llamadas autoridades de certificación meras administradoras de claves públicas.

La intervención notarial puede ser con el fin de certificar firmas digitales en los documentos electrónicos privados, o elaborar o certificar documentos electrónicos. La formalización de contratos electrónicos en las escribanías podrá ser entre presentes y ausentes. La participación del notario en la elaboración de documentos electrónicos proporciona al documento certeza, seguridad, autenticidad.

Pero con las diferencias propias del tipo de contratación, sería distinta la elaboración de documentación electrónica si las partes estuvieran en contacto directo con el notario y entre sí, a la situación en la que está presente sólo una parte contratante. El desafío es tener la certeza de que un documento que llegó por la red no sufrió modificaciones y que su autor es efectivamente quien dice ser, así como la confirmación del envío y recepción en las transacciones y la seguridad del documento en materia de manipulación y prueba.

Las futuras reglamentaciones determinarán que se mantenga el soporte papel notarial y se utilice otro soporte para determinadas contrataciones. Así, coexistirán documentos electrónicos públicos, certificaciones digitales en los documentos privados y documentos notariales en soporte papel.

⁴² VI Congreso Notarial del Mercosur, Cochabamba, Bolivia, 28 al 30 de setiembre de 2000. Tema III: La incidencia del documento electrónico en el Derecho Notarial.

El soporte papel protocolo para las escrituras públicas, con el reconocimiento de su seguridad jurídica y su valor probatorio documental, permanecerá vigente. Si la tecnología sigue progresando es probable que en el futuro haya un soporte electrónico que será operado por los escribanos, que tendrá las características del protocolo actual en soporte papel, con particularidades propias.

Es cierto que las formalidades van cambiando con los tiempos. Tal como sucedió con el advenimiento del papel y la grafía en su momento, va sucediendo hoy con lo electrónico.

En el *Congreso Europeo del Notariado Austríaco sobre Documento Electrónico* (del 7 al 9 de junio de 2000) se presentó un archivo electrónico de protocolos. De acuerdo con la última modificación de la ley notarial austríaca, una vez autorizada una escritura, cada notario debe transmitirla vía electrónica a un archivo que será, en el futuro, de fácil acceso para la búsqueda de datos.

Para ello hay que saber si la clave del destinatario es la que dice ser y no otra que resulta engañosa para leer el mensaje. Éste y la existencia de virus que destruyen los archivos son, entre otros, los mayores problemas.

10. Contratos por medios informáticos

El correo electrónico aparece como una herramienta central de las transacciones virtuales. La tecnología ha incorporado nuevos soportes (mayormente electrónicos) que van desplazando a los medios tradicionales de comunicación y con ello, la forma de comerciar.

Así el fax reemplazó al correo epistolar, y luego aquél fue a su vez superado por el denominado correo electrónico. Surgieron los contratos electrónicos, cuya categorización escapa al concepto de "contrato escrito"⁴³.

Se han diseñado herramientas que permiten mejorar la seguridad, la confiabilidad y la integridad de los medios electrónicos. Entre los recursos más populares están la firma electrónica, la firma digital y las certificaciones notariales electrónicas.

⁴³ Para Salerno, los contratos electrónicos aparecen como parte de una nueva categoría de contrato que no es ni "litteris", ni "verbis", movidos por máquinas que programan negocios y cierran operaciones (véase Salerno, M. U., "Los contratos en el mercado virtual", *LL*, 1999-E, 1127).

Internet es una red global de redes de computación que permite la interrelación de millones de usuarios facilitando el intercambio de datos, imágenes y sonidos.

Borda nos dice que es indudable que los contratos celebrados por medios informáticos son formalmente válidos. Es que el Código Civil ha establecido como regla la libertad de formas (artículos 974 y 1197); en igual sentido el artículo 260 P.U.C.C. de 1998. Por lo tanto el uso de los denominados soportes informáticos (registros magnéticos, ópticos, electrónicos, fotosensibles o autenticados en sistemas encriptados, debe ser incuestionablemente aceptado como una forma válida para la celebración de los contratos. A partir de esta premisa se admite hablar de contratos que las partes celebran expresando su consentimiento digitalmente⁴⁴.

La importancia de determinar cuál es la ley aplicable a una relación contractual perfeccionada por medio de la red de redes y la implicancia de la autonomía de la voluntad en la misma nos permiten estas reflexiones. A los contratos celebrados por Internet se aplican idénticos criterios que a los contratos internacionales, debiendo analizarse en cada caso en particular cuál es la ley aplicable⁴⁵.

El contrato internacional es aquel que se relaciona con diferentes ordenamientos jurídicos, o sea que los elementos del contrato no se encuentran dentro de un mismo sistema de derecho.

La "autonomía de la voluntad" en el campo del derecho internacional significa que las partes pueden elegir la ley que habrá de regir sus contratos internacionales.

En el derecho internacional privado, el lugar de la celebración es tenido en cuenta para determinar qué ley regirá el contrato, en su forma y fondo. El lugar de celebración del contrato es aquel donde se perfecciona el consentimiento y nace la convención, que producirá consecuencias entre las partes.

10.1. Lugar de celebración y la forma

El lugar de celebración determina los requisitos exigidos para la validez en cuanto a la forma, pero debemos hacer las siguientes observaciones:

La forma de los contratos concluidos en el extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, conforme el régimen internacional

⁴⁴ Borda, A., "El contrato celebrado por medios informáticos", *LL* 4-2-2002 -I.

⁴⁵ Gago, F., "Contrato en Internet. Ley aplicable", *LL* 2000C-1053.

de las formas de los actos jurídicos, concilia los principios que fundamentan a la regla *locus regit actum* y los que imponen la primacía del *locus rei sitae* (artículos 950 y 12 del CC), el principio territorialista consagrado por el artículo 10 CC en materia de bienes inmuebles situados en el territorio argentino y las solemnidades para transferirlos, y el principio de respeto a las formas instituidas en otros países para el otorgamiento y la instrumentación de los actos jurídicos.

En los supuestos de contratos hechos en otro país con el fin de transferir derechos reales sobre bienes raíces situados en nuestro territorio, la escritura pública exigida por el artículo 1184 es suplida por la especie de instrumento público usado en aquel país para la misma clase de actos (asientos administrativos, actas judiciales, etc., y sus respectivas copias autenticadas), pero es imprescindible la protocolización del instrumento público extranjero.

El artículo 1211, parte última, contempla el supuesto de transferencia del dominio sobre bienes raíces situados en la República, estableciendo el requisito de protocolización del respectivo instrumento público extranjero por orden de un juez –argentino– competente, como condición necesaria para que la tradición del inmueble produzca efectos válidos.

El texto del artículo 2505 del Código, en cuanto estatuye que la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles sólo se juzgará perfeccionada con la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda, ha ampliado el marco de aplicación de la última parte del artículo 1211, extendiendo la exigencia de la protocolización notarial por orden judicial –establecida por esta regla sólo para el dominio– también a los supuestos de constitución o transferencia de los restantes derechos reales de que son susceptibles los inmuebles situados en nuestro país.

La necesidad de control judicial se debe a que la constitución o transferencia de un derecho real sobre el inmueble sito en el país responda a una causa lícita. El requisito no está expresamente contemplado por el artículo 1211, pero su operatividad surge con nitidez de lo dispuesto en cuanto a hipotecas por el último párrafo del artículo 3129: “La hipoteca constituida desde país extranjero [expresa este párrafo] debe tener una causa lícita por las leyes de la República”. La coherencia lógica del sistema obliga a aplicar el mismo principio con relación a los restantes derechos reales y, con mayor razón aún, en los casos de transferencia de dominio. Asimismo el instrumento presentado debe cumplir con las formalidades establecidas en el país de su otorgamiento para la especie instrumentada.

Dada la necesaria intervención judicial, serán admitidos los instrumentos privados con firmas auténticas notarialmente (por ejemplo, si proceden de países anglosajones); la protocolización por orden judicial, a criterio de nuestros tribunales, se asimila a los documentos públicos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 984 y concordantes del Código Civil.

El juez competente es el del lugar de ubicación del inmueble o el del domicilio del peticionante, atento al carácter voluntario del proceso donde se resuelva esta cuestión. El proceso será sumario u ordinario, según lo prevean los códigos de procedimiento de cada demarcación. El magistrado, una vez efectuado el control del documento y previa vista y conformidad del agente fiscal, lo remitirá a un notario de su jurisdicción, para que proceda a dicha protocolización. Como se trata de una protocolización por orden judicial, el notario puede proceder a labrar el acta, directamente relacionando esa directiva, y por ende, sin la necesidad de contar con un requirente que suscriba el documento. La inscripción a cargo del notario debe ser en el plazo que fije la ley.

La jurisprudencia resolvió: La validez intrínseca y los efectos del poder general judicial y de administración de bienes otorgado en el extranjero para ser desempeñado en la República Argentina están sometidos a la ley del lugar de ejercicio por aplicación analógica de los artículos 1209 y 1210 del CC. Es válido el poder general judicial y de administración de bienes otorgado en el extranjero para ser desempeñado en la República Argentina que fue redactado en castellano e instrumentado en escritura pública tal como lo exige el artículo 1184, inc. 7 del CC argentino, pues no existe ninguna disposición normativa de fuente interna que prohíba que el otorgamiento de un acto en el extranjero se realice en el idioma nacional ni que exija para reconocer validez al documento notarial foráneo que éste sea redactado en el idioma del país de otorgamiento y acompañado con su correspondiente traducción⁴⁶.

⁴⁶ Cámara Nacional Civil, Sala G, mayo 18 de 2004, Autos: “*Stoffregen de Schereyer, Friederike C.M. c. González Dazzori, Edgardo y otros*”. LL, Supl. 15-11-2004, fallo 108.276

10.2. Lugar de cumplimiento

Los artículos 1212 y 1213 del Código Civil contienen criterios de precisión que califican el lugar de cumplimiento de los contratos internacionales.

Las reglas de solución contenidas en los artículos 1212 y 1213 CC confirman la primacía que ha conferido nuestro Codificador a dicho sistema, puesto que exigen al intérprete indagar cuál es el lugar de cumplimiento en aquellos casos en que no está indicado –o no lo está con claridad– en el instrumento respectivo, ni surge de un análisis de las características propias de la obligación.

En el primer supuesto, el artículo 1212 confiere el carácter de lugar de cumplimiento al mismo lugar de celebración, conforme a la presunción de continuidad en la permanencia que todo domicilio supone. En el segundo, el artículo 1213 ubica el nexo espacial en el domicilio actual del deudor; esto es, el domicilio que éste tiene al tiempo del cumplimiento de la prestación a su cargo. El Tratado especifica el principio determinando cuál es ese lugar en relación con los diversos objetos obligacionales.

El artículo 1214 del Código Civil distingue entre contratos entre ausentes con lugar designado para su cumplimiento, y sin el lugar designado para su cumplimiento. La tesis de Savigny de que las obligaciones creadas por una convención privada no resultan por principio exigibles si las leyes vigentes en el lugar donde deben ser cumplidas no les confieren exigibilidad, adquiere su más destacada expresión en la solución contenida en la regla del artículo 1214 relativa a los contratos entre ausentes.

Son a menudo –salvo cuando integran un sistema más amplio de negociaciones anteriores– contratos ocasionales de escasa o mediana significación económica, en los cuales, situadas la oferta y la aceptación o aceptaciones en territorios sujetos a distintas soberanías, el acuerdo de voluntades suele circunscribirse a establecer lo esencial del objeto, el precio y el plazo o plazos en que los contratantes estiman poder cumplir sus respectivas prestaciones.

Debido a la premura que suele existir (sobre todo en el ámbito comercial –véase artículo 207 del Código de Comercio– cuando se acude al procedimiento de contratación a distancia, lo ordinario y usual es que cada parte tenga en cuenta predominantemente la ley vigente en el país donde se encuentra situado el asiento jurídico de sus negocios, sin preocuparse demasiado por establecer las analogías o diferencias que presenta, respecto de aquélla, la ley del lugar del domicilio de sus cocontratantes.

La diversidad de regímenes legales consagrada por el artículo 1214 crea a menudo notables inconvenientes al juez llamado a dirimir una controversia cuando el contrato deviene litigioso, sobre todo en aquellos casos en que existe incumplimiento recíproco de obligaciones, y mucho más aún cuando la convención celebrada a distancia vincula a más de dos partes.

Estas dificultades exigen, sin duda, una revisión de la solución consagrada por el artículo 1214, planteando la necesidad de concentrar y subsumir bajo la operatividad de una sola ley aplicable el régimen internacional de los contratos entre ausentes.

Quizá la mejor solución sería adoptar el mismo criterio del artículo 42 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en cuanto sujeta dichas convenciones a la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada. El lugar determinado por las partes, el lugar de ejecución en donde indicare la naturaleza de la obligación, el lugar de celebración o el lugar del domicilio actual del deudor, constituyen dichas precisiones.

Entonces para determinar cuál va a ser la ley aplicable debe tenerse en cuenta la voluntad de las partes, la validez del negocio, el orden público y las buenas costumbres, como la buena fe comercial, base de todo contrato internacional.

En definitiva, la determinación del lugar de la contratación es esencial, ya que identifica, entre otras cosas, en el caso de una venta, la ley aplicable al contrato y la jurisprudencia competente para atender las disputas que pudieran surgir.

Las partes pueden, ejerciendo la autonomía propia del derecho internacional privado, elegir el derecho aplicable al contrato. Mediante tal elección, excluyen la aplicación del derecho que las normas de conflicto del juez indican como aplicable.

Con el fin de evitar los conflictos cuando se cierra un contrato en Internet, a las partes que desean mantener una relación comercial y por ello cerrar varios contratos, se les sugiere que firmen inicialmente un contrato marco o maestro.

La ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías es la Convención de La Haya de 1985. La convención unifica legislación de los Estados parte respecto de los contratos extranacionales, calificados en el artículo 1, y deja intacta cada legislación local destinada a regir los demás contratos de venta.

10.3. La cuestión en las XVIII Jornadas Nacionales

Las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil abordaron el análisis del consentimiento y los medios informáticos.

Los actos jurídicos patrimoniales que contengan declaración de voluntad común, aun cuando sean formalizados por medios informáticos, configuran contratos en los términos del artículo 1137 CC y en consecuencia les son aplicables los principios generales del derecho común en materia de obligaciones y contratos.

Sostuvieron de *lege lata*, que el principio de libertad de formas es particularmente aplicable a los contratos celebrados por medios informáticos.

1) Los documentos denominados informáticos, electrónicos o digitales deben considerarse como "instrumentos particulares no firmados", y tienen la eficacia probatoria del principio de prueba por escrito, conforme al artículo 1192 2ª parte CC y artículo 209 *in fine* CCom.

2) Debe considerarse que hay manifestación de voluntad por medios informáticos, tanto en la oferta como en la aceptación, cuando el mensaje ha salido de la esfera de control del emisor, es decir que ha sido efectivamente enviado, todo ello de conformidad con el régimen legal vigente.

3) Deben distinguirse los contratos que se realizan en tiempo real, *on line*, de aquellos en los que no existe una conexión en tiempo real (*off line*), ya sea por la utilización de correo electrónico u otros procedimientos.

4) Los contratos celebrados en tiempo real, *on line*, se rigen por las normas relativas a los contratos entre presentes.

5) Los realizados sin una conexión en tiempo real, se rigen por las normas relativas a los contratos entre ausentes.

6) En los contratos celebrados por medios informáticos que se rigen por las normas relativas a los contratos entre ausentes, el consentimiento se perfecciona desde el momento de la expedición de la aceptación.

7) Se propicia el dictado de una normativa en base a los criterios de regulación inspirados en un régimen general del comercio electrónico establecido por la Ley Modelo de la Uncitral⁴⁷.

⁴⁷ Así el artículo 5 de la ley de Uncitral establece que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que está en forma de mensaje de datos.

Se reafirma la plena vigencia de las normas de defensa del consumidor en los contratos celebrados por medios informáticos, cuando reúnan los presupuestos previstos para su aplicación, pero se hace hincapié en el polémico aspecto de las condiciones generales predispuestas.

10.3.1 XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Lomas de Zamora, 2007. Tema II. Intimidad Y Comunicaciones Electrónicas.

De lege lata.

Se aprobaron por unanimidad:

1. El derecho a la intimidad tiene plena protección constitucional frente a todo tipo de intromisiones en la vida privada, incluyendo las que provienen de la utilización de las nuevas técnicas de comunicación electrónica. Ello, porque con los medios disponibles en la actualidad, la intimidad de las personas puede ser objeto de un sinnúmero de intromisiones, no sólo en los correos electrónicos, sino fundamentalmente por todas las operaciones que permite la Internet, así como por la creación y difusión de bases de datos.

2. Si bien existen grandes diferencias entre los correos epistolares y los electrónicos, estos últimos deben ser analógicamente equiparados a aquéllos en la aplicación de las leyes vigentes, sin perjuicio de ciertos casos de derecho penal en los cuales esa aplicación analógica exceda los límites de la tipificación.

3. La Ley de Habeas Data N° 25.326 se aplica a toda Base de Datos que permita obtener descripción o informes de toda persona determinada o determinable, incluyendo entre otros sus direcciones IP, sus direcciones de correo electrónico, imágenes, sus perfiles personales y sus entradas a sitios de Internet.

4. Los correos electrónicos que no fueron firmados con firma digital están incluidos en las previsiones del artículo 5 de la ley 25.506, cuando fueron enviados con firma electrónica, correspondiendo por ello a quien la invoca probar su validez. Los restantes correos electrónicos son meros instrumentos particulares no firmados, y por ello solamente constituyen principio de prueba por escrito.

5. El artículo 1071 bis del Código Civil, en su actual redacción, abarca todas las posibles injerencias arbitrarias en la vida privada y por ello no requiere reforma aclaratoria alguna.

6. La equiparación del correo electrónico a la correspondencia, con el alcance previsto en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 11, inc. 2 del Pacto de San José de Costa

Rica, implica reconocer en el ámbito laboral la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia electrónica del dependiente, en concordancia con la normativa específica.

De lege ferenda

Se aprobó por unanimidad:

1. Los desarrollos tecnológicos exigen que se atienda a la tutela de la intimidad y demás derechos personalísimos de un modo integral, a cuyo efecto, sin perjuicio de la aplicación de la normativa vigente, es necesaria la adecuación progresiva de las mismas a los requerimientos de esos desarrollos.

2. Frente a las agresiones provenientes de los nuevos medios tecnológicos, la protección de la intimidad requiere la creación de normas de Derecho Internacional que regulen las transferencias de datos entre personas o bases situadas en distintos países.

11. Instrumentos públicos

11.1. Concepto

El Código Civil proporciona un concepto genérico de instrumento público. Existen diversas clases de instrumentos públicos y uno de ellos es el notarial. El artículo 979 CC reconoce como instrumento público a "las escrituras públicas hechas por los escribanos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley" (inc. 1), y "cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado" (inc. 2).

Parte de la doctrina como la jurisprudencia, siguiendo los enunciados y las prescripciones de los artículos 979 y siguientes del Código Civil, caracterizan al instrumento público por la intervención de un oficial o funcionario público o de quien se halle autorizado para actuar como tal.

Vélez Sársfield, compenetrado de la fundamental diferencia entre los instrumentos auténticos y los públicos, no quiso equipararlos como aparecían en el *Esboço*. La doctrina mayoritaria entiende que lo que caracteriza al instrumento público es la autenticidad. Por conclusión los instrumentos públicos son aquellos destinados a preconstituir la prueba de los actos jurídicos, sin perjuicio de que

a otros documentos, en razón de su autenticidad, se les reconozca la misma fuerza probatoria que a los instrumentos públicos.

El instrumento público es el que emana de autoridad pública comprendida dentro de los poderes del Estado y determinada por la ley para suscribir tales documentos según los reglamentos propios. La persona que no se desempeña en la función pública puede también ser autor de un documento comprendido entre los que la ley llama "públicos", y no es de estricto derecho que desempeñe un cargo de funcionario. Es oportuno recordar que para Carnelutti la importancia de la consideración del autor del documento resulta porque el documento merece la fe que merezca su autor. Una de las fuentes principales, por no decir la primera, de la autoridad del documento, es la autoridad de quien lo forma.

Boffi Boggero⁴⁸ afirma que un instrumento es auténtico porque es instrumento público, y no instrumento público porque es instrumento auténtico. Así vemos, según el artículo 1026 del Código Civil el instrumento privado reconocido judicialmente tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y sus sucesores: y, sin embargo a pesar de ser auténtico, esta autenticidad no le confiere el carácter de instrumento público. Entonces, todo instrumento público es auténtico, por su autor. Pero no todo instrumento auténtico es público⁴⁹.

No puede ser considerado como documento en los términos del artículo 292, párrafo primero, del Código Penal, el instrumento que carece de la firma del funcionario público que lo otorga, requisito indispensable para la individualización de su otorgante⁵⁰.

Por eso tiene gran importancia la distinción entre el documento público y el documento privado, que se funda no tanto en la cualidad cuanto en la posición del documentador respecto al documento mismo. Sólo cuando el documento está formado en el ejercicio de una actividad pública pertenece a la categoría de los documentos públicos.

⁴⁸ Boffi Boggero, Luis, Voz "Instrumento público"; en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XVI. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1962.

⁴⁹ Así, son auténticos el instrumento privado con firma reconocida o tenida por reconocida, el instrumento privado con firma certificada, y el instrumento privado con firma confirmada como verdadera por pericia caligráfica.

⁵⁰ C.N.CRIM., Sala 1ra., causa n° 19.643, "F. M. A.", rta.: 24.02.2003 —ver JPBA 123:69—.

11.2. Requisitos de validez

Todo instrumento público debe reunir ciertos requisitos que son exigibles como esenciales:

1) Intervención de un oficial público en ejercicio de una función pública o agente o profesional investido de la función, participando o no de la característica de funcionario público.

2) Capacidad del oficial público designado e investido para el ejercicio de la función y competencia del oficial público en razón de la materia, del territorio, del tiempo y de la persona.

3) Observancia de un rito jurídico, es decir con solemnidades legales o formalidades prescriptas por la ley.

La enumeración del artículo 979 CC es meramente ejemplificativa, pero la jurisprudencia entiende que no hay otros instrumentos públicos que los allí enunciados.

El Proyecto de Código Unificado dice en el artículo 267:

“Son instrumentos públicos:

- a) las escrituras públicas y sus testimonios;
- b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos en la forma que establecen las leyes;
- c) los títulos emitidos por el Estado nacional o provincial conforme a las leyes que autorizan su emisión”.

11.3. Clasificación de los instrumentos públicos según el agente

1) Instrumentos públicos administrativos:

De derecho privado: actas de registro del estado civil, instrumentos notariales de cónsules y ministros;

De derecho público: certificados y actas administrativas, expedientes administrativos.

2) Instrumentos públicos judiciales: actas y copias de sentencias;

3) Instrumentos públicos notariales: escrituras, actas, certificaciones.

11.4. Clasificación en cuanto al contenido

- 1) Los documentos administrativos resuelven una petición de servicio público y del poder público,
- 2) los judiciales mediante las sentencias dirimen controversias;
- 3) los notariales dan forma a los actos y negocios jurídicos, documentan hechos, prevén su prueba y tienen un mayor grado de autenticidad, certeza y seguridad jurídica.

11.5. Declaraciones que contienen los instrumentos públicos

En el documento público con contenido de derecho público la declaración de voluntad deriva de un funcionario público y por ello es indubitada y posee plena eficacia.

En el documento público con contenido de derecho privado la declaración de voluntad contiene dos clases de declaraciones:

1) Las que efectúa el funcionario u oficial público. Por ejemplo: el notario que constituye menciones auténticas en el documento y son por ende indubitadas.

2) Las que son realizadas por los particulares.

Éstas se pueden referir:

- 1) A hechos propios del compareciente y constituyen una confesión,
- 2) a hechos ajenos y constituyen un testimonio,
- 3) a actos y contratos y constituyen un acto jurídico.

11.6. Fuerza probatoria

González Palomino dice:

“El valor probatorio del documento no depende sólo ni tanto de las virtudes representativas cuanto de la credibilidad del autor. De quién sea el autor y de su crédito depende de que tenga más o menos credibilidad y fuerza probatoria. La del instrumento público, por el carácter de público autenticador de que el notario está investido, es plena en cuanto a las afirmaciones que el notario consigne de hechos realizados en su presencia o de actos realizados por él mismo

en funciones de su cargo. Las del documento privado, por la ausencia de tales virtudes autenticadoras, no es inicialmente ninguna, porque más bien que como documento se presenta como cosa, y antes que como medio de prueba como objeto de prueba. Una vez establecida su autenticidad hace prueba por las normas de la confesión más que por las del documento. Por eso no hay falsedad ideológica en el documento privado".

La autenticidad sólo se confiere al documento en condiciones regulares, o sea, al que no muestra tales vicios materiales que por su gravedad puedan autorizar al tribunal a rechazarlos sin acción previa de falsedad⁵¹.

Para que el instrumento público sea reconocido como tal, las condiciones de oficial público, capacidad, competencia y observancia de las formas, deben concurrir sin limitaciones o excesos que graviten desvirtuando la validez instrumental.

Con tales condiciones los instrumentos públicos gozan de plena fe, tanto respecto de las partes y demás sujetos intervinientes en el acto, como con relación a terceros.

Cuando estudiamos el valor probatorio del documento es importante distinguir cuáles de sus aspectos están amparados por la fe pública.

Hay que distinguir:

- 1) Los hechos realizados por el oficial público,
- 2) los hechos pasados en presencia del oficial público que fueron percibidos por sus sentidos,
- 3) los hechos manifestados por el oficial público, propios del mundo interior,
- 4) declaraciones de las partes, en cuanto el hecho material de haberse efectuado y en cuanto a su contenido.

La existencia de los hechos realizados por el oficial público, o pasados en su presencia, hacen plena fe. La plena fe sólo se destruye por querrela de falsedad.

En los términos del artículo 993 CC, la redargución de falsedad puede intentarse por acción civil o criminal.

El planteo de la falsedad instrumental

- 1) En todo o en parte, considerando el instrumento en sí mismo;
- 2) por falsedad externa y por falsedad interna o del contenido del documento,

⁵¹ LLambías, *op. cit.*

por las menciones de los hechos que el oficial anuncia cumplidos por él o pasados en su presencia, así como del hecho de las declaraciones de las partes.

La falsedad externa se refiere al cuerpo o instrumento en sí mismo, adulterado materialmente en todo o en parte. La autenticidad corporal está protegida en el artículo 989 del CC cuando considera anulables los instrumentos públicos, decretados falsos, o cuando sufran correcciones, enmiendas, interlineados en partes esenciales, no salvadas al final.

La falsedad interna o intrínseca es la referida al contenido sustancial, ideológico o inmaterial del documento.

Es importante distinguir en el documento: i) el hecho auténtico, y ii) el autenticado.

Son auténticos los hechos ejecutados por el notario y percibidos por sus sentidos en el ejercicio de la función. Los hechos auténticos hacen plena fe hasta ser argüidos de falsos.

En los autenticados –declaraciones, convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc.–, es auténtico el hecho de haberse efectuado la declaración, pero la sinceridad de los dichos es atacable por simple prueba en contrario.

Debe existir correspondencia entre lo visto y oído por los sentidos del oficial público autor del instrumento y lo plasmado objetivamente en el documento.

Declaraciones del oficial público

Las declaraciones del oficial público que responda a apreciaciones subjetivas en la constatación de hechos no hacen plena fe.

Pelosi⁵² denomina esta clase de declaraciones del oficial público, actos propios del mundo interior, y los define como razonamientos sobre hechos o sobre derechos que como todo juicio humano, aun en lo científico, pueden apartarse de lo verdadero.

No gozan de plena fe y por tal motivo caen por simple prueba en contrario, los juicios del notario como el de habilidad, capacidad, legitimación: éstos podrán impugnarse sin configurar falsedad. La nota al artículo 993 es por demás explicativa⁵³.

⁵² Pelosi, C., *El documento notarial*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1987, p. 322.

⁵³ Vélez nos dice: 114, tít. 18, part 3, Cód. Francés, artículo 1319; Sardo, 1416; de Luisiana, 2233; Napolitano, 1271, se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento, pero si un escribano, por ejemplo,

Declaraciones de las partes

En las declaraciones de las partes debemos distinguir el hecho material y el contenido.

Doctrina y jurisprudencia distinguen el valor probatorio de las enunciaciones dispositivas, en cuanto al hecho de haberse efectuado el acto, las convenciones, disposiciones, pago y reconocimiento contenidas en ellas (artículo 994 CC). Estas declaraciones no sólo tienen valor entre las partes y sus sucesores universales, sino también frente a los terceros y los sucesores singulares.

La fe pública alcanza al hecho material de haberse efectuado las mismas, pero no a la sinceridad de su contenido.

Las enunciaciones directas (artículo 995 CC) que se encuentran accidentalmente en el documento, podrían suprimirse sin que se modificara su naturaleza o sus condiciones. Estas cláusulas no pueden perjudicar a terceros y caen por prueba en contrario.

Las simplemente enunciativas son manifestaciones de las partes sobre hechos ocurridos antes de otorgarse el instrumento público, y no tienen relación directa con el negocio. Valen como principio de prueba por escrito, y deben ser en cada caso apreciadas por el juzgador según las reglas de la sana crítica⁵⁴.

Las cláusulas dispositivas —a que se refiere el artículo 994— y las cláusulas enunciativas directas —artículo 995— hacen plena prueba, destruyéndose por simple prueba en contrario.

La jurisprudencia resolvió:

“Tienen carácter de instrumento público no sólo aquellos realizados y firmados por las partes ante los funcionarios públicos, sino también los actos levantados por funcionarios legalmente competentes para hacerlo⁵⁵. El artículo 993 del Código Civil otorga plena fe a las circunstancias pasadas ante el oficial público y sólo pueden desvirtuarse mediante la redargución de falsedad⁵⁶.” Lo que en un ins-

dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra.

⁵⁴ Piñón, B., *Instrumentos públicos y escrituras públicas*. Ponencia en *Jornada Nacional de Derecho Civil* 13, La Plata, Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 32.

⁵⁵ SCBA, 30-12-88, autos ‘Tello de Meneses, Oscar Tomás. Robo y homicidio’, P. 35.993.

⁵⁶ SCBA, 28-11-89, autos ‘Banco de la Nación Argentina c. López, Antonio y otra s/ejecución’, Acuerdo 39.634.

trumento público hace plena fe hasta la redargución de falsedad es la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han sucedido en su presencia, pero no las manifestaciones que alguno de los intervinientes en el acto efectuó en el mismo⁵⁷.

“Para probar que las cláusulas dispositivas de un instrumento público no son sinceras, en el caso se discute si el mismo es un mutuo hipotecario o constituye el establecimiento de una garantía por la deuda de un tercero, no se requiere la redargución de falsedad del título sino accionar por la simulación en sí, en tanto la insinceridad es de los comparecientes y del acto jurídico obrado por ellos y no del notario interviniente. Es inadmisibles el pedido de anulación de un instrumento público con fundamento en su falsedad si las partes aceptaron manifestar su voluntad en los términos redactados por el notario⁵⁸.”

La plena fe de los instrumentos públicos consagrada por los artículos 994 y 995 del CC con respecto a los reconocimientos y a las enunciaciones contenidos en ellos, se refiere a aquellas cosas sobre las que el oficial público ha adquirido certidumbre por sí mismo y que tenga la misión de comprobar. Si bien de acuerdo al artículo 993 del CC se otorga plena fe al instrumento en tanto no sea argüido de falso, las enunciaciones contenidas subsisten como reales y sinceras mientras no medie prueba en contrario, no requiriéndose querrela de falsedad a los efectos de esa prueba⁵⁹.

El instrumento es susceptible de falsedad si el oficial público falta a la verdad atribuyendo a las partes declaraciones que no formularon, mientras que si las declaraciones existieron tal como se narran pero no son sinceras en cuanto a la realidad del acto al que se refieren, media simulación, aun cuando el oficial conociera esta circunstancia⁶⁰.

Carrara dice:

“Una falsedad no tiene potencia de dañar si no tiene potencia de engañar, si no

⁵⁷ SCBA, 21-9-84, autos ‘Riocomini, Ítalo Manuel c. Piñero, Emilio Tomás s/reivindicación’, acuerdo 33.560.

⁵⁸ CNCiv, Sala I, 26/10/99, ‘M.H.c.D.S.A.’, LL 19-7-2000, fallo 100.580.

⁵⁹ CNCiv, Sala F, ED 63-170.

⁶⁰ CNacCiv, Sala I, 26/10/99, ‘Maffia, Haydée N. v. E. Daneri I.C.S.A.’, JA 2000-1-11.

imita la verdad; por ende la imitación de la verdad es en extremo indispensable para la criminalidad de la falsedad documental”.

Tales principios han sido recogidos por la jurisprudencia nacional a partir del requisito típico de la posibilidad de causar perjuicio:

“la falsificación intrínseca y materialmente considerada debe ser la expresión de una creación imitativa de algo jurídicamente trascendente”;

por lo tanto,

“no requiere que se llegue a una imitación perfecta del documento auténtico; para afectar la fe pública basta con la creación de un instrumento con apariencia de verdadero”⁶¹.

El concepto de adulterar en cuanto conducta típica de falsificación documental, se construye a partir del requerimiento de que ella recaiga sobre un documento auténticamente verdadero, produciendo el efecto de variar su tenor o atribuyéndolo a persona distinta de quien lo ha expresado⁶².

11.6.1. Escritura pública: manifestaciones ante el escribano; recepción de la suma de un crédito; sinceridad de la afirmación; prueba, efectos.

No puede tenerse por inexistente la afirmación vertida por el deudor ante escribano público de haber recibido el monto del préstamo en el acto de suscribir el contrato de mutuo y gravar la hipoteca, si ninguna probanza demuestra que hubiera habido falsedad en la actuación del notario cuando compulsó la existencia de esa manifestación. Por ende, para justificar el postulado del apelante, queda huérfana de explicación la alegada falta de percepción del dinero, frente a la contemporánea expresión del deudor de haberlo en realidad percibido.

El hecho de no haberse exhibido a la perito contadora o de no poseer el banco una documentación interna que acredite la extracción de los fondos del tesoro por parte de un cajero, para ser entregados al mutuuario al tiempo de suscribirse el contrato, no es un factor que convenza de que la entrega de fondos no existió.

⁶¹ CNFed, sala CrimCorr, 19-4-74, LL, 155-417 y JA, 23-1974-23.

⁶² Cfed. BBlanca, 22-12-89, DJ, 1990-676.

máxime ante la apuntada falencia probatoria que evidencia que la manifestación del deudor en la escritura de recibir satisfactoriamente lo prestado, sea falsa. No era menester que el banco tuviera entre sus documentos la constancia de extracción de los fondos o un recibo suscripto por el actor de las sumas prestadas, porque en realidad él mismo afirmó en la escritura que la firma de ese instrumento público constituía un “eficaz recibo y carta de lo adeudado en forma”, por lo que no dable exigir ninguna otra comprobación para demostrar la veracidad de la entrega de las sumas prestadas.

Al no haberse desvirtuado la eficacia de la escritura donde se instrumenta el préstamo bancario tomado por el actor y garantizado con hipoteca debe concluirse que los fondos que allí se dicen entregados a favor del mismo, fueron efectivamente recibidos por éste y que, por ende, la obligación documentada que pesaba sobre el actor, encontraba su causa en el contrato de mutuo, en cuya constitución no resultó incumplido ningún precepto legal, ni tampoco existió falta de precisión del crédito garantizado con hipoteca⁶³.

11.7. Delitos contra la fe pública:

Falsificación de documento: falsedad ideológica; acta extraprotocolar.

Corresponde rechazar el planteo de prescripción de la acción penal, donde se imputan el uso de instrumento público ideológicamente falso, falsedad ideológica de instrumento público (artículo 296 en función del artículo 293, Código Penal) y tentativa de estafa procesal (artículos 172 y 44, Código Penal), como motivo del acta extraprotocolar presentada en el marco de un expediente en trámite ante la Justicia Contencioso Administrativa Federal, pues se trató de la comisión de un delito continuado, en los términos del artículo 63 del Código Penal, que cesó de cometerse en la fecha en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió desestimando un recurso de queja. El acta extraprotocolar es un instrumento que sólo podía ser labrado por profesionales habilitados, en las fojas que específicamente expedía el Colegio de Escribanos, quedando registrado el adquirente y la fecha de adquisición; debían ser redactadas en idioma castellano, estar fechadas, rubricadas y selladas por el notario respectivo

⁶³ CNCiv. Sala A, febrero 24-2006. “Zapico, Ezequiel Luis y otro c. Bancò Francés S.A. s/redargución de falsedad”. ED, supl. 4.5.2006, p. 4.

y hacían plena fe de su contenido hasta que fueran redargüidas de falsas, por lo que tales documentos estarían dotados de elementos que permitirían presumir su carácter de instrumentos públicos⁶⁴.

⁶⁴CNCrim. y Correc. Fed., Sala II, febrero 9-2006.- Inc. de apelación en autos n° 1748/02 (causa n° 22.665).

Capítulo 3: Documento notarial

1. El acto notarial

Pondé¹ nos dice que podemos hablar con certeza histórica de la existencia de un instituto jurídico cuando está regulado por disposiciones legales. Con relación al notario, se infiere su existencia cuando encontramos disposiciones que determinan los requisitos para acceder y las condiciones que deben calificar al documento que él elabora. Esto lo encontramos recién en el siglo VI de la Era cristiana, en el Imperio Bizantino, en los años en que imperaba Justiniano I; antes, no.

Es en el Código de Justiniano y en las Novelas XLIV del año 536, XLVII del 537 y en la Novela LXXIII del año siguiente, que están regulados el acceso al cargo, la *debito functionis*, lugar de ejercicio profesional, caracteres de papel de papiro en que ha de extenderse el documento, principio de rogatoria, principio de intermediación, asesoramiento, redacción, unidad de acto. Este proceso cumplido estrictamente daba a esta elaboración del Tabelión un carácter específico "*publice confecta*", no tenía la debilidad del documento privado ni la fuerza del instrumento público. En tanto quisiera otorgársele valor de instrumento público, debía recurrirse a la "insinuación", actividad procesal reproductiva que se cumplía ante el magistrado. Permanecía aquietado, pacífico, en tanto y en cuanto no fuera controvertido el contenido documental. Si ello ocurría, entonces revelaba

¹ Pondé, E., "El Estado no responde por los hechos, actos u omisiones del notario porque no es funcionario público", *LL*, 1978-A, p. 787

su vigor, porque si en el proceso litigioso el Tabelión era llamado a declarar y éste juraba haber redactado el documento y haber estado presente durante su lectura y suscripción, prevalecía el documento sobre el dicho de cualquiera de los testigos. Es oportuno tener presente que en ese entonces el testigo lo era del negocio jurídico y no del instrumento.

Es trascendente la fuerza del documento "*publice confecta*", porque las formas probatorias conocidas hasta ese momento eran el testigo, el juramento y la confesión y, al aparecer la escritura, el cotejo de letras.

El documento elaborado por el Tabelión, el documento "*publice confecta*", se impuso al dicho del testigo, por lo que el documento notarial venció a una de las formas clásicas probatorias utilizadas por la Humanidad.

Años más tarde, en el siglo VIII, el rey longobardo Ratchis estableció por ley la prevalencia del documento notarial sobre el juramento, inaugurando la segunda etapa en este avance del documento notarial como fuerza probatoria. Es a raíz de ese carácter que tuvo el documento "*publice confecta*", que el documento notarial pasó a ser tenido como prueba preconstituída, de mayor vigor que la prueba testimonial; de allí en más, la escritura pública será definida como prueba preconstituída y esa concepción seguirá por siglos hasta que el desarrollo doctrinario asiente que la escritura es el contenido o reflejo de las relaciones jurídicas, circunscribiendo lo probatorio a lo circunstancial.

Un desarrollo paralelo siguió en esa época la conceptualización del notario como testigo calificado, de una condición superior al testigo común, porque su dicho hacía inatacable al documento "*publice confecta*". Ese concepto se reproduce en todas las leyes hasta la Constitución de Maximiliano I de Austria del año 1512, y aun con posterioridad, hasta que la ley francesa de 1803, conocida como Ley de Ventoso, olvidó lo de testigo para considerarlo funcionario público.

El acto notarial que consta en un instrumento auténtico es también el resultado final de la actividad del notario.

Carminio Castagno nos dice que Vélez Sársfield emplea no pocas veces en el Código Civil, los vocablos "acto" y "actos" con referencia al "oficial público" o "funcionario público" (artículos 980, 982, 983, 985, 987 y —tácitamente— 986). El hecho no provoca extrañeza. Lo que resulta insólito, sí, es el "significado" que parece adjudicarles el Codificador. Del contexto de cada norma, efectivamente, surge asignado a ellos un sentido equivalente a "instrumento público". ¿Cuál es el motivo de esta confusión terminológica? La respuesta nos la da Bonnier, comentando la legislación francesa, que ha sido fuente de nuestro Código en este tema (y causa del señalado error).

"No hay, desgraciadamente, en nuestra lengua expresión especial para designar los escritos revestidos con ciertas formas que sirven para consignar tal o cual convención o contrato, tal o cual hecho. La palabra latina *instrumentum* que expresaba felizmente esta idea, no se encuentra entre nosotros sino en el verbo instrumentar (actuar), que se refiere a las funciones de los notarios, y en el adjetivo instrumentario, aplicado a los testigos que les asisten [...] Así la palabra *acte*, designa a un tiempo mismo lo que ha pasado, *quod actum est*, y el escrito redactado para consignar lo que ha acontecido"².

El documento notarial es el resultado del acto notarial. La fe pública nace del acto del notario pues el legislador le ha concedido al notario la potestad de imponerla³.

El Código Civil italiano de 1942 denomina acto público al documento redactado con las formalidades exigidas por un notario o por otro funcionario público autorizado para atribuir fe pública en el lugar donde el acto se formaliza.

Pelosi entiende que esta tendencia a designar el instrumento o documento como acto, que priva en la legislación italiana y también en la francesa, ha sido criticada por la doctrina. El acto público produce además confusión con el acto auténtico que para algunos autores importa un concepto más amplio.

2. Documento notarial

Para Pelosi el acto puede ser considerado en su noción material, es decir, con respecto al contenido, o en su aspecto formal, a la concreción física, objetiva y visible con que se hace perceptible el hecho jurídico. Técnicamente hay que separar la idea de la operación jurídica del escrito destinado a constatarla. Son dos momentos diferentes. El acto es anterior y el documento le sigue. Es común decir que el acto es el contenido y el documento el continente.

Documento notarial es todo escrito original o reproducido, autorizado por el notario y resguardado por él conforme a la ley de su organización procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función.

El anteproyecto de Ley Notarial argentina dice que:

² Castagno, C., "Teoría general del acto notarial", *Revista del Notariado*, n° 727, Buenos Aires, p. 94.

³ Zinny, M., *El acto notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1990.

"Los documentos notariales son instrumentos públicos. Es notarial todo documento con las formalidades de la ley autorizado por el notario en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia".

Para el estudio del documento notarial debemos acudir a las normas de fondo enunciadas en el Código Civil y a las leyes orgánicas notariales que en el ejercicio del poder de policía, no delegado a la Nación, regulan el tema, acorde con la remisión expresa que formula nuestro Codificador en el artículo 979 inc. 2.

Reiteramos que el Código Civil en el artículo 979 reconoce como instrumento público:

1. "Las escrituras públicas hechas por los escribanos en sus libros de protocolo o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley" (inc. 1), y

2. "Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado" (inc. 2).

La enumeración del artículo 979 del Código Civil no es taxativa. Otras leyes —aunque no nacionales— pueden ampliar su número⁴. La certificación notarial de firmas reviste el carácter de instrumento público conforme a lo prescripto en el artículo 979, inc. 2 del cód. civil, pero ello no lleva por fuerza a admitir que la certificación convierta en instrumento público al privado al cual accede⁵. Las copias carbónicas autenticadas por los escribanos son unos de los instrumentos públicos previstos por el inc. 2 del artículo 979 del Código Civil⁶.

2.1. Elementos

El documento notarial es distinto a los demás instrumentos públicos. Tanto en lo relacionado con su aspecto externo —el papel y la grafía—, regulados en normas especiales, como respecto del contenido y la valoración jurídica.

El servicio notarial de crear la forma jurídica, hace posible que el ciudadano

⁴ C., Santa Fe, sala II, LL XXVII-988; Cám. Federal, sala Crim., LL, 142-358.

⁵ CNCiv., sala C, ED, 50-428; ídem Cám. Civ. Azul, sala I, LL, 133-1017.

⁶ CNCiv., sala F, ED, 39-353.

y la sociedad obtengan un documento con la máxima eficacia jurídica desde el punto de vista del valor probatorio y de la seguridad jurídica.

El documento es un objeto material de la forma jurídica. La forma en cuanto acto supone un hacer, una actividad. Esta afirmación nos distancia de la idea clásica de vincular al notariado con el ejercicio de la fe pública, y sin desconocer la importancia de lo que ello significa, poner de manifiesto que el quehacer del notario en el mundo actual significa algo mucho más complejo, más importante y más actualizado, que es la prestación del servicio de autenticación⁷.

2.2. Caracteres

Los caracteres del documento notarial son: i) Corporalidad⁸; ii) autor⁹; notario competente en razón del tiempo, materia, territorio y personas; iii) contenido¹⁰; iv) rito o solemnidad.

⁷ Pérez Montero, H., "La función notarial actual", *Revista notarial*, 942. Véase Pérez Lozano, "La función notarial creadora de derecho", *RN* 942-437.

⁸ Todo documento tiene caracteres internos y externos. Los externos son la cosa o cuerpo o continente. Los internos son la expresión del pensamiento. Es obra del hombre, lleva en sí la eficacia representativa de algo que nos revela un conocimiento. Núñez Lagos considera a la grafía en el aspecto estático que dejando de lado la evolución histórica, hoy se determina con precisión por las condiciones que requiere en la sustancia a emplearse en la escritura para permanecer en el tiempo indeleble y legible.

⁹ Pelosi, C., *El documento notarial*, *op. cit.* en nota 46 del Capítulo 2. El autor es quien escribe el documento. El notario es documentador. Respecto de la autoría existen distintas teorías: 1. De la firma: quien lo firma es el autor. 2. Teoría corporal: el autor del documento es quien lo escribe materialmente. 3. Teoría de la compilación: es autor el que lo forma jurídicamente, lo hace. 4. Teoría de la causa: el autor es el causante de su formación. 5. Teoría de la imputación: el autor del documento es aquel a quien es imputable. 6. Teoría de la ley. 7. Teoría del autor del pensamiento: el documento expresa el pensamiento del autor. El documento tiene una expresión del pensamiento de su autor y una declaración de personas extrañas a su autor.

¹⁰ Para la teoría de la representación elaborada por Carnelutti el contenido del documento está dado por la representación del hecho, es decir por el hecho representativo. Es la sustitución de un hecho por otro como objeto de la percepción. Quien describe por escrito un hecho mientras lo percibe forma un documento que representa para el futuro el hecho presente mediante el escrito formado. La descripción de un hecho que percibió en otra ocasión forma un testimonio.

Haciendo el análisis de algunos de los caracteres:

1. La corporalidad tiene que ver con la cosa u objeto material y con la grafía. En todo el país existe el sellado de actuación notarial. El mismo garantiza la autenticidad externa y simplifica el pago del sellado de actuación. La grafía es exigida con condiciones de seguridad necesarias para permanecer indeleble, legible e inalterable a través del tiempo.

2. El autor es el notario, que debe estar designado por autoridad competente, debe hallarse investido para el ejercicio de la función de dar fe, y obrar en el marco de su competencia. El notario es autor del documento notarial.

3. El contenido es el valor intelectual de la declaración. El documento no es sólo una cosa sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho. El mismo asegura el acto o negocio documentado, es matriz de hechos. Es fuente de prueba superior.

4. El rito o solemnidad es esencial en el documento notarial, y el notario debe sujetarse antes y después de la firma de éste a una serie de normas formales que determinarían su validez o impugnación en caso de no ser cumplidas.

Como resultado de su atribución que es la potestad autenticante, si el notario actúa dentro de su competencia y observa las formalidades prescriptas, el documento lleva una verdad impuesta o certeza sobre lo que se dice o se narra en el texto y constituye la prueba por antonomasia prevista por el legislador, en el proceso o fuera de él, que incluso se sustrae a la valoración del juez, mientras una sentencia definitiva en proceso civil o penal no declare su falsedad.

La autenticidad es la calidad que el ordenamiento jurídico asigna a determinados aspectos del documento.

La fe pública que la ley impone por medio del notario, lo está:

- a) a la autoría del documento notarial (cosa auténtica);
- b) a la autoría y data de la dación de fe (el acto público), y
- c) el hecho de haber tenido lugar, el acontecimiento o comportamiento, haber existido y el resultado material respectivamente narrado o descrito por el notario¹¹.

La autenticidad externa: produce fuerza probatoria formal de su genuinidad y autoría por los elementos materiales.

La autenticidad interna: hace plena fe de la verdad de los hechos históricos y de su exacta correlación con lo visto, oído y narrado.

Autenticidad corporal importa:

¹¹ Zinny, M., *op. cit.*

- 1) Correspondencia exacta con la matriz cuando se trata de copias;
- 2) signos formales que le acrediten como documento público de la especie a que pertenece, especialmente el que determina que su autor es el funcionario público en ejercicio de la función;
- 3) conservación e integridad documental.

La autenticidad ideológica o de contenido es la prevista en el artículo 993 CC y que se refiere a la existencia material de los hechos que el notario hubiere declarado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia.

La acción de falsedad es la única que puede destruir el valor de autenticidad que tienen los documentos notariales.

2.3. Formación del documento notarial

La formación del documento notarial, a los fines y con los alcances que las leyes determinan, es función indelegable del notario, quien deberá:

- a) Recibir por sí mismo las declaraciones de voluntad de los comparecientes y, previo asesoramiento sobre los alcances y consecuencias del acto, adecuarlas al ordenamiento jurídico y reflejarlas en el documento;
- b) tener contacto directo con los sujetos, hechos y cosas objeto de autenticación;
- c) examinar la capacidad y legitimación de las personas y los demás presupuestos y elementos del acto (artículo 60 Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires).

Los documentos se extenderán en forma protocolar y extraprotocolar.

Los Colegios de Escribanos reglamentan el procedimiento de solicitud, entrega y uso de las hojas de actuación notarial, así como la de los libros que correspondieren ser usados por los notarios.

Todos los documentos deberán ser escritos sin espacios en blanco en su texto.

No se emplearán abreviaturas ni iniciales, excepto cuando:

1. Consten en los documentos que se transcriben;
2. se trate de constancias de otros documentos;
3. sean signos o abreviaturas científica o socialmente admitidos con sentido unívoco.

No se utilizarán guarismos para expresar:

1. El número de documentos matrices,
2. el precio o monto de la operación,
3. las cantidades entregadas en presencia del escribano,
4. condiciones de pago, y
5. vencimiento de obligaciones.

Los documentos podrán ser extendidos en forma manuscrita, mecanografiada o utilizando cualquier otro medio apto para garantizar su conservación e indelebilidad y que haya sido aceptada por el Colegio de Escribanos.

Completados o corregidos

Los documentos podrán ser completados o corregidos por un procedimiento diferente al utilizado en su comienzo, siempre que fuere alguno de los autorizados. Si se optare por comenzar en forma manuscrita, ésta deberá ser empleada en todo el instrumento.

Tinta e impresión

La tinta o la impresión deberán ser indelebles y no alterar el papel, y los caracteres deberán ser fácilmente legibles.

2.4. Firma y sello

Toda vez que el notario autorice un documento o estampe su firma por aplicación de esta ley, junto con la signatura, pondrá su sello.

El Colegio de Escribanos normará sobre su tipo, características, leyendas y registraciones.

2.5. Clasificación de los documentos notariales

La actividad notarial documental nos obliga a distinguir:

1. La actividad autorizante,
2. la actividad certificante.

2.5.1. Clasificación del documento notarial por su forma¹²

• Originales

Protocolares: Escrituras, actas, notas.

Extraprotocolares: Testamentos cerrados, actas, certificaciones, certificados.

• Reproducidos: Copias, certificados, copias simples.

Originales y reproducciones

El Código Civil recoge esta división en el artículo 979, inc. 1, al reconocer carácter de instrumento público a las escrituras hechas por los escribanos en sus libros de protocolo, y a las copias obtenidas en la forma que prescribe la ley. El artículo 1010 determina que la copia hace fe igual que la matriz¹³.

El concepto de originales abarca tanto los protocolares como los que se producen fuera del protocolo, por cuanto ambos se crean materialmente en forma instantánea a la autenticación de los hechos que constituyen su contenido y son susceptibles de reproducción, si bien los protocolares responden por antonomasia a esta característica, conforme al principio de matricidad, y los extraprotocolares en cambio, por lo general, se entregan y circulan tal como han sido creados.

Técnicamente no deben identificarse documentos originales con documentos matrices. Éstos se extienden en el protocolo, son retenidos, coleccionados y archivados, librándose copias.

Los extraprotocolares se entregan a los interesados y circulan tal como han sido creados, sea en uno o más ejemplares.

Los originales comprenden los protocolares o matrices y los extraprotocolares.

Los originales son los que se producen como resultado directo e inmediato de las facultades fedantes del notario, en asuntos de su competencia; los que recogen con fe pública originaria los hechos percibidos sensorialmente y narrados con sujeción a los principios de evidencia y coetaneidad.

Las reproducciones se caracterizan por tener fe transcripta o derivativa. Hay algunos elementos genuinos, pues el soporte material no es el mismo del original; tiene corporalidad y formas extrínsecas propias, y su contenido ideológico importa un trasvasamiento del documento original.

¹² Véase Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, artículos 59 y ss.; Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, artículos 133 a 138, y RN, artículos 90 a 106.

¹³ Véase Ley 404, artículos 104 a 116 y Ley 9020, artículos 166 a 170.

En cuanto a la intermediación se refiere, los originales son directos y las reproducciones, indirectas.

Las reproducciones no se crean en forma coetánea a los hechos autenticados (contenido), sino como traslados de otros. Representan al hecho documento y no al hecho natural o humano, que recogen aquéllos, en las múltiples maneras en que pueden acaecer.

Genéricamente se designan como reproducciones: i) las copias, sean completas o parciales; testimonios, ii) los certificados, y iii) extractos.

La designación técnica del documento matriz y copia o copia autorizada (para distinguirla de la copia simple), es la receptada en las normas del Código Civil.

Protocolares y extraprotocolares.

No hay acuerdo en la doctrina acerca del significado de los términos "protocolar", "protocolado" y "protocolizado".

En nuestro medio quedó aclarado que el vocablo "protocolizado" que figura en la redacción del tercer párrafo del artículo 1003 del Código Civil (texto según Ley 15.875) comprende la inserción o transcripción como la anexión o incorporación al protocolo por orden de:

- 1) El juez por razones de conveniencia o por razón legal (artículos 984, 1211, 3637);
- 2) de la ley (artículos 999 y 1000);
- 3) la voluntad de los particulares o resueltas por las partes (con los efectos del artículo 1035 incs. 3 y 4).

Un documento forma parte del protocolo al incorporarse y permanecer de modo inseparable, aunque no se haya extendido o escrito en las hojas que originariamente dieron vida al protocolo, conforme a nuestro sistema de formación.

Extraprotocolares son los creados fuera del protocolo que se entregan en original a los interesados. Habrá tantos documentos fuera del protocolo con fe originaria, es decir que responden al principio de intermediaciones, como lo autorizan expresamente las normas orgánicas notariales que rigen la materia.

La expresión "fuera del protocolo" admite como variantes:

1. "producido fuera del protocolo",
2. "extendido fuera del protocolo",
3. "creado materialmente fuera del protocolo",
4. "extendido o escrito en pieza material (o en soporte material o en soporte

físico) que no constituye protocolo". Ejemplo: las autenticaciones o certificaciones de firmas.

Por aplicación del artículo 979, inc. 2, del CC, los documentos notariales extraprotocolares son instrumentos públicos. El antiguo concepto de que el escribano sólo podía dar fe en el protocolo fue abandonado paulatinamente.

Las leyes notariales han reconocido competencia funcional a los escribanos para intervenir en la facción de distintos documentos extraprotocolares, poniendo fin al criterio erróneo. Deberán efectuarse necesariamente con las constancias especificadas en la ley.

2.5.2. Clasificación por su contenido

Atendiendo al contenido del documento distinguimos, con Núñez Lagos, las escrituras de las actas. En todas las escrituras el objeto de la dación de fe son hechos idóneos; pero las escrituras públicas son documentos notariales matrices que tienen por contenido una declaración de voluntad, un negocio jurídico, y las actas, un mero hecho que no sea típicamente declaración de voluntad, y podrán ser protocolares o extraprotocolares.

En las escrituras públicas el notario redacta según la forma legal que corresponda y previa recepción de la declaración de voluntad de los comparecientes. Toda escritura tiene partes: encabezamiento, comparecencia, intervención, exposición, estipulación, constancias notariales, otorgamiento, autorización. Requiere unidad de acto y lectura, previo al otorgamiento.

En las actas el notario narra los hechos tal cual se suceden y preconstituyen prueba. Consta el requerimiento y la diligencia, separados.

La firma importa conformidad con la narración y la actuación del notario en el requerimiento. La diligencia puede o no ser firmada por el requerido, de lo que se dejará constancia.

2.6. Certificados¹⁴

Los certificados son documentos notariales de facción protocolar o extraprotocolar que contienen declaraciones o atestaciones del notario y tienen por

¹⁴ Ley Notarial 404 de la Ciudad de Buenos Aires, artículos 93 a 103; Ley Notarial 171 de la provincia de Buenos Aires, artículos 171 a 176, y RN, 118 a 135.

objeto narrar y afirmar de manera sintética la existencia de personas, cosas o documentos, o el hecho o situación acaecidos y percibidos por el notario.

Las leyes notariales determinan que podrán ser objeto de certificación¹⁵:

a) Las reproducciones literales completas o parciales y los extractos, resúmenes de todo documento original o reproducido de carácter privado o público, sea notarial, judicial o administrativo;

b) la recepción de depósitos de dinero, cosas, valores, papeles y documentos;

c) los cargos en escritos que deban presentarse a las autoridades, judiciales y administrativas, cuando fueren entregados en horas inhábiles;

d) la autenticidad de firmas e impresiones digitales, puestas en presencia del notario;

e) la existencia de personas.

Deberán expresar:

a) Lugar y fecha de su expedición, nombre, apellido, registro notarial y cargo del autorizante;

b) las circunstancias relacionadas con el requerimiento;

c) el objeto y destino de la atestación.

No será necesaria la concurrencia ni las firmas de los interesados, salvo que, por la índole del certificado, dichos requisitos fueren indispensables¹⁶.

Los certificados extraprotocolares deberán extenderse en el papel de actuación notarial que corresponde, con firma y sello del notario interviniente.

La jurisprudencia resolvió:

Los documentos certificados por escribano público adquieren fuerza de convicción como instrumentos públicos, fundamentalmente en cuanto a la existencia material de los hechos que el oficial público pudo haber comprobado por sí¹⁷.

Aun admitiendo que la certificación por escribano público otorgue fuerza de instrumento público al documento privado en la que ha sido asentada, su eficacia se limita al alcance de lo certificado, no extendiéndose a otras circunstancias, a

¹⁵ Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 96 y Ley 9020, artículo 182.

¹⁶ Conforme el DR provincia de Buenos Aires artículo 118: "Los certificados que se expidan con sujeción al artículo 171 inc.1 de la ley, atestarán la fidelidad del contenido del documento pero no la autenticidad de las firmas en él estampadas".

¹⁷ SCBA, 14-8-79, autos "Gardino, Carlos Salvador c. Penomat S.A.I.C. s/rescisión de contrato", Acuerdo 27.854.

menos que se hagan constar como ocurridas en presencia del escribano, artículo 979, inc. 2º, CC¹⁸.

La incorporación de un documento privado a un registro notarial no lo convierte en instrumento público, cuando la protocolización no ha sido ordenada judicialmente¹⁹.

2.7. Disposiciones generales de los documentos extraprotocolares. Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En los artículos 93 al 95 de la ley 404 se establece:

"Artículo 93. Deberán ser extendidos en las hojas de actuación notarial que para cada caso determine el Colegio de Escribanos, excepto en los supuestos cuya facción en otro soporte documental fuere impuesta por las leyes de fondo. Serán entregados en original a los interesados."

"Artículo 94. Si el documento se extendiere en más de una hoja deberán numerarse todas, y las que precedieren a la última llevarán media firma y sello del notario. Al final, antes de la autorización, se hará constar la cantidad de hojas y sus características."

"Artículo 95. El acta de entrega de testamento cerrado se extenderá con arreglo a las formalidades instituidas por la ley aplicándose subsidiariamente las que resultaren de la presente."

2.7.1. Certificación de la existencia de personas²⁰

En los certificados de existencia de personas se hará constar su presencia en el acto de expedirse el certificado y que fueron individualizadas por el notario.

¹⁸ SCBA, 27-10-87, autos "Salto, Nora Zulema c. Amorosi, Jorge Antonio s/incidente de rendición de cuentas y liquidación de sociedad conyugal", Acuerdo 37.392).

¹⁹ CNCiv., Sala A, LL, 129-1050).

²⁰ Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 100.

2.7.2. Certificación de fotografías²¹

Cuando se tratare de certificados extendidos al pie o al dorso de fotografías y reproducciones, en que el notario asevera que corresponden a personas, documentos, cosas y dibujos identificados por él, deberá expresar las circunstancias de identidad, materialidad, características y lugar, tendientes a determinar con precisión la correspondencia de la fotografía o reproducción con la realidad.

2.7.3. Cargos en escritos, existencia de documentos, leyes²²

Podrán autenticarse en forma de certificado:

- a) Los cargos en escritos que deban presentarse a las autoridades judiciales y administrativas, con sujeción a las disposiciones que los admitan;
- b) la existencia de documentos que contuvieren representaciones y poderes;
- c) la existencia de leyes, decretos y resoluciones.

Cuando el certificado se refiera a la reproducción parcial de un documento, debe hacerse constar tal circunstancia²³.

2.7.4. Certificados de constancias de libros y documentos de personas jurídicas

Podrán extenderse certificados respecto de las constancias de libros y documentos de personas colectivas o individuales, que tuvieren domicilio fuera del distrito del notario, siempre que la exhibición se efectúe en la notaría o en lugares donde el notario pueda constituirse en el ejercicio de sus funciones²⁴.

2.7.5. Certificados de informes o constancias

Los notarios podrán a pedido de partes, expedir informes y constancias sobre los asuntos en trámite o en relación con documentos autorizados en el Registro en que actúa.

²¹ Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 101.

²² Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 102.

²³ DR provincia de Buenos Aires, artículo 119.

²⁴ Artículo 103, Ley 404.

2.8. Certificación de firmas e impresiones digitales

La certificación notarial de firmas e impresiones digitales es un instrumento público en sí mismo, pero no confiere tal calidad ni autenticidad al documento privado al que accede.

La seguridad de las transacciones no se cubre por la falta de facción protocolar, que conlleva el peligro de que, en caso de pérdida o destrucción del instrumento, desaparezca toda constancia materializada de la existencia jurídica del negocio celebrado.

En estos casos, lo único que queda autenticado es la firma de quienes suscriben el instrumento, pero éste sigue siendo tan privado e inauténtico como los que carecen de dicha certificación.

Es auténtico el hecho de la firma puesta en presencia del notario, el lugar y la fecha de la celebración.

En la certificación de un instrumento privado, falta toda comprobación auténtica que asevere la existencia y legitimidad del derecho que invoca el disponente en el supuesto de transmisión derivativa traslativa; no resultan acreditados su legitimación, su poder de disposición y su capacidad jurídica. El notario que certifica las firmas no asume esa responsabilidad, ni la de la autoría del instrumento.

Los propios hechos y actos de las partes, como por ejemplo la entrega de dinero, de valores, de cosas, de documentos, etc., no confieren autenticidad, razón por la cual el acto no hace fe respecto de tercero (doctrina de los artículos 993, siguientes y 1026 del CC).

La certificación notarial de firmas es un documento notarial, instrumento público conforme el artículo 979 inc. 2 del CC que consiste en la atestación que realiza el notario competente en forma protocolar o extraprotocolar de que el o los requirentes individualizados, firman o estampan la impresión digital en su presencia, en un instrumento privado.

2.8.1. Formalidades

Deben cumplirse los requisitos de fondo de todo documento notarial, que son la inmediatez, la calificación del documento, la dación de fe de conocimiento, o justificación de identidad, según lo reglamenten las leyes orgánicas notariales.

En los certificados que tuvieren por objeto autenticar firmas e impresiones digitales, además de expresar los nombres y apellidos de los firmantes y el tipo

y número de sus documentos de identidad, se hará constar la afirmación de conocimiento de los mismos y que las firmas o impresiones digitales han sido puestas en presencia del notario autorizante.

En caso de autenticación de firmas o impresiones digitales puestas en documentos total o parcialmente en blanco, el notario deberá hacer constar tales circunstancias²⁵.

En el supuesto de documentos redactados en idioma extranjero que el notario no conociere, deberá dejar constancia de ello o podrá exigir su previa traducción, dejando también la constancia respectiva.

El Colegio de Escribanos reglamentará el procedimiento a aplicar para la certificación de firmas e impresiones digitales y los documentos a utilizar para formalizar los requerimientos.

2.8.2. No se podrán certificar firmas e impresiones digitales²⁶

Salvo disposición legal expresa, el notario denegará la autenticación de impresiones digitales en los documentos privados que, conforme con las normas legales, deban ser firmados por las partes.

También se excusará de actuar cuando estimare que el contenido del documento es contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres; si versare sobre actos jurídicos que requirieren, para su validez, documento notarial u otra clase de instrumento público y estuviere redactado atribuyéndole los efectos de éstos, y documentos en lengua extranjera si el notario no conoce y no tiene traducción.

2.8.3. Requerimiento

El requerimiento de la certificación de firmas e impresiones digitales cuando la ley lo autorice deberá instrumentarse por medio de acta que se extenderá en el Libro de requerimientos.

²⁵ La Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires prohíbe certificar documentos totalmente en blanco. El Reglamento regula la materia en los artículos 126 a 137. Si las firmas o impresiones digitales estuvieren puestas en un formulario, no podrán aparecer en blanco los datos de identidad de la persona o personas cuya firma o impresión digital se certifica. Cuando se trate de una solicitud tipo de las establecidas por el Registro Nacional de la Propiedad Automotor, debe consignarse, además, marca y dominio del vehículo.

²⁶ Véase Leyes 9020, artículo 174, y 404 artículo 99.

2.8.4. Libro de requerimiento

El Colegio proveerá a cada registro notarial de un Libro de requerimientos que, según la demarcación territorial, estará encuadernado o podrá formarse por hojas móviles que luego serán encuadernadas, con foliatura y número de orden.

En la primera hoja se indica el número de registro, número de orden de libro, fecha de habilitación.

El libro contendrá la firma y sello de la autoridad que lo habilita.

En los folios sucesivos se extenderán las actas de requerimiento con claros que serán llenados en forma manuscrita con tinta que debe ser indeleble y con contenido legible o a máquina si son móviles, las firmas de los requirentes y la firma y sello del notario.

Al final del libro habrá un índice alfabético de requirentes con indicación de número de acta y del folio en que esté asentada.

2.8.5. Retiro del Libro de la notaría

El libro no debe ser retirado de la escribanía salvo que:

1. Lo requieran para su inspección, o la autoridad de control;
2. razones de seguridad lo requieran, dando conocimiento a la autoridad del Colegio;
3. a requerimiento de personas con imposibilidad ambulatoria u otra causa justificada siempre dentro del distrito notarial.

2.8.6. Exhibición del Libro de requerimiento

El Libro de requerimiento sólo será exhibido:

- 1) Cuando medie orden de juez competente,
- 2) a requerimiento de quien tenga interés legítimo —requirentes, representantes, sucesores—.

En todos los casos el notario adoptará las medidas que estime necesarias para que la exhibición no contraríe sus deberes fundamentales y las garantías de los interesados.

2.8.7. Deber de conservación

Los notarios titulares o sus reemplazantes legales son responsables de la

conservación en buen estado de los Libros de requerimientos que se hallen en su poder y de su entrega al Archivo del Colegio en las condiciones que determinen las leyes locales.

2.8.8. Actas. Contenido de las actas

- 1) Las actas deben contener número de orden, folio, lugar y fecha;
- 2) nombre y apellido del requirente o requirentes;
- 3) nacionalidad, domicilio y clase y número de documento de identidad;
- 4) identificación del requirente;
- 5) formulación del requerimiento o individualización precisa del documento o documentos en que se estampen las firmas e impresiones digitales;
- 6) firma o impresión digital, según sea el caso, del requirente o requirentes y forma y sello del notario;

En el caso de que el requirente concurra por representación quedará a criterio del notario la forma de mencionar los datos o constancias que determinen o individualicen la documentación presentada.

Constancias de haber dado cumplimiento al requerimiento, con indicación del folio de actuación notarial en el que se efectúe la certificación.

2.8.9. Espacios en blanco, abreviaturas y enmiendas

No deberán quedar espacios en blanco y se podrán utilizar abreviaturas y guarismos. Si los espacios a utilizar no fueren suficientes se continuará en otra parte del acta o en la siguiente.

El notario salvará de su puño y llenará antes de las firmas de los requirentes los sobre raspados, enmiendas, testaduras, interlineados y otras correcciones introducidas en el texto.

2.8.10. Actas anuladas o erradas

Si extendida el acta no se firmare, o suscripta por uno o más de los requirentes no lo fuera por los restantes, el notario lo hará constar al pie mediante nota que llevará su firma y sello.

Firmada por todos, antes de la autorización del notario, sólo podrá quedar sin efecto su contenido con la conformidad de cuantos la hayan suscripto,

siempre que ello se certifique a continuación o al margen si faltare espacio, en breve nota complementaria que firmarán aquéllos y el notario. En estos casos no se interrumpirá la numeración del acta. Pero cuando no se concluya el texto por error u otros motivos, el notario indicará tal hecho en nota firmada y esa numeración se trasladará al acta siguiente.

2.8.11. Pluralidad de recurrentes

En los casos de pluralidad de requirentes respecto de uno o varios documentos o de pluralidad de documentos respecto de uno o varios requirentes, las formulaciones correspondientes podrán constar en una misma acta.

Está prohibido extender en la misma acta, formulaciones de distintos requerimientos en relación con distintos documentos.

2.8.12. Folio de actuación de la certificación

Al documento portante de la firma a certificar se le agregará un folio de actuación provisto por el Colegio a esos efectos con impresión según la reglamentación.

Se dejará constancia que relacione el documento que se autentique con el folio de actuación notarial del que surge la certificación.

Además, en el folio se debe identificar en forma genérica el documento en el que se insertan las firmas.

2.8.13. Certificación de más de un ejemplar

En este caso se deben utilizar distintos folios para la certificación en el original y en cada copia de los documentos presentados.

2.8.14. Certificación posterior al requerimiento

Cuando el folio de actuación se confeccione con posterioridad a la fecha del acta del libro, deberá reflejarse tal circunstancia en el acta y folio de certificación.

2.8.15. Inspecciones

El Colegio podrá inspeccionar el Libro de requerimiento cada vez que lo considere oportuno, y en la forma que lo determine el Consejo.

La finalidad es controlar que el libro es llevado en debida forma, y en caso contrario ello será notificado a la autoridad de aplicación.

2.8.16. Jurisprudencia

Falsedad ideológica en la certificación de firmas por escribano. Dolo

La falsificación documental no admite la forma culposa, de manera que se debe endilgar dolo al sujeto activo para atenuar su culpabilidad. El dolo es conocer, por una parte, el tipo objetivo y en segundo lugar, la voluntad o realización de aquél. La voluntad exige que el autor quiera el resultado como consecuencia de su propia acción y que la producción de éste tenga en el autor alguna influencia. (Véase Donna, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, ed. Astrea, t. 2, 1995, p. 100). La falta de comprobación fehaciente del elemento psicológico del delito impide aquella tipicidad, pues una condena criminal no puede fincarse en el nivel de lo probable, sino que exige un juicio de certeza para su convalidación²⁷.

Falsedad ideológica. Tipo subjetivo. Configuración

“Es perfectamente posible una falsedad ideológica con dolo eventual, ya que no hay específicas exigencias subjetivas en el tipo penal (artículo 293 CP), más aún cuando el escribano que da fe del acto cumplido sabía de la posibilidad o probabilidad de que la persona falseara su identidad, atento el desconocimiento que de ella poseía”²⁸.

“Cabe admitir la posibilidad de existencia de dolo eventual en la figura prevista en el artículo 293 del CP pues es incuestionable que todo escribano se encuentra en una situación de duda sobre la identidad de las personas que se

²⁷ CNCrim, Sala IV (Def.)-Valdovinos, Barbarosch, Gerome-45.835, Rta. 22/10/98.

²⁸ CNCrim, Sala IV (Int.)-Gerome, Barbarosch- c. 14.356, Rta. 20/11/00.

presentan ante él con el fin de celebrar un acto. Si el notario se conforma con la mera presentación del documento y no toma los recaudos para tener la certidumbre sobre la verdadera identidad, su conducta podría ser –en algunos casos– la de quien se representa la posibilidad de que se inserte una falsedad y no realiza todas las medidas a su alcance para adquirir el conocimiento exigido por la ley, sin importar las consecuencias, lo que podría configurar el delito de falsedad ideológica con dolo eventual”²⁹.

“Si a la luz de la reglamentación para certificación notarial de firmas, plasmada en la Circular 68 del Colegio de Escribanos, entre las irregularidades cometidas por la escribana se encuentran: 1) Las firmas que certificaba y las estampadas en las actas no eran puestas coetáneamente en su presencia; 2) como secuela de tal funcionamiento, se sacaba el libro de su asiento obligatorio –el domicilio profesional de la encausada– sin salvar los casos de excepción, 3) daba fe de conocimiento sin que éste existiera y, de no existir, tampoco lo suplía de la manera prevista en el artículo 1002 del CC y se desprende de los dichos de la encausada y del resto de la prueba reunida que ello era su conducta corriente, no limitada a los casos bajo debate, se infiere, consecuentemente que la escribana ejerciendo su función se alejó, y mucho, de las prácticas notariales a las que estaba obligada, lo cual ha agraviado bienes jurídicos que debieron hallar resguardo en su conducta profesional correcta”³⁰.

“Obra con dolo eventual del delito de falsedad ideológica de documento público la escribana pública que certificó las firmas que ya existían en el formulario de venta de un automotor, sin adoptar recaudo alguno para verificar la autenticidad de aquéllas (Del voto del Dr. Costa)”³¹.

“Admitiendo que la certificación por escribano público otorgue fuerza de instrumento público al documento privado en la que ha sido asentada, su eficacia se limita al alcance de lo certificado, no extendiéndose a otras circunstancias a

²⁹ CNCrim. y Correc, Sala VII -Bonorino Peró, Piombo- c. 16.981. Rta. 19/11/2001.

³⁰ CNACC 1982-12-21, LL 1984-A-47.

³¹ CNFed.Crim. y Correc., Sala I, marzo 31-1989. Zamorano Villaroel, DJ 1990-1-544 SJ. 186.

menos que se hagan constar como ocurridas en presencia del escribano (artículo 979 inc. 2° CC). Quien querella corre con la carga de la prueba de falsedad con que impugna el documento³².

“La certificación por escribano público de las firmas en un contrato de locación no altera su carácter de instrumento privado, ni hace innecesaria la prueba de autenticidad³³.”

Por ello, probado que un escribano público dio fe falsamente de la existencia y propiedad de una suma en una caja de seguridad, a los efectos de acreditar la disponibilidad dineraria exigida como recaudo para la obtención de una licitación pública, cumple la exigencia señalada, puesto que las tales circunstancias denotaban la propiedad y cantidad de dinero, destino probatorio del documento. El acla notarial que falsamente da fe de la cantidad y disponibilidad de una suma de dinero contenida en una caja de seguridad a los efectos de acreditar capacidad económica en un proceso licitatorio cumple el requisito exigido por la ley sustantiva respecto del perjuicio al demostrar ante la autoridad pública la disponibilidad, propiedad y monto de dinero necesario para obtener una contratación³⁴.

No se puede castigar la mera tenencia de documentos públicos espurios, —en el supuesto escrituras—, dado que las dos únicas vías para hacer posible la incriminación son: a) que se pruebe la intervención material del imputado en su confección —no reuniéndose el uso en este caso—; o b) que se acredite su uso a sabiendas de que es falso (con la sola excepción del documento de identidad cuya portación revela intención de utilizarlo)³⁵.

El autor del delito de falsedad ideológica puede ser tanto el funcionario fedatario —ya que tratándose de instrumentos públicos es el único que tiene competencia para “insertar”— como el particular que “hace insertar” al funcionario declaraciones falsas, es decir, manifestaciones que no revelan la verdad pasada³⁶.

³² SCBA Ac 36988 1987-V-10.

³³ CJSalta, LL 118-797.

³⁴ CCCF. Sala II. del 13/12/94, causa n° 10425.

³⁵ C.N.Crim., Sala 4ta., causa 42.484, “D., R.” Rta: 17/12/92.

³⁶ C.N.CRIM., Sala 4ta., causa Nro. 19.351, “L. V., O.”, rta.: 29-08-2002, B.I. 3/02: J.P.B.A. 120:69.

2.9. Notas

Las notas son documentos notariales comunes con los certificados. Contienen declaraciones del notario; tienen facción protocolar o extraprotocolar; completan al documento, acceden a otro documento por cuestiones técnicas instrumentales o por disposición legal.

En la parte libre del último folio de cada escritura, después de la autorización o en los márgenes laterales más anchos de cada folio, mediante nota que autorizará el notario con media firma, se atestará:

a) El destino y fecha de toda copia que se expidiere y todo otro dato tendiente a su individualización.

b) Los datos relativos a la inscripción, cuando fuere obligatorio para el notario registrar la escritura.

c) Las citas que informaren respecto de rectificaciones, declaraciones de nulidad, rescisiones, resoluciones, revocaciones u otras, emanadas de autoridad competente.

d) A requerimiento de parte interesada o de oficio, los elementos indispensables para prevenir las revocaciones, aclaraciones, rectificaciones, confirmaciones u otras modificaciones que resultaren de documentos otorgados en el mismo registro.

e) Las diligencias, notas, constancias complementarias o de referencia, notificaciones y demás recaudos relacionados con el contenido de las escrituras respectivas.

f) La corrección de errores u omisiones en el texto de los documentos autorizados, siempre que:

I. Se refirieren a datos y elementos aclaratorios y determinativos accidentales, de carácter formal o registral, y que resultaren de títulos, planos u otros documentos fehacientes, referidos expresamente en el documento, en tanto no se modificaren partes sustanciales relacionadas con la individualización de los bienes objeto del acto ni se alteraren las declaraciones de las partes.

II. Se tratare de la falta de datos de identidad de los comparecientes en actos entre vivos, excepto aquellos exigidos por las leyes de fondo.

III. Se tratare de recaudos administrativos, fiscales o registrales.

En las copias que se expidieren posteriormente deberán reproducirse las notas a que se refieren los incisos c), d), e) y f) de este artículo³⁷.

³⁷ Artículo 81, ley 404, Ciudad de Buenos Aires.

Toda vez que la legislación disponga hacer menciones en la escritura, el notario insertará nota con su firma en los espacios libres del folio.

Las subsanaciones o la complementación que sean menciones del notario, podrán realizarse en el mismo documento mediante nota. Sobre el tema volveremos al referirnos a la subsanación del instrumento público.

3. Circulación del documento notarial y sus efectos como título legitimador en el tráfico jurídico³⁸

El documento notarial que contiene la libre expresión de voluntad, por haber sido producido por el notario de tipo latino, contiene necesariamente juicio de identidad o fe de conocimiento según los países, juicio de capacidad de las partes, constancia de legitimación, constancia de formación, manifestación y prestación de consentimiento, control de legalidad y queda depositado de manera que puede ser reproducido en todo momento. Por todo lo anterior y por ser considerado auténtico debe permitirse su libre circulación así como reconocérsele en cualquier país los mismos efectos que se le otorguen en su país de origen –probatório y ejecutivo en materia procesal y constitutivo de derechos en materia sustantiva–.

De igual modo debe sostenerse que si el documento notarial tiene efectos ejecutivos en el país de origen, los tiene también en cualquier otro país, al igual que una sentencia judicial del propio país de origen:

1) Para facilitar la libre circulación del documento notarial, los notariados deberían tratar de obtener de sus Estados la legitimación correspondiente que permita que el notario de tipo latino como jurista, en descargo del aparato judicial o administrativo, reconozca que un documento producido en un país extranjero cumple los requisitos de autenticidad y equivalencia formal, y sea el propio notario el que afirme que no contraviene el derecho interno, si así es necesario. Lo anterior deberá hacerse constar en el acto de protocolización o depósito o documento que corresponda según la legislación notarial respectiva.

2) Debe propugnarse el uso de los medios más avanzados para evitar falsificaciones, tanto en los documentos matrices como en sus copias. Entre tales medios puede citarse el uso de papel de seguridad, tintas indelebles, hologramas y cualquier otro que la tecnología sugiera.

³⁸ Conclusión del XXII Congreso Internacional del Notariado, Atenas, 2001.

3) Debe instarse a que los notariados obtengan de cada uno de sus Estados la suscripción de convenios internacionales y regionales para facilitar la legalización y circulación de documentos.

4) Para facilitar la circulación del documento, la comunicación entre los notarios y evitar falsificaciones, cada notariado creará una base de datos, que estará disponible para la consulta de los otros notariados y notarios latinos, con el siguiente mínimo contenido:

- Nombre de los notarios, medios de contacto con ellos, competencia territorial, fecha de nombramiento y de expiración del cargo en su caso (podrán incluirse otros, como idiomas hablados, etc.);

- Requisitos de legalización exigidos por cada país y convenios ratificados en esta materia;

- Medios de seguridad empleados por los notarios en los documentos notariales (sellos, papel timbrado, etc.) para evitar falsificaciones.

5) Con el mismo fin los notarios tratarán de establecer cualquier medio que sugiera la técnica para facilitar las comunicaciones rápidas y seguras entre notarios de diversos países y el acceso a las bases de datos.

6) Cuando un documento deba producir efectos en otro país, se deberá buscar la colaboración entre el notario redactor y un notario del país de destino, tanto en su redacción como en los trámites posteriores, persiguiendo la eficacia del documento y la eficiencia del servicio notarial.

3.1. Circulación internacional de documentos otorgados en soporte protocolo electrónico

La existencia de documentos digitales en ciertos países de mayor avance tecnológico lleva a la problemática de su eficacia en otros países.

Desde el punto de vista de la circulación internacional, vemos positiva la solución de legislaciones como la de España o Italia, en las que se regula el otorgamiento de actos societarios en soporte protocolo electrónico, y se realiza en general el trámite de registración por vía y soportes digitales, pero el "testimonio" o "primera copia" tanto del acto (su contenido) como de su inscripción, se puede o debe realizar en soporte papel, con lectura directa para el receptor, sin necesidad de recurrir a procesadores digitales. Tal vuelco en un instrumento soporte papel bajo firma de un funcionario fedante, asegura su lectura directa facilitando su guarda en el país

de destino —mediante protocolizaciones o incorporaciones a registros públicos— y permite las legalizaciones internacionales que resulten pertinentes.

La primera copia o testimonio constituye el instrumento público, con las características propias del documento público notarial, dotado de validez, eficacia y fuerza ejecutoria, posibilita la circulación del acto o contrato representado en dicho documento. En los casos en que las leyes de cada país regulen la utilización de un protocolo electrónico es conveniente que se permita la expedición de un instrumento público en soporte papel, que transcriba el documento digital, sus inscripciones y actos complementarios de eficacia, por el propio notario que tiene a su cargo el referido protocolo, o al que la ley autorice para realizar tales reproducciones, a fin de superar la falta de reconocimiento o reglamentación de los documentos digitales en el lugar de cumplimiento.

4. Legalizaciones

La legalización es un acto administrativo que consiste en la atestación o certificación que realiza el ente autárquico público, por el cual se afirma la existencia material del documento, en el que lucen estampadas la firma y el sello de un funcionario o ente que ejerce función pública, y que coinciden con los registrados en la entidad.

La legalización opera en torno a la autenticidad externa de los instrumentos públicos en general y de los documentos notariales en particular.

La autenticidad externa de estas piezas documentales supone que las mismas cuentan con un autor conocido que se responsabiliza por su facción (esto es, la forma de la forma del acto o hecho documentado), y eventualmente por su contenido, en orden a su licitud y eficacia.

La legalización no influye directamente sobre el contenido del documento, y por ende, no condiciona ni afecta el valor de fe pública de que están dotadas estas categorías de instrumentos públicos (artículo 993 CC). Sin embargo, la falta de certeza en torno a la autenticidad del documento notarial puede condicionar y hasta suspender momentáneamente su eficacia extrínseca, hasta tanto se obtenga la correspondiente legalización³⁹.

³⁹ Saucedo, R., colaboración en *Tratado de Derecho Notarial y Registral*, Directora Armella, C., Buenos Aires, ed. Ad hoc, 1998.

La legalización es indispensable para todo instrumento público expedido fuera de una jurisdicción en que deba hacerse valer.

La primera legalización se realiza cuando el documento debe circular dentro del país. Si el documento debe circular fuera de las fronteras del país, a la legalización del Colegio deben agregarse la legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores y la de la autoridad consular.

El artículo 7° de la Constitución Nacional dispone que:

“los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán”.

En consecuencia la legislación nacional y local, de manera uniforme, ha establecido la obligación de legalizar los instrumentos públicos (en nuestro caso, los notariales) para que puedan circular con total eficacia, fuera del ámbito espacial de su autorización, por todo el territorio de la República Argentina, como así también en el ámbito internacional.

Si el receptor final del documento ha ratificado, adherido a la Convención de La Haya⁴⁰ del 5 de octubre de 1961, ratificada por la República Argentina por Ley 23.458, se suprimen la cadena de legalizaciones y la única exigible en la apostilla que debe ser hecha por autoridad designada competente por el Estado

⁴⁰ Los Estados signatarios y adherentes respecto de los cuales, está actualmente vigente este régimen de legalización son: Argentina, Albania, Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijón, Bahamas, Barbados, Belarus, Bélgica, Belice, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Bulgaria, China (solamente para Hong Kong y Macao), Chipre, Colombia, Croacia, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Ex República Yugoslava de Macedonia, Fidji, Finlandia, Francia, Granada, Grecia, Honduras, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Islas Cooks, Islas Marshall, Israel, Italia, Japón, Kazakistan, Lesotho, Letonia, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malawi, Malta, Mauricio, México, Mónaco, Namibia, Niue, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña, República Checa, República Dominicana, Rumania, Rusia, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y The Grenadines, Samoa, San Marino, Serbia y Nevis, Seychelles, Swaziland, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania y Venezuela.

en el cual se origine el documento. En la actualidad los Colegios Notariales del país son autoridades competentes según convenio, pero no se superponen las legalizaciones, pues cada una tiene su objetivo y formalidad⁴¹.

4.1. Legalización de documentos notariales

La firma y sello de los notarios puestas en folios de actuación notarial de documentos notariales, podrán ser legalizadas por autoridad competente del

⁴¹ El caso de Brasil. En virtud del Convenio celebrado por dicho país y la República Argentina con fecha 16 de octubre de 2003, se exime de autenticación consular los documentos públicos de origen administrativo y notarial, y a los documentos privados que contengan certificaciones oficiales de firma o fecha, cuando los mismos circulen de un país a otro. Por decreto N° 1629/01 aprobado el 7 de diciembre de 2001: "los documentos extranjeros autenticados de la forma establecida en el presente Reglamento harán fe en territorio nacional, sin necesidad de su posterior legalización ante otra autoridad argentina". La reforma aludida entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2002. Si recibimos un documento extranjero intervenido por cónsul argentino con observancia de estos parámetros se puede utilizar sin más exigencias. Según los tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940, Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 (Perú y Bolivia) y 1940 (Uruguay y Paraguay), de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4° de ambos, "la legalización se considerará hecha en debida forma cuando se practique con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halle autenticado por el agente diplomático o consular que en dicho país tuviere acreditado el gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución". Quedan involucrados los documentos notariales y no sólo las escrituras públicas.

Mercosur. En el ámbito de la región integrada conformada por los territorios de los Estados Partes del Tratado de Asunción (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, suscripto por los gobiernos de los cuatro Estados Parte del Mercosur, en el Valle de Las Leñas, el 27 de junio de 1992, trata un aspecto común en el derecho internacional, como es el auxilio judicial internacional. El artículo 25 del convenio dispone que "los instrumentos públicos emanados de un Estado Parte tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos". Si intervenimos como receptores de documentos autorizados por colegas brasileños, uruguayos y paraguayos, debemos brindarles el mismo trato que a los que emiten nuestros congéneres, por lo menos, en lo que a eficacia probatoria se refiera. Véase, Saucedo R.J., "Visión panorámica de los documentos notariales extranjeros desde la República Argentina, con especial referencia a su fuerza probatoria", *Rev. Not. CEPBA*, 955, p. 53.

Colegio de Escribanos a requerimiento del propio notario interviniente o de la parte interesada. Dichas legalizaciones se extenderán en fojas provistas por el Colegio, con forma y texto que éste determine. Serán firmadas por alguno de los miembros de la Junta Ejecutiva o notarios autorizados y selladas con el sello de la Delegación.

La legalización actúa sobre los elementos externos del documento notarial; no avanza en el contenido. Los aspectos formales son el soporte papel, la firma y sello del notario y la fecha en que se haya emitido.

El Colegio podrá diferir o rechazar los requerimientos de legalizaciones en certificaciones que no cumplan con las constancias que exige la ley orgánica. Si el defecto es subsanable, el documento será devuelto al requirente con indicación del motivo de la devolución.

Cuando el vicio provoque su nulidad o implique una irregularidad, la documentación será retenida para dar intervención a la autoridad competente.

La jurisprudencia ha resuelto que:

"El supuesto defecto del testimonio acompañado por la actora en orden a su falta de legalización invocado por la excepcionante de ningún modo autoriza la excepción de falta de personería, toda vez que esta última se encuentra limitada a la ausencia de capacidad procesal en el actor, en el demandado o en la falta, defecto o insuficiencia de la representación de quien comparece al proceso en nombre de aquéllos"⁴².

La falta de legalización de la escritura hipotecaria no justifica la excepción de inhabilidad de título cuando éste no ha sido desconocido ni argüido de falsedad, pudiendo a lo sumo, fundar solamente un pedido de suspensión del procedimiento a los efectos de subsanar tal omisión⁴³.

⁴² CNCiv, Sala F, "m. O c. S.", 7-82, LL, 1983-A 132.

⁴³ CNCiv, Sala B, "R. c-B", 6/6/69, ED, 29.398.

Capítulo 4: Protocolo

1. Concepto

Las escrituras deben ser hechas en el Libro de registros que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno (artículo 998 CC).

El anteproyecto de Ley de documentos notariales establece que el protocolo se integrará con los folios originalmente movibles, habilitados para el uso exclusivo de cada registro y numerados correlativamente en cada año calendario, con el conjunto de documentos escritos en aquellos folios durante el lapso mencionado aunque no hayan sido firmados, las diligencias, notas y constancias complementarias o de referencia consignadas a continuación o al margen de los documentos matrices y, en su caso, las de apertura, cierre u otras circunstancias, los que se incorporen por imperio de las leyes o requerimiento expreso o implícito de los comparecientes, por disposición del notario y los índices que deban unirse.

El protocolo tal como lo conocemos hasta hoy, ha sido una creación derivada de la necesidad del hombre de dejar escrita en papel la voluntad creadora de las relaciones jurídicas, para que de él surja, sin riesgo de pérdida y en caso de duda para mejor probar, toda la intención contractual, materializada en forma gráfica, manuscrita¹.

¹ Neri, A., *Tratado teórico práctico de derecho notarial*, v. 4, ed. Depalma, 1981.

En el futuro el cambio de soporte nos permitirá conocer el protocolo digital.

El protocolo de los escribanos, propiedad del Estado, en el que se asientan las escrituras públicas, ofrece una total seguridad en relación con los expedientes judiciales y administrativos, que pasan de mano en mano en necesarios desplazamientos. El protocolo, ya sea durante el período en que está bajo la custodia del escribano, ya de los archivos, no puede ser trasladado ni confiado a terceros, ofreciendo el máximo de seguridades y facilitando la expedición de copias.

2. Protocolo y registro²

Pelosi dice que Vélez utiliza indistintamente los términos protocolo y registro en distintos artículos del CC. Sin embargo, debemos distinguir que registro es la acción de registrar o anotar en libros encuadernados las escrituras, mientras que protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices extendidas en pliegos de papel durante el año calendario, para luego ser encuadernadas formando los tomos de protocolo.

La regulación es propia de las leyes locales en virtud de la remisión expresa del Codificador. Conforme las leyes notariales, nuestros protocolos no son libros.

Para distinguir nuestros protocolos de los extranjeros, podemos afirmar que los protocolos argentinos son de libro abierto, pues son hojas movibles, diferentes de otros, extranjeros, que son a libro cerrado.

Por ello decimos que el protocolo es el conjunto ordenado de documentos matrices.

3. Papel, rúbrica y sellado

El papel empleado en los protocolos es de material especial. El papel sellado original es reemplazado actualmente por sellado de actuación que brinda la seguridad jurídica necesaria para los documentos notariales.

Sólo en casos de excepción podrán utilizarse folios no habilitados si la reglamentación local lo permite, y esto generalmente se hace con hojas de actuación

² Pelosi, *op. cit.*, p. 183.

similares, siempre que exista imposibilidad de obtener cuadernos habilitados, comunicándolo al Colegio en forma inmediata.

En la actualidad el Poder Ejecutivo acuerda con el Colegio de Escribanos las sumas a percibir en concepto de tasas por la utilización de tal papel sellado y son depositadas por el Colegio en la forma que determine el Ministerio de Economía.

Las hojas de protocolo son provistas por el Colegio de Escribanos a solicitud, indistintamente, del escribano titular, del adscripto, subrogante o interino, en su caso.

4. Formación del protocolo

Los Colegios notariales distribuyen, a petición escrita del titular o de su reemplazante, cuadernos rubricados y sellados de diez fojas.

A tal efecto se lleva un registro de provisión de cuadernos en el que se anota por orden cronológico la numeración y su foliatura, el registro y protocolo, para qué se provee, y la firma del titular o reemplazante o persona expresamente autorizada.

Los cuadernos de diez sellos o folios son foliados o numerados, por el escribano, correlativamente en la parte superior, respetando el número correlativo preimpreso.

La numeración preimpresa en el cuaderno tiene sentido fiscal y permite el control de la fecha de su adquisición y utilización del mismo.

Como el protocolo es anual, la foliatura o numeración sucesiva comienza con el uno en el primer folio del primer cuaderno y así continuará correlativamente hasta el 31 de diciembre de cada año.

La foliatura se hace en números o letras. Se debe respetar la numeración fiscal de papel que contiene la hoja y no se puede alterar el orden. En caso de error se colocará nota y se comunicará al Colegio.

Si bien en cada demarcación las características del folio de actuación son distintas, tienen en común la hoja en blanco, con márgenes determinados a ambos lados de la hoja, y si el folio no presenta renglones, se determina la cantidad de renglones de cada hoja.

Los documentos notariales deben escribirse respetando los renglones y márgenes del sellado, entre otras causas, por razones fiscales.

Las entrelíneas deben ser salvadas conforme lo determinan los artículos 1001 y 989 del CC.

Nota de apertura

El protocolo será iniciado con una nota en la que constará el año al que corresponde y el número del registro notarial al que pertenece.

Nota de cierre

El protocolo será cerrado el último día del año con nota que expresará hasta qué folio ha quedado escrito, el número de escrituras que contiene y los nombres y cargos de los escribanos que han actuado en él.

Las hojas que queden en blanco después de la nota de clausura deberán ser inutilizadas con línea contable y firma y sello del escribano a cargo del registro.

5. Integración del protocolo

El protocolo se integrará con los siguientes elementos:

- a) Los folios habilitados para el uso exclusivo de cada registro y numerados correlativamente en cada año calendario, y se guardarán hasta su encuadernación en cuadernos que contendrán diez folios cada uno;
- b) los documentos que se incorporen por imperio de la ley o a requerimiento de los comparecientes o por disposición del notario;
- c) los índices que deban unirse.

6. Índice

Cada tomo de protocolo llevará al principio un índice de los documentos matrices que contuviere, con expresión de apellidos y nombres de las partes, objeto del acto, fecha y folio.

Además, cada escribano a cargo de un registro notarial deberá confeccionar y conservar, sin límite de tiempo, un índice general de las escrituras autorizadas en cada año.

7. Orden del protocolo

Los documentos matrices deberán ordenarse cronológicamente, iniciarse en cabeza de folio y llevar cada año calendario numeración sucesiva del uno en adelante. No podrán quedar folios en blanco.

Deberá consignarse, además, un epígrafe que indique el objeto del documento y el nombre de las partes; es el extracto inicial de todo instrumento protocolar.

8. Conservación y guarda

El notario es responsable de la conservación y guarda de los protocolos que se hallen en su poder, y de su encuadernación y entrega al archivo en los plazos y condiciones que señalen las reglamentaciones.

9. Clases de protocolo

De acuerdo a las leyes orgánicas notariales podemos distinguir el protocolo único y el múltiple.

Existe protocolo único cuando cualquiera que sea el acto, contrato o hecho que se instrumente, se realiza en el mismo protocolo y por ello es único.

En el país, en provincias como Córdoba, existe la opción para que el escribano divida el protocolo en secciones, y hay un protocolo para actas, poderes, autorizaciones, etc. y otro para negocios y contratos. En Mendoza cada registro puede llevar un protocolo auxiliar para actas, poderes, etcétera.

10. Encuadernación

El protocolo debe encuadernarse durante el transcurso del año siguiente al de su cierre, en tomos que no excedan de veinte centímetros de espesor.

En el lomo de cada tomo se indicará:

- a) El número del registro al que corresponde;
- b) el nombre del notario titular y adscripto, o adscriptos que integren dicho registro;

- c) el número del primero y último folio que contiene;
- d) la fecha de la primera y última escritura del tomo;
- e) la letra que corresponda a la sección del protocolo, según el caso.

El protocolo encuadernado deberá ser entregado bajo recibo al Archivo de Protocolos Notariales en las fechas que al efecto establezca el Colegio de Escribanos.

11. Inspección de protocolo

El Colegio de Escribanos tiene a su cargo la dirección y organización de la Oficina de Inspección de Protocolos que funcionará bajo su exclusiva dependencia.

En la provincia de Buenos Aires las inspecciones pueden ser resueltas por el Colegio y por el Juzgado notarial³.

La inspección de los protocolos comprenderá la de toda la documentación accesoria, incluida la referente al cumplimiento de las obligaciones fiscales y la de documentación notarial que corresponda al normal ejercicio de la función, aun aquella que no hubiere sido utilizada.

En la provincia de Buenos Aires y en la Ciudad Autónoma, las inspecciones de los registros notariales se llevan a cabo por lo menos una vez al año en forma ordinaria.

Puede haber visitas de carácter extraordinario en averiguación de denuncia o de hechos irregulares que hubieren llegado a conocimiento del Colegio de Escribanos.

11.1. Objeto de las inspecciones

- a) Verificar que los protocolos se encuentren formados por cuadernos y se ajusten a lo que dispone la ley orgánica.
- b) Que los documentos llevan las firmas y firma y sello del notario.
- c) Que se respete la numeración correlativa de las escrituras y foliatura y notas.
- d) Debe ser incorporado el salvado de enmiendas y archivo de certificados

³ Véase artículo 61 Ley 9020 provincia de Buenos Aires.

del Registro de la Propiedad y Catastro y demás documentos que en forma expresa prevén las leyes.

- e) Las notas de documentos no pasados o errados.

En ningún caso las inspecciones deben ocuparse de las cuestiones de fondo de los actos.

12. Retiro del protocolo de la notaría

Sólo podrá retirarse el protocolo de la notaría, comunicando tal circunstancia al Colegio de Escribanos:

- a) Por disposición de la ley;
- b) por orden judicial;
- c) para proceder a su encuadernación;
- d) por razones de seguridad.

El notario podrá trasladar el protocolo transitoriamente, cuando fuere necesario por la naturaleza del acto o por causas debidamente justificadas; o cuando la escritura debiere suscribirse fuera de la notaría, por así solicitarlo los otorgantes.

13. Exhibición del protocolo

El protocolo deberá ser exhibido en los siguientes supuestos:

- a) Por orden de juez competente;
- b) a requerimiento de quienes tuvieren interés legítimo en relación con los respectivos documentos.

Se consideran interesados:

1. Los sujetos instrumentales y negociales, sus representantes o sucesores.
2. Los profesionales que lo justificaren para el cumplimiento de tareas relacionadas con estudios de títulos.
3. En los actos de última voluntad, solamente el otorgante.
4. En los reconocimientos de hijos extramatrimoniales, sólo el hijo reconocido.

Si en los casos previstos el escribano que tenga bajo su guarda el protocolo impugnare la justificación del interés invocado por el profesional que requiriere su exhibición, resolverá al respecto el Colegio de Escribanos.

La protección de datos personales

En octubre del año 2000 se promulgó la ley n° 25.326, reglamentada en 2001 por el decreto n° 1558.

La ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, a fin de garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que se registre sobre las mismas, de conformidad con el artículo 43, párrafo 3 de la Constitución Nacional. Por disposición N° 2/2003, la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales resolvió la habilitación del Registro Nacional de Bases de Datos, aprobándose sus fundamentos técnico-jurídicos. Por disposición 2/2005, se determinó su implementación ordenándose, en una primera etapa, la inscripción de los archivos, registros, bases o bancos de datos privados, informatizados o no.

Los notarios están alcanzados por las previsiones de la referida normativa.

Una asociación de usuarios y consumidores interpuso acción de hábeas data colectivo a fin de que la entidad financiera demandada cesara en la aplicación de una operatoria consistente en condicionar la prohibición de utilizar los datos de sus clientes para operaciones de marketing propio o de terceros, a la expresa oposición de éstos. La Cámara Nacional Comercial resolvió: "Cabe hacer lugar a la acción de hábeas data colectivo deducida por una asociación de usuarios y consumidores con el objeto de que la entidad financiera demandada cese en la aplicación de una operatoria consistente en condicionar la prohibición de utilizar los datos de sus clientes para operaciones de marketing propio o de terceros, a la expresa oposición de éstos, pues, la referida modalidad resulta violatoria de los artículos 5, 6 y 11 de la ley 25.326, que exigen el consentimiento previo, expreso e inequívoco del titular de los datos, en tanto invierte dicha regla al presumir el consentimiento tácito del cliente ante su falta de oposición⁴.

La Disposición 2/2008 - Dirección nacional de protección de datos personales - Créase el Repertorio de Jurisprudencia sobre Hábeas Data⁵.

⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E 12/05/2006 "Unión de Usuarios y Consumidores c. Citibank NA, Sup". La Ley, 10/07/2006, 10.

⁵ Buenos Aires, 29/2/2008 Publicación en B.O.: 07/03/2008. Artículo 1. En el ámbito de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales. Según el artículo 2. El

14. Consultas de protocolo

Las tareas periciales que requirieren la consulta de protocolo que se encuentre encuadrado o de documentos agregados a él, deberán ser cumplidas sin desplazamiento de los protocolos fuera de la escribanía respectiva.

Cuando el documento que se encontrare en las condiciones indicadas en el párrafo anterior deba necesariamente ser exhibido o consultado en sede judicial, por excepción podrá requerirse al escribano el desglose de las fojas y la documentación objeto de las pericias –en cuyo caso, hasta la reinsertión de los originales, el escribano agregará copia de la documentación y fojas desglosadas– o la remisión del tomo de protocolo correspondiente, señalándose en auto fundado el plazo dentro del cual deberá ser reintegrado.

15. Tintas y procedimiento de escritura

Existen distintas normas dentro del país sobre las características de impresión de las escrituras matrices y de las copias.

Es unánime la exigencia de tinta indeleble y deben utilizarse caracteres fácilmente legibles.

Los documentos deben iniciarse y desarrollarse y terminarse utilizando el mismo procedimiento gráfico y se admite que sea utilizado otro en caso de que el notario complete de puño y letra los extendidos a máquina o impresora, se trate de diligencias practicadas fuera de la escribanía, por requerimientos hechos en otra forma, se trate de notas complementarias, se corrija o complete a máquina un documento efectuado con impresora.

Queda prohibida la utilización de elementos o procedimiento de impresión que puedan afectar o sobreponerse a la graffía impresa en los documentos o su permanencia en el tiempo.

registro será de libre consulta por el público en general, y se integrará con sentencias recaídas en las acciones de habeas data, que suministren los propios magistrados, las partes en el proceso o sean obtenidas de fuentes de acceso público irrestricto.

El artículo 3 dice que el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y supresión sobre la información del registro creado por la presente podrá ser ejercido en la sede de esta Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, sita en Sarmiento 1118, piso 5, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Los textos manuscritos deben ser hechos con tinta mediante estilográficas, pluma, bolígrafos o sistema similar, lo mismo que la firma de los sujetos instrumentales y del notario.

16. Documentos que no se concluyen

En los documentos que no se concluyeren se procederá del siguiente modo:

- a) Si asentado un documento no se firmare, el notario consignará al final tal circunstancia, mediante nota que llevará su firma y sello.
- b) Si firmado el documento por uno o más intervinientes no lo fuere por los restantes, el notario hará constar la causa al pie, mediante atestación que llevará su firma. Los que lo hubieren firmado podrán requerir que se asiente la constancia que estimaren pertinente en resguardo de sus derechos.
- c) Firmado el documento y antes de la autorización por el notario, podrá dejarse sin efecto solamente con la conformidad de todos los firmantes, siempre que ello se certificare a continuación, o al margen si faltare espacio, en acta complementaria que firmarán aquéllos y el notario.
- d) En los casos expresados no se interrumpirá la numeración.
- e) Cuando por error u otros motivos no se concluyere la redacción del documento iniciado, el notario indicará tal hecho en nota firmada. En este supuesto se repetirá la numeración en la escritura siguiente.

17. Pérdida y destrucción del protocolo

Conforme el artículo 1011 CC:

“Si el libro de protocolo se perdiese y se solicitare por alguna de las partes que se renovase la copia que existía, o que se ponga en el registro para servir de original, el juez puede ordenarlo con citación y audiencia de los interesados, siempre que la copia no estuviese raída ni borrada en lugar sospechoso”.

El artículo menciona la pérdida pero puede tratarse de la destrucción total o parcial, de deterioro o de sustracción.

17.1 Procedimiento

La subsanación puede llevarse a cabo por:

1. La reconstrucción del protocolo como ordena el artículo 1011,
2. Reproducción del acto, y
3. A falta de matriz y copia la obtención de título supletorio sobre la base de la inscripción registral.

17.2. Reconstrucción

El notario debe comunicar el hecho al órgano de superintendencia, y comprobado el extravío éste dispondrá la instrucción del sumario o proceso para la reconstrucción del protocolo.

Son sujetos legitimados activos los sujetos instrumentales, sus representantes, sucesores universales y singulares, el escribano autorizante o su reemplazante en el registro.

La intervención o citación y la audiencia de los interesados son a los fines de garantizar la fidelidad en la reconstrucción del documento. Puede haberse perdido una hoja o varias, puede tratarse de una escritura, o de uno o más folios de ésta. Aun siendo la pérdida parcial, la reconstrucción debe ser de todo el documento.

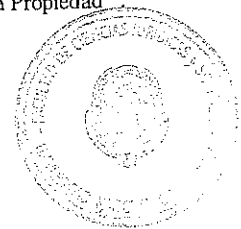
Para hacer dicha reconstrucción, es necesario que se haya expedido copia autorizada de la escritura. Además, la copia o testimonio debe estar en perfectas condiciones materiales y no pueden admitirse copias simples o fotocopias, salvo que la copia autorizada se hubiere expedido por ese procedimiento.

La copia apta se incorpora al protocolo con orden judicial. En la provincia de Buenos Aires es competente el juez notarial; en las demás provincias, el juez del lugar.

En una consulta al Colegio de escribano, se dijo:

“Producida la pérdida de una foja el notario responsable deberá justificar al Juzgado Notarial, el que previa verificación de los supuestos del artículo 1011 del CC procederá a ordenar la reconstrucción. Sin necesidad de certificado de inhabilitación, comparecencia de las partes ni nueva inscripción en el Registro de la Propiedad”⁶

⁶ RN861-477.



La doctrina discute si debe anexarse la copia al protocolo o debe protocolizarse en el protocolo corriente a la fecha de la reconstrucción.

Pelosi⁷ sostiene que debe extenderse el acta de protocolización a que se refiere el artículo 1003 del CC. No es necesario transcribir la copia; es suficiente con reseñar el documento y anexarlo.

Autorizada el acta y agregada la copia al protocolo corriente, se expide nueva copia, que es reproducción fiel de la copia anexada, se inscribirá si el acta documentado así lo requiere. Esta es la copia que se entrega para circular en el tráfico jurídico.

17.2.1. Escrituras: artículo 1011 del Código Civil; reconstrucción del protocolo; supuestos incluidos en la norma.

El artículo 1011 del Código Civil se refiere a la pérdida del protocolo notarial, pero resulta igualmente aplicable a los casos de destrucción total o parcial —por pérdida o extravío, por desaparición o sustracción de una o más fojas o folios del protocolo—.

“La ausencia en el protocolo de dos escrituras da lugar al trámite regulado en el artículo 1011 del Código Civil y toda vez que en el caso han sido citadas todas las personas interesadas en los actos registrados en ambos instrumentos, quienes no han efectuado oposición alguna, corresponde acoger la pretensión de que se ordene la reconstrucción del protocolo en relación a aquéllos. Ello es así sin perjuicio de lo que finalmente pudiera resolverse en la causa penal con relación a la regularidad de las dos escrituras, sin que resulte óbice para la admisión del planteo la circunstancia de encontrarse aún en trámite la querrela criminal, ya que con la protocolización tan sólo se incorporan al libro de protocolo las escrituras faltantes, mas ello no importa pronunciarse sobre la validez de las mismas⁸.”

⁷ Pelosi, C., “Subsanación de la pérdida de fojas del protocolo”, *Revista del Notariado*, 1979-768-2119.

⁸ CNCív, Sala B, 5 de agosto de 1998. - D., M. E. s/copia y renovación de títulos/2º testimonio. ED, 187-129.

17.3. Reproducción del acto

Estamos en el caso de nuevo otorgamiento del acto con la participación de todos los sujetos negociales o sus representantes, mencionándose los antecedentes que motivan el nuevo otorgamiento y la pérdida sufrida.

Cuando se trate de actos de constitución, modificación o transferencia de derechos reales deberá solicitarse certificado al Registro de la Propiedad e inhibiciones.

Se utiliza en casos en que no hay matriz ni copia.

17.4. Título supletorio

La Ley registral inmobiliaria 17.801, establece en el artículo 29 que el asiento registral servirá como prueba de existencia de la documentación que lo originara en los casos a que se refiere el artículo 1011 del CC.

El procedimiento se utiliza cuando extraviada o destruida la primera copia inscripta se carece de la matriz, lo que impide la obtención de una segunda copia.

Es el juez quien determina la validez del título supletorio que surge de los asientos registrales, procediéndose a la protocolización del expediente judicial o de su parte resolutive o sentencia.

Capítulo 5: Escritura pública

1. Concepto

La escritura pública es un instrumento público. Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones autorizados para ejercer las mismas funciones (artículos 979 y 997 CC).

La escritura es instrumento público, pero no todo instrumento público traduce y representa una escritura pública.

Ésta tiene una forma determinada, se configura a través de la función notarial, solamente puede ser hecha por el escribano o por otro funcionario autorizado a ejercer la actividad notarial.

Núñez Lagos advierte que:

“Todo documento contiene o puede contener un negocio jurídico, que es su contenido de derecho material, y que se presenta al juez como un problema de interpretación de voluntad. Pero la escritura, y sólo la escritura pública, contiene una actuación de un funcionario público *cum causae cognitine* y más actividades de las partes que se producen de cauces reglados de puro derecho formal, es decir, derecho y legislación notariales, incorporados al Código Civil y por lo tanto de igual rango que éste”¹.

¹ Núñez Lagos, R., *Hechos y derechos en el documento notarial*, Madrid, Imp. Vda. de Galo Sáez, 1950, p. 23.

El Código Civil regula en los artículos 997 a 1011 sobre la escritura pública, que por ser instrumento público debe contener todos los requisitos que señala la ley para éstos, y los que determinan las leyes locales que regulan las formalidades.

Las escrituras públicas son documentos autorizados con las solemnidades legales por el notario competente, a requerimiento de parte, incluidas en el protocolo, y que contienen, revelan o exteriorizan un hecho, acto o negocio jurídico, para su prueba, eficacia y constitución².

2. Formalidades

Las formalidades de género para la validez del acto son:

1. La extensión en el protocolo o libro de registro,
2. la presencia de las partes otorgantes,
3. la lectura y firma por y ante el escribano, la suscripción a ruego cuando alguien no supiese o no pudiese firmar, y por último,
4. la autorización por el escribano actuante.

Con tales presupuestos la escritura hace fe entre las partes y terceros, pues queda autorizada por el escribano ante quien pasó, por efecto de la autoridad pública con que éste actúa en el ejercicio de la función³.

3. Contenido

La escritura contiene un negocio jurídico, concretamente es una declaración de voluntad. El notario da forma a la voluntad declarada y a la actividad de las partes, conforme el derecho de fondo.

La actividad es compleja, hay presencia de partes, hay entrega de cosas, hay declaración de voluntad, hay consentimiento después de la lectura.

El notario tiene el deber legal de redactar de acuerdo a la ley, a la voluntad de las partes, a las disposiciones registrales, al derecho tributario, al derecho

² Ávila Álvarez, *Estudios de derecho notarial*, 3ª ed., Barcelona, Nauta, 1962, p. 127.

³ Neri, A., *Tratado de Derecho Notarial*, t. 3, Buenos Aires, ed. Depalma, 1980, p. 7.

notarial; este documento se viste con el consentimiento u otorgamiento que es la función final de las partes y queda exteriorizado con la firma que hace vivir simultáneamente documento y contrato o acto⁴.

4. Otros funcionarios autorizados

La alusión del artículo 997 inc. 1 del CC a "otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones", se refiere a funcionarios del Servicio Exterior de la Nación quienes –de conformidad con lo dispuesto en la ley 20.597, artículo 20, incs. c y d– están específicamente habilitados para otorgar escrituras públicas.

Son casos de excepción de atribuciones a los oficiales, capellanes y médicos autorizados para recibir el testamento militar (artículo 3673 CC), el comandante de un buque ante quien puede otorgarse el testamento marítimo (artículo 3679 CC), el juez ante el cual se puede celebrar la convención matrimonial (artículo 1223 CC). En estos casos el instrumento labrado será instrumento público, pero no una escritura pública, pues para que ésta exista es inexcusable que sea labrada en el protocolo notarial, sometido a exigencias y características especificadas en la ley⁵.

5. Requisitos de la escritura

La escritura contiene: encabezamiento, comparecencia e intervención; exposición, estipulación, declaraciones complementarias, constancias notariales y cierre.

El Código Civil regula los requisitos referidos

a) El papel, el lugar y fecha, el idioma nacional.

Los artículos 997 al 999 del CC exigen la confección en hojas de protocolo habilitadas, rubricadas, numeradas, en orden cronológico, y hechas en idioma

⁴ Etchegaray, N. P., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1997.

⁵ Orelle, J. M., *Código civil comentado, anotado y concordado*, ed. Astrea, artículo 997.

nacional con los requisitos que señalan los artículos 1001 al 1005 del CC: "La escritura debe expresar la naturaleza del acto, su objeto".

El instrumento será escrito mediante los medios gráficos y tinta que asegure durabilidad y fijeza. No pueden utilizarse guarismos ni abreviaturas y no deben dejarse espacios en blanco;

- b) al notario, sobre competencia, debe dar fe de conocer a las partes;
- c) a los otorgantes, sobre su nombre y apellido, mayoría de edad, estado de familia, vecindad;
- d) a los testigos, sobre su nombre y vecindad;
- e) a la naturaleza del acto, su objeto, condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano expresadas en letras;
- f) el escribano debe leer a las partes y salvar de su puño y letra lo que haya escrito entre renglones y las testaduras;
- g) otorgamiento o expresión libre de la voluntad para consentir en las obligaciones que se estipulan y firma;
- h) a la autorización: firma y rúbrica del notario.

6. Encabezamiento. Numeración y epígrafe

En el encabezamiento de la escritura, conforme las leyes orgánicas, debe constar número de orden de la escritura, epígrafe, lugar y fecha, la comparecencia de los otorgantes, nombre, domicilio, mayores de edad, fe de conocimiento.

La numeración de las escrituras y el epígrafe son una exigencia de las leyes locales y no pertenecen al cuerpo de la escritura. Son elementos exteriores relativos al orden interno del protocolo. Su omisión o defecto no hace a la invalidez del documento y puede no necesitar ser subsanada, pero el notario será sancionado disciplinariamente.

6.1. Lugar

La escritura debe otorgarse en el distrito que corresponde al registro. La indicación del lugar hace a la competencia territorial del autorizante y el derecho aplicable.

El escribano tiene registrado un domicilio legal y el protocolo debe estar en

ese domicilio y, salvo casos especiales y a solicitud de los requirentes, no se puede retirar de la escribanía.

No es necesario indicar el lugar preciso con calle y número si se firma fuera de la escribanía pero dentro del distrito, aunque el notario generalmente documenta que a requerimiento de los comparecientes se constituye fuera de la escribanía, expresando en algunos casos la causa. Las leyes notariales contienen normas en este sentido.

La jurisprudencia ha dicho que aunque se probara que la escritura se firmó en un domicilio particular en lugar de la oficina del escribano, según consta en el instrumento, no perjudica su validez en tanto se trate de la misma competencia territorial.

La indicación del lugar es de pública notoriedad, está amparado por la fe pública, y si se firma fuera de la demarcación territorial será posible atacar de falsedad ideológica el documento. El lugar es requisito exigido por los artículos 980, 1001 y 1004 CC. Su omisión es causal de nulidad (artículo 1004 CC).

6.2. Fecha

Según el artículo 1001 CC, deben expresarse día, mes y año, y puede ser domingo o feriado.

La fecha tiene conexión con la competencia en razón del tiempo del ejercicio de la función notarial, con la capacidad de las partes, con el derecho vigente al momento de la firma del documento y con el orden cronológico (artículo 1005 CC). Es causal de nulidad la omisión total de la fecha, conforme el artículo 1004 CC.

Si se consignara otra fecha por error material no hay nulidad, salvo que también se alterase con intención dolosa el orden del protocolo que le corresponde.

El orden cronológico, que menciona el artículo 1005 CC, en la actualidad se asienta en el número de folio, el número preimpreso de la foja, el número de escritura y la fecha.

La hora no es necesaria salvo que las partes lo requieran o el escribano lo considere conveniente.

La jurisprudencia dijo:

"Si se ha admitido que la escritura carecía de fecha, si bien se añadió, que tanto la precedente, como la posterior, databan del 4 de abril de 1989, la aclaración

que antecede no puede enervar la apuntada irregularidad, pues deviene incontrovertible que hace a la esencia de la escritura pública que la misma, que debe autoabastecerse, debe contener la fecha (artículo 1001, Código Civil). Tal grave omisión no puede ser suplida por el hecho apuntado de la correlación con otras escrituras, pues ello importaría un trastrocamiento de los principios básicos que hacen a los recaudos imprescindibles que deben reunir los instrumentos públicos, y desde luego de las obligaciones que pesan sobre un oficial público, como es el notario. Ello tampoco puede ser coonestado, por el hecho de que no se haya declarado la nulidad que prevé el artículo 1001 del Código Civil, pues como se ha destacado en la desestimatoria de la revocatoria, ello no excluye efectivizar la responsabilidad en que ha incurrido el oficial público, todo ello con sustento en la elaboración de la doctrina acuñada por la praxis judicial⁶.

6.3. Identificación del notario autorizante

El anteproyecto de ley de documento notarial y las leyes orgánicas notariales dicen que se debe indicar el nombre del notario, si es titular, adscripto o suplente del número de registro y distrito a que pertenece. Ello permite identificar fácilmente al notario autorizante con la lectura de la copia del documento.

7. Comparecencia

La comparecencia de los sujetos en la audiencia notarial es indispensable para iniciar la actividad funcional.

Para Larraud es el acto por el cual los sujetos de la escritura pública se hacen conjuntamente presentes ante el escribano autorizante.

En la constancia formal o dimensión papel, en la primera parte de las escrituras se individualiza a las personas físicas, que pueden intervenir por sí o en su carácter de representantes de personas jurídicas. De las personas jurídicas, que actúan por sus representantes, deberá dejarse constancia de la denominación o razón social, la inscripción de su constitución, si correspondiere, y el domicilio.

⁶ C 2° Civ. y Com. La Plata, Sala 1°, 23/6/1994, "GJ v. H. s/ Sanciones disciplinarias", BA B251434.

7.1. Comparecientes

Los comparecientes o sujetos instrumentales son personas físicas que se presentan ante el notario asistiendo como parte, o como concurrente, se identifican y suministran al notario sus datos personales.

Clases de comparecientes:

1. Compareciente simple o concurrente es el que presta conformidad a una narración exacta de los hechos en que intervino;
2. otorgante es la persona física que expresa la voluntad mediante la cual crea, modifica, transfiere, aniquila derechos;
3. el requirente es persona interesada, con interés legítimo directo o indirecto, ya sea que actúen en nombre propio o por otro, con su representación o por gestión, con tutela o a favor de terceros;
4. la parte es cada sujeto o grupo de sujetos con intereses ante el negocio jurídico;
5. concurrente es el que participa del otorgamiento sin tener ninguna relación de derecho; asiste sin ser parte;
6. testigos instrumentales son los solicitados por las partes, por el notario, o exigidos por la ley como en los testamentos;
7. testigos de conocimiento son los que menciona la ley en el artículo 1002 CC, utilizados como medio supletorio y necesarios para que el notario formule su juicio de conocimiento;
8. firmante a ruego aparece cuando las partes expresan que no saben o no pueden firmar.

7.2. Nombre y demás datos identificatorios de los comparecientes

La individualización de los otorgantes con nombre y apellido es requisito esencial de validez de la escritura (artículo 1004 CC).

La total ausencia de nombre y apellido de modo que no pueda individualizarse al otorgante origina nulidad de la escritura. Distinto es el error material en el nombre, que es subsanable.

El artículo 1001 CC menciona que debe constar en la escritura si los comparecientes son mayores de edad, su estado de familia y su domicilio o vecindad. Su omisión no provoca nulidad del documento pero es causal de observación y de sanción disciplinaria al notario.

Otros datos identificatorios son exigidos por leyes comerciales, notariales, registrales y fiscales, como el documento de identidad, CUIT, CUIL o CDI.

La mayor cantidad de datos permite la individualización del sujeto y deben corresponder con los documentos de identidad y los antecedentes y registros.

7.3. Estado de familia

El estado de familia se refiere a la calidad de soltero, viudo, casado, divorciado; tiene importancia en la individualización del otorgante y permite evaluar la capacidad y legitimación para disponer de ciertos bienes.

Además de los requisitos formales, de contenido y de redacción impuestos por la legislación de fondo y por otras leyes especiales, conforme las leyes orgánicas las escrituras públicas deberán expresar el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge, cuando los sujetos negociales fueren casados, divorciados o viudos.

La jurisprudencia dijo que: "Cuando el artículo 1001 del CC expresa las enunciaciones referentes a los nombres y apellidos de las personas que otorgan la escritura, si son mayores de edad, su estado de familia y su domicilio o vecindad, tales enunciaciones tienen por objeto establecer la identidad de las partes que otorgan la escritura". La mención del estado de familia puede interesar no sólo como elemento de individualización sino también por su incidencia sobre el régimen de capacidad o bienes de la persona en el caso de matrimonio, y este requisito se cumple conforme lo ha entendido la jurisprudencia con indicar la condición de casado o viudo, sin necesidad de mencionar el nombre del consorte⁷.

El escribano no es responsable de la exactitud o veracidad de los actos relativos al estado de familia, por ser manifestación de las partes⁸.

No es causa de nulidad de la escritura pública la inexacta constancia acerca del estado civil de la vendedora, y sin perjuicio de lo que en sede penal se decida en definitiva sobre la responsabilidad atribuida al escribano interviniente⁹.

⁷ CNCiv, Sala B, LL 1977D-408.

⁸ Borda, *op. cit.*, II-1020.

⁹ CCivil y Com. San Isidro, Sala II, diciembre 12-1989, "*García de Outon, María S. c. Cohen Arazi, Raúl M. y otro*", DJ, 1990-1-932.

8. Fe de conocimiento. Individualización de los comparecientes. Identidad de los comparecientes

El origen de la fe de conocimiento está en la escuela de Bolonia en pleno siglo XIII, con la discusión entre Juan Andrés y Baldo, el primero en contra de la exigencia del conocimiento de las partes por el notario, y el segundo a favor de este requisito. Prévaleció la postura de Baldo y así se reproduce en el Fuero Real de Castilla, la Pragmática de Alcalá, las VII Partidas y la Novísima recopilación de las leyes de España. Éstas y Freitas son las fuentes que Vélez recepta y plasma en los artículos 1001 y 1002.

El artículo 1001 del CC decía que el escribano debe dar fe de conocer a los otorgantes. El artículo 3699 del Código Civil dice:

"Los testigos deben ser conocidos del escribano. Si este no los conociese, puede exigir antes de otorgar el testamento, que dos individuos aseguren la identidad de sus personas y la residencia de ellos".

La Ley 26140 reforma los artículos 1001 y 1002 que dicen:

"1001. La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorgan, si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio, o vecindad, el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa. El escribano concluida la escritura debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano. Cuando el escribano o cualquiera de las partes lo juzgue pertinente, podrá requerir la presencia y firma de dos testigos instrumentales. En este caso, aquél deberá hacer constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de los mismos.

1002. La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios:

- a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano;

b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación;

c) Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo. En este caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes”.

Por ello decimos que el notario identifica a los comparecientes por los medios que señala la ley que le permitan adquirir la íntima convicción de su identidad. Su omisión no es causal de nulidad del instrumento. Villalba Welsh decía que el solo hecho de su comparecencia en la escritura importará el cumplimiento de ese deber.

La identificación del compareciente se extiende al nombre y apellido de la persona, todos los demás datos son manifestados por el compareciente. Se mantiene vigente el artículo 3699 del Código Civil y los testigos en los testamentos deben ser conocidos del escribano.

9. Capacidad o mayoría de edad

La doctrina ha discutido si el juicio de capacidad se refiere a la habilidad del sujeto para actuar o a la mayoría de edad.

El codificador exige mayoría de edad, y no hay norma que exija el juicio de habilidad de los comparecientes salvo en testamentos.

El notario sólo debe intervenir previa calificación de la capacidad de los requirientes en relación con la naturaleza del acto y bienes comprometidos y ello importa un juicio de capacidad y legitimación o aptitud del sujeto capaz de obrar.

Sobre el valor de los juicios del notario, la nota al artículo 993 CC dice:

“Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra”.

Si la mayoría de edad del otorgante fuese requisito de validez del acto, la incapacidad de él lo viciará de nulidad.

El juicio de capacidad de las personas físicas no requerirá constancia documental.

9.1. Cabe modificar la sentencia que declaró que la negligente actuación del escribano contribuyó a la nulidad del testamento otorgado respecto de quien tenía previamente abierto un proceso de insania, pues está demostrado que aquél ignoraba la previa internación del testador en un hospital de salud mental, las constancias de su historia clínica y la iniciación de las actuaciones sobre declaración de incapacidad y al momento de otorgar el acto existía en el testador una apariencia de manejo normal dentro lo limitado de su avanzada edad, lo cual permite concluir que el notario incurrió en una apreciación errónea inducida por las apariencias atinentes a la forma de estar, movilizarse y conversar con el testador al tiempo del acto –conforme nota artículo 3616 CC¹⁰–.

9.2. La previsión formativa contenida en el artículo 3651 del CC no equivale a incapacidad para testar, ya que la sordera no es valladar al testamento ológrafo ni al cerrado. El testamento por acto público debe ser leído al testado y comprendido por éste. Ello supone su aptitud para oír la lectura, por donde la sordera a que se refiere el artículo 3651 del CC es la bilateral absoluta, propia de quien padece de la abolición total del sentido acústico, de modo que el que sólo es sordo parcial, que puede oír aunque sea con dificultad, no está comprendido en la prohibición del artículo citado¹¹.

10. Intervención

Los comparecientes pueden intervenir por sí o por otro, o por ambos a la vez, y con o sin mandato, como gestor, estipulante, etcétera.

La actuación jurídico-negocial es generalmente una actuación del interesado para sí, quien celebra un acto o contrae una obligación, o dispone sobre un derecho en virtud del poder de disposición que le corresponde o adquiere un derecho. No obstante, en una economía de intercambio evolucionada se origina la necesidad imperiosa de hacer que actúe otro en lugar del interesado,

¹⁰ CNCiv., Sala H, “F., E. c. L., M.T. y otro”, LL, 7-7-2006, 6.

¹¹ Capel. CC San Isidro/Sala II, diciembre 14-2004 – “V., I.E. y otra c. M., P. s/nulidad de testamento”, *El Derecho*, 26-5-05.

de forma que aquél, el representante, pueda constituir efectos jurídicos para el representado del mismo modo que éste puede constituirlos para sí.

En el instrumento, se deja constancia del carácter que invistan los comparecientes sean o no partes en el acto o negocio documentado, por ejemplo si es por sí, es personalmente, o por derecho propio, o por otro, o en nombre y por cuenta de otros, asumiendo una representación.

10.1. Intervención de personas que no hablan el idioma nacional

Si las partes hablan idioma extranjero, deberán expresar su voluntad por medio de una minuta en el idioma de las partes o que éstas entiendan, la que deberán firmar en presencia del escribano, o reconocer ante él su forma anterior, con su traducción por traductor matriculado, que no debe estar presente en el acto. La minuta se incorporará al protocolo.

Si el extranjero no sabe leer será necesaria la presencia del traductor, que actuará como intérprete para explicar el contenido del documento.

La minuta puede ser firmada a ruego si la parte no sabe o no puede firmar.

Tratándose de testamento, el testador puede ser asistido por intérpretes, y en presencia de los testigos e intérpretes que entiendan la lengua castellana y la del testador se dará lectura a las disposiciones.

Si se trata de lenguas con distintos caracteres que sólo pueden ser volcados al papel por personas que conozcan el idioma, se le solicitará al intérprete que escriba en el protocolo de puño y letra la versión en el idioma extranjero, y al otro intérprete que verifique la correcta traducción.

10.2. Intervención de sordomudos que saben darse a entender por escrito y de ciegos

Si las partes fueren sordomudos o mudos que saben darse a entender por escrito, redactarán el documento en una minuta firmada por ellos, que se incorporará al protocolo y la firma será reconocida en presencia del escribano, quien dará fe del hecho (artículo 1000 CC).

Los ciegos son plenamente capaces para otorgar y firmar escrituras públicas. En este caso el escribano procederá a la lectura del documento e indicará al compareciente dónde firmar.

10.3. Intervención de menores¹²

10.3.1. Los menores adultos tienen capacidad para realizar determinados actos lícitos y actos jurídicos sin asistencia, como por ejemplo:

1. Adquirir la posesión originaria y la derivativa, pudiendo usucapir (artículo 2392 CC);
2. Contratar el depósito necesario en ocasión de peligro o fuerza mayor, y responder por ello, aunque esté autorizado por sus representantes legales para recibirlo (artículo 2228 CC);
3. Celebrar contrato de comodato, pudiendo oponer la nulidad, salvo actuación dolosa, en cuyo caso debe devolver la cosa como si fuera capaz (artículos 2257, 2258 y 2259 CC);
4. Ejercer el mandato con representación (artículos 1897 y 1898 CC), con las limitaciones a su responsabilidad de acuerdo a lo previsto en el artículo 1898 CC.

10.3.2. Actos de menores conforme lo dispuesto por el artículo 128 CC (texto según ley 17.711)

Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo respecto de las normas del derecho laboral. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de autorización. Otras disposiciones son:

1. Puede realizar actos de administración, disposición y conservación, con relación a los bienes que adquiere con el producto de su trabajo;
2. Los bienes adquiridos en las condiciones del artículo 128 CC quedan sujetos a un régimen especial de libre administración y disposición por parte del menor de edad;
3. El resto de sus bienes continúa bajo el régimen de gestión a cargo de los representantes legales;
4. Los menores encuadrados en el artículo 128 CC y los alcanzados por

¹² Véase trabajo elaborado por la Comisión Central de Consultas, "Menores y la intervención notarial", *Revista Notarial*, provincia de Buenos Aires, n° 925, pp. 639 a 647.

la Ley de Contrato de Trabajo, pueden donar los bienes que adquieren con el producido de su actividad laboral o profesional, sin necesidad de autorización judicial ni licencia de los padres.

Requisitos

1. Manifestación de que adquiere con el producto de su trabajo.
2. Justificación de su relación laboral o exhibición de título habilitante.

Es de buena técnica que el notario agregue al protocolo fotocopia certificada de la documentación presentada; pero ello no es obligatorio.

El monto del sueldo y la antigüedad en la actividad son elementos importantes a tener en cuenta. Participo de la doctrina que considera que el notario no debe calificar ni exigir requisitos más allá de lo que la norma impone. Basta, en consecuencia, el cumplimiento de los requisitos objetivos, sin evaluar la relación entre el ingreso y el precio del bien adquirido.

Ley 26.579. Menores. Mayoría de edad.

La Ley 26.579, modifica el Código Civil en los artículos 126, 127, 128, 131 y 132 del Título IX, Sección Primera del Libro I; el artículo 166 inciso 5) y el artículo 168 del Capítulo III del Título I, Sección Segunda del Libro I; los artículos 275 y 306 inciso 2) del Título III, Sección Segunda del Libro II; el artículo 459 del Capítulo XII, Sección Segunda del Libro I.

Con la reforma se unifica en dieciocho años la edad para alcanzar la mayoría de edad según lo establece el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por la ley 23.849¹³.

Los artículos del Código Civil quedan redactados de la siguiente forma:

126. Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años.

127. Son menores impúberes los que aún no tuvieren la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueren de esta edad hasta los dieciocho años cumplidos.

¹³ En las reservas de incorporación del Tratado, se había declarado que, con relación al artículo 1º, en el derecho interno se debía interpretar que era niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los dieciocho años de edad.

128. Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad el día que cumplieren los dieciocho años.

El menor que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ello.

La aplicación de la norma en este último párrafo requiere la acreditación de título habilitante, justificación de haberes, y razonabilidad de la vinculación entre los ingresos y la inversión, según las circunstancias de cada caso.

Según el artículo 275: Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos le hubiesen asignado, sin licencia de sus padres.

Tampoco pueden ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres, salvo lo dispuesto en los artículos 128 y 283.

Toda disposición legal que establezca derechos u obligaciones hasta la mayoría de edad debe entenderse hasta los dieciocho años, excepto en materia de previsión y seguridad social en que dichos beneficios se extienden hasta los veintinueve años, salvo que las leyes vigentes establezcan una edad distinta”.

Obligación alimentaria de los padres a sus hijos mayores de edad

Se agrega como segundo párrafo del artículo 265 del Título III, Sección Segunda del Libro I del Código Civil, el siguiente: “La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

La obligación alimentaria para los hijos mayores de edad deriva del parentesco (conf. art. 367 del mismo Código)¹⁴.

La nueva ley permite que una vez cumplido los dieciocho años y, en consecuencia, alcanzada la mayoría de edad, “el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

¹⁴ En congruencia el artículo 18, inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el segundo párrafo del artículo 7 de la ley 26.061 hacen recaer la obligación alimentaria –primordialmente– en cabeza de ambos progenitores (más allá de la forma en que cada uno la cumpla).

Entonces, alcanzada la mayoría de edad a los dieciocho años, si el propio hijo o el progenitor que tiene a su cargo la cuota de alimentos, acreditan que aquél cuenta con recursos suficientes para atender las necesidades emergentes de los rubros que estipula el artículo 267 del Cód. Civ., la cuota alimentaria que se hubiera fijado cesará.

El progenitor obligado al pago de la cuota de alimentos fijada, se encontrará facultado a solicitar el cese de aquélla, siempre que demuestre el extremo fáctico que la norma describe. También se faculta a que sea el propio hijo quien solicite el cese de la cuota alimentaria, aún cuando ello, en realidad, signifique una renuncia a los alimentos futuros.

Cuando la cuota se abona de forma directa, deberá ser el hijo quien firme el correspondiente recibo que acredite el pago de dicha cuota. La patria potestad sobre el hijo ha concluido, y éste podrá administrar lo percibido en materia de alimentos del progenitor que tiene a su cargo la cuota.

Implicancias en materia sucesoria

En materia sucesoria, a partir de la reforma que fija la mayoría de edad en los 18 años, los sucesores mayores de esta edad podrán autorizar la partición extrajudicial del patrimonio relicto sin contralor judicial, con lo cual el padre podrá partir los bienes con sus hijos entre los 18 y 21 años libremente, al igual que cualquier otro sucesor.

En este aspecto el cambio de régimen de la minoridad resulta más ágil al tráfico comercial porque permite la partición extrajudicial más rápidamente, pero puede resultar perjudicial en patrimonios muy importantes donde difícilmente los jóvenes tengan capacidad comercial como para advertir los alcances de la división del caudal transferido sucesoriamente. Por supuesto que siempre queda abierta la impugnación por lesión, fraude o por vicios de la voluntad pero estas acciones no constituyen una protección automática como la legal¹⁵.

10.3.3. Menores que contrajeren matrimonio

La ley 26.579 dice:

¹⁵ Véase Medina, Graciela La mayoría de edad y el régimen sucesorio, Sup. Esp. Mayoría de edad 01/01/2009, 39.

131. Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil, con las limitaciones previstas en el artículo 134.

Si se hubieran casado sin autorización no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores.

132. La invalidez del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, salvo respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada.

Si algo fuese debido al menor con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad.

Con la nueva normativa la edad mínima legal para casarse coincide con la edad en la cual las personas adquieren la mayoría de edad, es decir que a los 18 años con la mayoría de edad se adquiere la aptitud nupcial. Por ello entendemos que no existe más una franja de edad en la cual alcanza con la autorización paterna o del tutor para contraer matrimonio, aunque los artículos que regulan el juicio de disenso no se hayan derogado. En el régimen actual cuando un menor de edad desea contraer matrimonio, deberá recurrir a la justicia a los fines de probar que existe causales de excepción que hacen lugar a que se le otorgue la dispensa de la edad para contraer matrimonio, y que esa unión resulta conveniente a su interés superior, en los términos del art. 167 del Cód. Civil, no obstante de contar con la autorización de sus padres o tutores. Por el art. 168 del Cód. Civil también se requiere el asentimiento de los representantes del menor de edad, cuya negación podrá fundarse solo en las causales previstas en el art. 169 del Cód. Civil, ya que esta norma no ha sido derogada¹⁶.

Se aplican los artículos 134, 135 y 136 CC. Debemos advertir las variantes legales:

Si el matrimonio fue celebrado con autorización de los representantes legales (artículos 134 a 136 y 1276 y 1277 CC) tienen la libre administración de sus bienes sin distinción de su origen.

La libre disposición de los bienes propios adquiridos a título oneroso, salvo del inmueble sede del hogar conyugal, habiendo hijos menores y/o incapaces, supuesto al que se le aplica la última parte del artículo 1277 CC.

¹⁶ Artículo 168: Los menores de edad no podrán casarse entre sí ni con otra persona mayor sin el asentimiento de sus padres, o de aquél que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez.

Una restringida disposición de los bienes gananciales, por aplicación del artículo 1277 CC.

No pueden donar los bienes propios, ni aun con autorización judicial, cuando fueron adquiridos gratuitamente, ni disponer de los bienes propios adquiridos gratuitamente sin autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno fuera mayor de edad.

Los menores emancipados por matrimonio pueden celebrar convenio de liquidación y partición del patrimonio ganancial, en forma privada y por escritura pública, en los casos de separación personal, divorcio vincular o nulidad matrimonial.

10.3.4. Emancipados por habilitación de edad (artículos 131, 134, 135, 136 CC, Ley 23.264)

La ley 26.579 deroga la emancipación por habilitación de edad. Y dice:

“Derógase el inciso 2) del artículo 264 quáter del título III, sección segunda del libro I del Código Civil”.

10.3.5. Menores en el derecho comercial. Régimen derogado por la ley 26.579

La ley 26.579 deroga los artículos 10, 11 y 12 del capítulo II, título I, del libro I del Código de Comercio.

10.3.6. Otorgamiento de poderes

Los menores están habilitados para:

1. Estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas con bienes adquiridos con su trabajo personal.
2. Ejercer acciones de nulidad matrimonial.
3. Accionar por rendición de cuentas contra el tutor.
4. Accionar por cuestiones vinculadas con su apellido.

Debemos recordar que de acuerdo al artículo 264 quáter, inc. 5, CC, se requiere el consentimiento expreso de ambos padres (artículo 264 incs. 1, y 5 CC) para que el hijo pueda estar en juicio.

En consecuencia, es necesario encuadrar perfectamente el supuesto de hecho en la normativa vigente para calificar la posibilidad o no de que el menor otorgue

el poder por sí, sin autorización de los representantes legales, del Ministerio Pupilar o judicial.

10.3.7. Representación legal de los padres de los hijos bajo patria potestad. Intervención de los menores (ley 26.061)

Los padres son representantes legales y necesarios de los hijos bajo patria potestad y los actos dispositivos que realicen con relación al patrimonio del menor necesitan autorización judicial y la debida intervención del Ministerio de Menores, órgano que controla su actuación (artículo 59 de Cód. Civil).

Consecuentemente los actos celebrados que no cumplen los requisitos legales son nulos (artículos 1042, 1043 del Cód. Civil), de nulidad relativa, ya que el interés protegido es privado. Es posible el saneamiento por la confirmación expresa o tácita (artículo 1059 y ss del Cód. Civil).

La Convención Internacional sobre los derechos del niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro ordenamiento por la ley 23.849 del año 1990.

La ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, les reconoce el derecho a opinar y a ser oídos en todo proceso judicial o administrativo y en todo otro ámbito en el que tenga interés, adecuándose el régimen normativo interno a la convención.

Según el artículo 24 de la ley 26.061: Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, el ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, deportivo y recreativo¹⁷⁻¹⁸

¹⁷ Véase Llorens, Luis Rogelio, “Algunas de las novedades en torno de la comparecencia de menores de edad en las escrituras públicas”. Revista Notarial COLESBA, n° 962, 393.

¹⁸ Cámara Nacional Civil, Sala B, entre otros conceptos, decía [...]: “Entendemos que el niño puede participar en el proceso cualquiera fuese su edad. Sin embargo, este aserto merece la correspondiente aclaración, pues si bien es cierto que la autonomía progresiva es lo que va a marcar su mayor o menor capacidad para actuar por sí (capacidad de obrar o de ejercicio), no sucede lo mismo con su participación procesal; la que puede tener

Toda normativa que regula el régimen de la patria potestad debe analizarse a la luz de éstos criterios.

En la XXXVI Jornada Notarial Bonaerense en el Tema III, se resolvió:

“Las niñas, niños y adolescentes pueden ejercer su derecho a opinar y ser oídos en sede notarial. Estas intervenciones enmarcadas en la ley 26.061 y concordantes no modifican la validez y la eficacia de los documentos notariales que las contienen”¹⁹.

Según la ley 26.579, en caso de tutela, en cualquier tiempo el Ministerio de Menores o el menor mismo, siendo mayor de dieciseis años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela (artículo 459 CC).

10.3.8. Régimen de gestión de los padres sobre los bienes de los hijos bajo patria potestad

Las normas básicas que juegan en la determinación del régimen de gestión de los padres sobre los bienes de los hijos bajo patria potestad son los artículos 264 quater (incs. 6 y 7), 294 y 297 del CC.

El artículo 294 del CC establece como regla la administración conjunta de los padres, cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad²⁰.

La gestión de los bienes del menor puede ser ejercida por uno solo de los padres que se encuentran en ejercicio de la patria potestad, en dos supuestos:

lugar, repetimos, cualquiera sea la edad del niño. Esta conclusión surge nítidamente de la ley 26.061 que en ninguna de sus normas condiciona su actuación en el proceso al suficiente juicio, madurez o grado de desarrollo intelectual; lo que significa decir que un niño de pocos días de vida tiene derecho a participar en el juicio que lo afecta y a contar con un abogado que lo asista. Claro está que en estos supuestos su actuación se hará efectiva con la intervención de un tutor especial que lo representará y con la labor consecuente que desempeñará el letrado en favor del niño”. CNCiv., sala B, 2009/03/19, “K. M. y otro c. K. M., D.”, La Ley, 2009-B, 709 y ss.

¹⁹ Necochea, 28.11.2009.

²⁰ Mendez Costa, María Josefa, *Bienes de los Hijos Menores. Administración. Usufructo*, Editorial Rubinzal-Culzoni, p. 134 y ss.

cuando hay acuerdo de ambos, o cuando existe resolución judicial (artículo 294 CC).

Excepcionalmente, los padres no serán administradores legales de los bienes de sus hijos cuando: 1) los hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres; o 2) se trate de bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando les hubieran sido transmitidos con la condición de que los padres no los administren (en razón de la remoción de uno de los padres de la administración de los bienes del menor, artículos 301, 302 y 303 CC).

Los padres necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros (artículo 297 del Cód. Civil ley 23.264).

Para los actos de disposición, corresponde la gestión conjunta de padre y madre matrimoniales o extramatrimoniales convivientes, con autorización judicial, cuando recaen sobre inmuebles o muebles registrables; cuando consisten en enajenaciones de cualquier tipo de bienes de los hijos, o gravámenes de los hijos sobre bienes de terceros; en caso de tenencia del hijo o administración atribuida a un progenitor, gestión del único progenitor en ejercicio de la patria potestad o del único que tiene la gestión, con autorización judicial²¹.

10.3.9. Contratación entre los padres y los hijos bajo patria potestad

Conforme el artículo 279 CC: Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad.

La prohibición es absoluta, sin embargo este principio reconoce la excepción de la donación, así el artículo 1805 CC establece que los padres pueden hacer donaciones a sus hijos, de cualquier edad que éstos sean, y cabe sostener lo mismo con relación a cualquier otra liberalidad hecha a favor del menor (artículo 1791 CC).

La norma debemos relacionarla con el artículo 297 del CC que dice:

“Los padres no pueden, ni aun con la autorización judicial, comprar por sí, ni interpuesta persona, bienes de sus hijos aunque sea en remate público; ni constituirse cesionarios de créditos, derechos o acciones contra sus hijos; ni hacer

²¹ Mendez Costa, María Josefa, op.cit. p. 134 y ss.

partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con ellos coherederos o colegatarios, ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros.

Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros".

Conforme el artículo 298:

"Igualmente necesitan autorización judicial para enajenar ganado de cualquier clase que formen los establecimientos rurales, salvo aquellos cuya venta es permitida a los usufructuarios, que tienen el usufructo de los rebaños".

La prohibición de la compra de bienes de los hijos debe entenderse que se refiere a los hijos que se encuentran bajo la patria potestad de sus progenitores.

Concordante con ellos el artículo 1160 CC establece que no pueden contratar quienes están excluidos de hacerlo con personas determinadas, y el artículo 1361, prohíbe al padre la compra de los bienes de sus hijos que están bajo su patria potestad, aunque sea en remate público.

Así se distingue cuáles son los actos prohibidos y cuáles requieren previa autorización judicial.

Los padres como administradores de los bienes de los hijos bajo patria potestad pueden realizar libremente todo acto conservatorio de ellos pero requieren autorización judicial para los actos de disposición de bienes de titularidad de los menores en sentido estricto, y también los de administración que pudieran importar enajenaciones o empleos de capital del menor.

La sanción legal la dispone el artículo 299 CC, los actos cumplidos por los padres en violación a las prohibiciones contenidas en los artículos 297 y 298 son nulos. Tendrán el carácter de nulidad relativa, susceptibles de confirmación.

La disposición de dinero de los menores ha dado lugar en la doctrina y la jurisprudencia a disidencias, ya que los artículos 264 quáter inc. 6 y el 297 CC no prevén el caso como un acto de administración sino de disposición sujeto a control judicial. Algunos autores, sobre la base de que al tener los padres el usufructo de los bienes de los hijos, tienen también el cuasi usufructo del dinero que implica la posibilidad de disponer de él (conforme los artículos 287 a 293, 2808, 2811 CC), sostuvieron que no era necesaria autorización alguna

y que podrían administrarlo y comprar inmuebles para sus hijos libremente. Otra doctrina, en cambio, considera necesaria la intervención del Ministerio de Menores y la autorización del juez, fundando su opinión en que el usufructo de los padres no procede en la misma forma que el común en cuanto al goce de los capitales.

El problema dio lugar a un fallo plenario de la Cámara Nacional Civil en el cual por mayoría se resolvió: "La facultad de administrar los bienes de los hijos menores de edad acordada a los padres por el artículo 293 del CC no excluye la intervención del Ministerio de Menores y el control de los jueces en la disposición e inversión de los fondos pertenecientes a los hijos"²². Existe jurisprudencia de otros tribunales que no comparten esta opinión.

10.3.10. Compra de inmuebles para los hijos menores de edad con dinero de los padres

Es usual la compra por los padres de inmuebles para los hijos menores, lo que implica la actuación de los padres en el ejercicio de la patria potestad como representantes legales de sus hijos menores de edad no emancipados en tales actos. Entendemos que las normas del CC aplicables son las siguientes: a) el artículo 1805 que como una excepción al artículo 279 del mismo cuerpo legal, nos dice: "El padre y la madre, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que éstos sean. En tal caso no existen limitaciones, y se entiende que sólo se está beneficiando al menor; b) Conforme el artículo 1792 establece: "para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada"; y c) por el artículo 1793: "antes que la donación sea aceptada, el donante puede revocarla expresa o tácitamente, vendiendo, hipotecando o dando a otros las cosas comprendidas en la donación", es una aplicación del mismo principio que rige en materia de contratos (artículo 1150 CC).

La compra para los hijos menores de edad efectuada por los padres, en ejercicio de la patria potestad, es una donación con aceptación diferida.

Disposiciones registrales establecen que:

²² JA 43-1114, 9/10/33, y Zannoni, E., *Derecho de familia*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1981, pp. 782 y ss.

“Tratándose de menores cuya representación fuere ejercida por sus padres, se entenderá que la adquisición se hace por el menor, inscribiéndose en consecuencia el bien a nombre de éste. Cuando la adquisición fuere realizada por el padre o la madre por derecho propio, acordándose una estipulación a favor del menor o con carácter de donación para éste, el bien se inscribirá a nombre del padre, dejándose constancia de la estipulación o donación salvo que la adquisición se presente para su registro juntamente con el documento de la aceptación o que ésta estuviera contenida en el mismo acto, en cuyo caso el bien se inscribirá a nombre del menor”.

10.3.11 Compra por o para otro

*Negocios jurídicos indirectos o con cláusulas indirectas*²³.

a) Se recomienda que los negocios jurídicos indirectos o con cláusulas contractuales indirectas sean descriptivos de su real contenido.

b) Las tradicionales fórmulas escriturarias: “por otro” y “para otro”, generan dificultades interpretativas en la calificación del negocio, el cual podrá ser encuadrado dentro de las figuras de la gestión de negocios, estipulación a favor de terceros, donaciones sujetas a aceptación, mandatos o negocios innominados, entre otros, según las circunstancias particulares de cada caso.

c) Se desalienta la utilización indiscriminada de fórmulas que generan calificaciones equívocas.

Manifestación documental del origen de los fondos.

a) Cuando la escritura pública menciona que se adquiere para una determinada persona y con dinero de ella, es de aplicación el privilegio del artículo 3927 del Código Civil.

b) La posibilidad de dejar sin efecto la gestión de negocios aun en el caso de que el gestor haya manifestado que utilizó dinero ajeno para el pago del precio de la adquisición, no deja de lado los efectos personales que existen entre gestor y gestionado. El privilegio del artículo 3927 del Código Civil, se extingue con la primera transferencia dominial.

Oportunidad de la declaración.

La cláusula negocial indirecta solo podrá ser expresada en sede notarial, al tiempo de la adquisición del bien y no con posterioridad.

²³ XXXVI Jornada Notarial Bonaerense, Necochea 2009. Tema III, el despacho por unanimidad

Modificación subjetiva.

Declarada la gestión y determinado el gestionado, la única posibilidad de su modificación radica en la comprobación de que se trate de la misma persona (cambio de denominación o tipo social en el caso de personas jurídicas o cambio de nombre o de sexo en el caso de personas físicas).

Ratificación. Es un acto jurídico unilateral recepticio que produce la asunción del negocio celebrado como propio, imputándose al patrimonio del gestionado retroactivamente.

La forma impuesta es la del acto ratificado (artículo 1184 inc. 10 del Código Civil). Es recaudo legal tener a la vista la primera copia de la escritura que contiene la cláusula indirecta, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Consolidación del dominio.

En el ámbito de los derechos reales, el dominio se considera adquirido por el dueño del negocio, retroactivamente. En caso de no habersele entregado el título o efectuado la tradición del bien, ostenta la acción de “gestión de negocios” directa, para lograr el resultado compulsivamente.

Publicidad formal.

No es obligatorio solicitar certificados registrales para el otorgamiento y la autorización de la escritura pública de ratificación, pues no se trata de un acto jurídico dispositivo (artículo 23 Ley 17.801). Tampoco es necesaria la solicitud del informe de anotaciones personales y/o inhibiciones con relación al gestor. No obstante es de buena práctica requerir únicamente el informe registral de dominio (artículo 27 Ley 17.801).

Existencia de medidas cautelares. En caso de existir medidas cautelares vigentes el dueño del negocio al ratificarlo deberá, a los efectos de viabilizar la inscripción definitiva de su título, asumirlas, por lo menos, “al solo efecto registral”.

Desplazamiento. El registrador carece de competencia material para desplazar las medidas cautelares existentes, pues ello debe ser dirimido judicialmente.

Acto dispositivo del gestor previo a la ratificación.

a. Cuando el gestor dispone del inmueble adquirido con cláusula de gestión de negocios, la transferencia dominial es válida y eficaz. La vinculación subsistente entre el gestor y el gestionado es solo de naturaleza personal.

b. La acción de gestión de negocios directa (legitimado activo: el gestionado) y la contraria (legitimado activo: el gestor) es personal y carece de eficacia real alguna. La acción directa no tiene efectos reipersecutorios o reivindicatorios.

Asunción del negocio como propio.

El gestor de negocios ante la ausencia de la ratificación del gestionado, puede declararlo por acto notarial autónomo o como cláusula escrituraria integrada al acto dispositivo, todo lo cual deberá ser emplazado registralmente.

La cuestión en la transmisión mortis causae.

La figura de la gestión de negocios queda alcanzada por las normas del derecho sucesorio. Ante el fallecimiento del gestor, del gestionado o de ambos, sus herederos declarados quedan vinculados a los efectos de este negocio indirecto. Así los herederos del gestor soportarán la ratificación del gestionado o podrán dejar sin efecto la gestión no ratificada. Por su parte los herederos del gestionado podrán ratificar la gestión que favorecía a su causante.

Eficacia frente a los acreedores.

Los acreedores del gestor y del gestionado están legitimados activamente para ejercer por subrogación los derechos que al respecto ostentan sus deudores, siempre con intervención judicial o en ámbitos alternativos de resolución de conflictos.

Estipulación a favor de terceros y la mutación de los derechos reales inmobiliarios.

Hay estipulación a favor de un tercero cuando existe promitente, estipulante y beneficiario, en el marco del artículo 504 del Código Civil.

El estipulante actúa en interés propio y puede ejercer la facultad de revocar hasta la aceptación por parte del beneficiario.

El beneficiario tiene la facultad de aceptar la estipulación mientras no sea revocada. Esta aceptación es requisito perfeccionante de la estipulación.

11. Exposición y estipulación

Cerrada la comparecencia y hecha la presentación de los sujetos, comienzan las declaraciones y actos que realizan los sujetos y sobre ellos recae la potestad fedante del notario.

La exposición y estipulación es la parte de la escritura que alude al hecho que se documenta, expresando el objeto del acto o negocio o contrato, las cláusulas y declaraciones complementarias.

El notario preside el acto notarial, es autor del documento y, a requerimiento de las partes, brinda asesoramiento, y procede a documentar redactando las declaraciones, dando la forma legal.

La materia sobre la que recaen las declaraciones puede estar relacionada a derechos reales, derechos creditorios, relaciones jurídicas de estado de familia u otras.

Núñez Lagos²⁴ llama declaraciones a estos dichos o manifestaciones de las partes, cuyo contenido subdivide en:

a) Afirmaciones: son las que recoge el escribano en constancia documental: "Dicen o exponen...", o sea participaciones de conocimiento de hechos o derechos, cualidades o situaciones jurídicas que hace la parte al escribano para que se tenga en cuenta en la redacción del documento.

b) Aseveraciones: declaraciones de verdad, que se refieren a la existencia o inexistencia de hechos, como por ejemplo la inexistencia de hipotecas u otros gravámenes o cargas.

c) Decisiones de voluntad: son las que Núñez Lagos denomina el núcleo y médula de la escritura pública. Es cuando las partes formulan y crean por su mera voluntad la posición vinculada y obligatoria del antiguo *confessus*. Las partes quieren y disponen que el negocio formulado ante el notario sea entre ellos plenamente declarativo y ejecutivo.

d) Esas declaraciones de voluntad no son hechos sino expresiones para una fijación jurídica con carácter definitivo.

e) La voluntad de las partes queda entonces jurídicamente determinada por la intervención del funcionario autorizante que actúa y redacta adaptando aquellas voluntades a la ley.

Para Gattari la exposición consiste en una declaración de ciencia del titular de un derecho o en una situación jurídica. El compareciente afirma su título o narra su situación y luego de enunciarlos, describe objetos, informa sucesos o relata antecedentes. La estipulación comprende declaraciones de voluntad; es el meollo del negocio jurídico. En toda estipulación encontramos tres elementos básicos: la declaración de voluntad; el título o causa del contrato o negocio; la contraprestación y el objeto que, habiendo sido descripto en la exposición, sólo se mienta²⁵.

En las declaraciones complementarias los sujetos agregan expresamente declaraciones que versan sobre situaciones subjetivas o circunstancias objetivas

²⁴ Núñez Lagos, R., *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Alcalá de Henares, ed. Talleres Penitenciarios, 1945.

²⁵ Gattari, C. N., *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires, ed. Depalma, pp. 108 ss.

y buscan garantizar la estipulación y aclarar su posición jurídica en relación con diversos contenidos.

La división de la escritura en capítulos tiene fines técnico-docentes y facilita su comprensión y lectura.

La Ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires, dice que debe constar en la escritura:

"[...] 1. La naturaleza del acto y la determinación de los bienes que constituyan su objeto.

2. La relación de los documentos que se exhibieren al notario para fundar las titularidades activas y pasivas de derechos y obligaciones, invocadas por las partes.

3. La aseveración de la fidelidad de las transcripciones que se efectuaren.

4. Las advertencias y reservas que resultaren obligatorias por aplicación de la presente u otras disposiciones legales; y las que el notario, a su juicio, estimare oportunas, respecto del asesoramiento prestado; las prevenciones formuladas sobre el alcance y las consecuencias de las estipulaciones y cláusulas que contuviere el documento, y los ulteriores deberes de los interesados".

11.1. Consideraciones sobre la descripción de los inmuebles

El dominio de una finca plantea el problema de su delimitación, es decir hasta dónde llegan en superficie, altura y profundidad los derechos del dueño.

Los límites a la conducta del titular están regulados en las restricciones y límites al dominio en las normas de derecho administrativo.

Josserand²⁶ nos dice que la voluntad y acción de la persona se refleja en la superficie de la tierra que va marcando el territorio. Las delimitaciones se sucedieron en la historia con conceptos que fueron evolucionando. Los jurisconsultos romanos le reconocían la facultad indefinida, permitía la utilización del espacio aéreo en su totalidad y el subsuelo también las aguas y los accesorios. La evolución social y económica altera el dogma del absolutismo del derecho de propiedad. En el siglo XIX surgen los primeros conflictos en la materia.

La división del suelo en el territorio del país responde a las normas que regulan su uso, ocupación y equipamiento atendiendo a las necesidades de la

²⁶ Josserand, L., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Bosch y Cia., 1950.

sociedad con la prevención del artículo 2326 CC que establece que no podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso o aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima económica²⁷.

La delimitación exacta exige las operaciones de deslinde, amojonamiento y cerramiento. La operación de deslinde se facilita singularmente por el catastro, o plano geométrico oficial de la propiedad territorial en el cual se trazan los límites de cada parcela.

11.1.1. Designación según título y según catastro

El inmueble, edificado o no, tiene una denominación según título que depende de la jurisdicción donde se emplace y así podrá denominarse finca, inmueble, lote, potrero, chacra.

Se designa como lote al inmueble que resulta ser la fracción en que se divide la tierra que pertenece a una o varias personas y que reconoce un mismo origen dominial.

Según catastro se designa parcela a la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindada por la poligonal cerrada que forma una unidad y que pertenece a un propietario o a varios en condominio, en posesión de una o varias personas en común cuya existencia y elementos esenciales consten en un plano registrado en el organismo catastral.

El catastro necesita de esa parcela como elemento mínimo de trabajo y evaluación. Son elementos esenciales de la parcela: la ubicación del inmueble y sus linderos, los límites del inmueble en relación con el título de propiedad o la posesión ejercida, las medidas lineales, angulares y la superficie del inmueble, y la valuación fiscal básica.

La actividad del Estado denominada catastro territorial es necesaria a fin de realizar la registración de los documentos de actos de levantamiento territorial con fines fiscales y cuya naturaleza se vincula a la agrimensura.

Dichos actos genéricamente tienen por objeto conocer, determinar y medir el territorio de una región y sus características, con el fin principal de trasladarlas en forma figurada a documentos cartográficos que las representen con identidad y semejanza, dándoles existencia virtual registrable.

²⁷ Las leyes locales determinan la medida mínima de cada lote.

El catastro territorial es esencialmente una actividad registral, para producir la publicidad del estado parcelario y de los avalúos territoriales con fines tributarios. Por consiguiente, el catastro territorial es esencial para matricular las parcelas, establecer el consecuente estado parcelario y regular su desarrollo conforme a las limitaciones administrativas al dominio, de acuerdo a la política parcelaria del Estado.

11.1.2. El título y el plano

Es importante advertir que sólo se adquiere el dominio de los inmuebles por los modos establecidos en el Código Civil, y entre ellos por actos voluntarios entre vivos, por título suficiente y modo suficiente y con la inscripción registral para perfeccionar la oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

En todos los casos debe consignarse en la escritura la descripción del inmueble según título y, en caso de existir plano de mensura aprobado, según éste.

El plano determina la realidad física. El plano no quita ni agrega superficie al dominio. Si hay diferencia entre el título y el plano deberá analizarse la cuestión y resolver en cada caso.

Del título de propiedad debe surgir la designación del inmueble, su descripción y superficie, y la designación, descripción y superficie de la parcela catastral.

Muchas veces el título suele indicar una medida mayor o menor que la superficie real ocupada, ya sea porque su titular ocupa sólo una parte de la superficie o porque ocupa más de la superficie indicada, de la cual no tiene título²⁸. Para ajustar la realidad jurídica a la realidad física se necesita intervención judicial o notarial.

11.1.3. Planos de parcelamiento

El propietario del inmueble es el que resuelve la confección del plano de división que será registrado en Catastro. El plano es válido una vez aprobado por Geodesia o Catastro según la jurisdicción, con el sello que así lo determina.

El plano de subdivisión es imprescindible y necesario para disponer de una fracción sujeta a división o parcelamiento.

²⁸ En las compraventas inmobiliarias en la generalidad no se pacta el precio *trata ad mensuram*, es decir a razón de un precio por unidad de medida, sino la venta *ad corpus* en los términos del artículo 1344 inc. 5 CC, o sea que se pacta el objeto vendido por un precio único. Véase fallo CNCiv, Sala F, 19/6/2002, "Aguilar Caravia c/ Baudena", www.eldial.com

Los efectos jurídicos de la división funcionan desde el momento en que el titular de dominio somete el inmueble al plano.

La protocolización del plano se realiza por escritura pública a pedido del titular dominial y con dicho acto se opera el cambio de objeto de derecho que será de acuerdo al plano.

Mientras ello no se realice el titular podrá desistir de la división previo cumplimiento de los trámites administrativos correspondientes.

11.1.4. Su incidencia en el registro

Si por un plano de mensura (sea de división, anexión o modificación) se modifica la configuración de un inmueble matriculado, esto sólo se tomará en cuenta en el registro si dicho plano es acompañado de documento notarial y judicial en el que se exteriorice la voluntad de modificar el estado parcelario del inmueble, en forma expresa o tácita, por contener la transmisión o modificación del dominio o la constitución de otro derecho real inmobiliario respecto de la nueva parcela. Las transmisiones y constitución de los derechos reales se realizarán con referencia al plano en cuanto a la determinación del inmueble.

La sola existencia del plano y su aprobación no configuran un cambio en la situación jurídica del dominio del inmueble reflejado en la planimetría, puesto que para la materialización de ese cambio será necesario que el plano se complemente con el otorgamiento de la escritura pública.

De conformidad con lo que establece el artículo 2505 CC, la adquisición o transferencia de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda, no siendo oponibles a terceros mientras no estén registrados. La publicidad registral está orientada a reforzar y respaldar la seguridad jurídica.

En el terreno concreto registral e inmobiliario, si bien la especialidad se proyecta ineludiblemente a los titulares (sujetos) de las situaciones jurídicas registrables y derechos que se asientan, no podemos desconocer que la determinación que de ellos se exige con propósitos de publicidad es siempre en función de la especialidad aplicada al inmueble (objeto).

Dado que el objeto debe identificarse con el titular del derecho y éste, a su vez, referirse al inmueble, se pone en evidencia, en el plano inmobiliario registral, la multifacética expresión del principio de especialidad.

En los sistemas registrales que toman como base el objeto de la relación jurídica, el principio de especialidad adquiere su máxima relevancia, ya que el bien, su elemento menos cambiante, se convierte en la unidad fundamental y básica del sistema (folio real o matrícula).

Además, cuando exista se tomará razón de su nomenclatura catastral, se identificará el plano de mensura correspondiente y se hará mención de las constancias de trascendencia real que resulten.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2505, 3135 y concordantes CC, y en la Ley nacional n° 17.801, las funciones propias de los Registros de la Propiedad Inmueble son netamente diferenciadas de cualquier otra dentro de la actividad jurídica del Estado, incluso de las funciones propias de los organismos administrativos de catastro territorial.

11.1.5. Catastro y Registro

Es conveniente reiterar la necesidad de coordinar el contenido jurídico del Registro inmobiliario con los datos descriptivos de las fincas resultantes de los Catastros. No obstante, hay que recordar que el objeto y la competencia del Catastro, de Geodesia y del Registro de la Propiedad son específicos y debe mantenerse la autonomía funcional de los organismos respectivos, sin perjuicio de la intervencionalidad y apoyo recíprocos que deben prestarse para la adecuada coordinación.

El Registro Inmobiliario y el Catastro tienen funciones y actividades diversas. Se diferencian porque el Catastro realiza, entre otras, una actividad fundamentalmente técnica de medición de parcelas del mapa nacional, mientras que el Registro tiene por objeto una actividad jurídica consistente en dar a publicidad las situaciones jurídicas y demás derechos sobre inmuebles, para garantizar la seguridad jurídica del tráfico.

Esas diferencias se acentúan en aquellos países en los que ambos organismos nacieron y se estructuraron por separado, no así donde desde su origen han evolucionado en forma única y conjunta.

Existe, en todo caso, una actividad catastral y una actividad relacionada con la publicidad de los derechos y sus efectos, directamente vinculada está última al derecho privado, que delimita las competencias antes señaladas.

El principio registral de especialidad hace deseable la coordinación entre Catastro y Registro, de modo que:

1. El Catastro aporte al Registro los datos descriptivos y gráficos de los inmuebles, especialmente las medidas lineales, de superficie y de linderos, como también los demás datos que permitan su individualización dentro de los planos generales.

2. A su vez, que el Registro Inmobiliario aporte al Catastro las modificaciones de las titularidades de dominio de los inmuebles derivadas de actos de disposición por voluntad del titular.

El Catastro es público y dará información en relación con los datos físicos de las parcelas a todos los que lo soliciten, salvo las limitaciones que en su caso imponga el interés general.

El Registro de la Propiedad Inmueble inscribe o anota documentos por:

- a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;
- b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás medidas cautelares,
- c) Los establecidos por las leyes nacionales o provinciales.

La Ley 17.801 implementa la técnica de folio real para la inscripción y publicidad.

Los artículos 10 a 13 de la ley regulan el principio de especialidad o determinación, principio que es también propio de los derechos reales.

Los inmuebles respecto de los cuales deban inscribirse o anotarse los documentos a que se refiere el artículo 2, serán previamente matriculados en el Registro de la Propiedad correspondiente a su ubicación. Constituyen una excepción los inmuebles del dominio público (conf. artículo 10, Ley 17.801). Ello es así por cuanto los bienes de dominio público son inembargables, inenajenables e imprescriptibles y por tal razón están fuera del tráfico jurídico inmobiliario.

Nuestro registro es real pues el elemento base para el sistema es el inmueble. El artículo 11 de la Ley 17.801 dice:

“La matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial con una característica de ordenamiento que servirá para designarlo. Al folio lo denominamos folio, foja u hoja y con numeral que conforman la matrícula”.

El artículo 12 establece:

“El asiento de matriculación llevará la firma del registrador responsable. Se redactará sobre la base de breves notas que indicarán la ubicación y descripción

del inmueble, sus medidas, superficie y linderos y cuantas especificaciones resulten necesarias para su completa individualización. Además cuando exista se tomará nota de su nomenclatura catastral, se identificará el plano de mensura correspondiente y se hará mención de las constancias de trascendencia real que resulten. Expresará el nombre del o de los titulares del dominio, con sus datos personales que se requieran para la escritura pública. Respecto de las sociedades o personas jurídicas se consignará su nombre o razón social, clase de sociedad y domicilio. Se hará mención de la proporción en la copropiedad o en el monto del gravamen, el título de adquisición, su clase, lugar y fecha de otorgamiento y funcionario autorizante, estableciéndose el encadenamiento del dominio que exista al momento de la matriculación”.

Se expresará además el número y fecha de presentación del documento en el Registro.

Conforme el artículo 13:

“Si el inmueble se dividiera se confeccionarán tantas nuevas matrículas como partes resultaren, anotándose en el folio primitivo la desmembración operada. Cuando diversos inmuebles se anexaren o unificaren se hará nueva y única matrícula de las anteriores, poniéndose nota de correlación con los planos de mensura correspondientes [...]”.

Es decir que el conjunto de matrículas o submatrículas de un edificio dividido horizontal, generan la publicidad independiente por cada unidad.

En la Ciudad de Buenos Aires el número de matrícula se compone por la cifra de la circunscripción y el número ordinal asignado al inmueble. En la provincia de Buenos Aires se abren matrículas por partido.

11.1.6. Plano de anexión

Si el ocupante posee una superficie sin título que excede el vigésimo y un lote interior sin acceso directo a la vía pública, corresponde la instrumentación del negocio causal con el propietario de la superficie que se ocupa mediante el siguiente procedimiento: i) se confeccionará un plano de mensura de división y anexión por la fracción a adquirir del cual surgirá la parcela para anexión; ii) se gestionará la operación de compra, donación o permuta, etc. De no existir acuerdo

y si procede, se adquiere por posesión veintañal mediante el proceso del juicio de usucapión correspondiente, en cuyo caso se confeccionará plano para usucapir.

11.1.7. Excedente

El excedente fiscal es un área que excede del vigésimo de la superficie que consigna el título, y no llega a tener la superficie que representa una unidad económica de acuerdo con las leyes de suelo.

Si la superficie es un excedente fiscal, según la ley 9533 de la provincia de Buenos Aires, la adquisición procede a título gratuito a la municipalidad del partido, y requiere cumplir con el procedimiento determinado en la ley mencionada.

El derecho que otorga la ley 9533 de la provincia de Buenos Aires se limita a que los propietarios linderos a la fracción a anexar presenten plano de mensura registrado, declaración jurada manifestando estar en posesión y publiquen edictos en un diario de circulación en el lugar.

En todos los casos es imprescindible confeccionar el plano de mensura sobre la franja en cuestión. El escribano debe tener a la vista el plano aprobado de la fracción de la cual resulta la división, el expediente municipal, el certificado de catastro y el certificado de dominio del lote linderos. Operada la transmisión se procede a la unificación.

11.1.8. Sobrante

El sobrante es una superficie perfectamente determinada en el plano y una vez adquirida por los distintos modos de adquisición de dominio según los casos, debe ser integrada.

Es común que de la expropiación de una fracción mayor —un caso típico se produce cuando vialidad abre rutas o ensancha las existentes— resulte remanente. En estos casos no es necesario mensura del sobrante para disponer, razón por la cual se deslinda el inmueble según el título antecedente y el plano de expropiación.

11.1.9. Unificación parcelaria

Cuando el propietario o los propietarios de dos o más parcelas resuelven unificarlas creando una nueva, se confecciona el plano a tales fines.

Si las fincas son colindantes, sólo podrán unificarse si corresponden al mismo titular dominial. Si los titulares son distintos, será necesario construir el derecho real de condominio por escritura pública.

La registración se hará con el procedimiento indicado en la Ley 17.801 artículo 13: se hace una nueva y única matrícula, poniéndose nota de correlación. Se vincularán la o las matrículas con los planos de mensura correspondientes.

11.1.10. Inmueble sometido a propiedad horizontal. La mensura y subdivisión en la propiedad horizontal

La Ley nacional 13.512 crea el derecho de propiedad horizontal y a sus efectos derogó los artículos 2617, 2685 *in fine* y 2693 del Código Civil.

Conforme a la ley 13.512 en su artículo 1, existe el derecho real de propiedad horizontal en un edificio de departamentos o unidades funcionales de un mismo piso o de distintos pisos que tengan independencia funcional y salida a la vía pública por un pasaje común. Cada piso o departamento podrá pertenecer a más de un propietario.

El edificio deberá estar habilitado por la autoridad competente, que es también la autorizada para reglamentar sus aspectos estructurales y constructivos así como para imponer las restricciones que corresponden al interés público.

La doctrina distingue el estado de propiedad horizontal, situación que resulta de la división del edificio con plano de subdivisión aprobado y dictado e inscripción del reglamento de copropiedad y administración por escritura pública, del derecho de propiedad horizontal que nace con la enajenación de alguna de las unidades funcionales por título suficiente y modo suficiente.

El titular dominial es quien encarga al agrimensor el plano para subdividir en propiedad horizontal, su tarea concluye con su registro en el organismo competente que es la Dirección de Catastro.

La registración del plano es condición para el otorgamiento y la inscripción del reglamento de copropiedad al que se refiere la Ley 13.512 en su artículo 9.

El reglamento de copropiedad y administración es el acto jurídico declarativo por el cual el titular de dominio somete el inmueble al régimen de la Ley 13.512.

En los inmuebles afectados a propiedad horizontal la sola existencia del plano y su aprobación no configura un cambio en la situación jurídica del dominio del inmueble reflejado en la planimetría, puesto que para la materialización de ese cambio será necesario que el plano se complemente con el otorgamiento de la escritura pública del reglamento de copropiedad y administración.

La inscripción del reglamento en el Registro de la Propiedad coloca al inmueble en estado de propiedad horizontal y en consecuencia se podrá disponer de las unidades construidas bajo el régimen de la Ley 13.512. Una vez dictado el reglamento se podrá disponer conforme la Ley 13.512 o tendrá la opción el propietario del inmueble de desafectar el régimen por acto celebrado por escritura pública, y el testimonio de escritura deberá ser debidamente inscripto.

11.1.11. El reglamento de copropiedad y administración deberá proveer sobre las siguientes materias:

- 1) Especificación de las partes del edificio de propiedad exclusiva.
- 2) Determinación de la proporción que corresponda a cada piso o departamento con relación al valor del conjunto.
- 3) Enumeración de las cosas comunes.
- 4) Uso de las cosas y servicios comunes.
- 5) Destino de las diferentes partes del inmueble.
- 6) Cargas comunes y contribuciones a las mismas.
- 7) Designación de representante o administrador, retribución y forma de remoción, facultades y obligaciones.
- 8) Forma y tiempo de la convocatoria a las reuniones ordinarias y extraordinarias de propietarios, persona que las preside, reglas para deliberar, quórum, mayorías necesarias para modificar el reglamento y para adoptar otras resoluciones, cómputo de los votos, representación.
- 9) Persona que ha de certificar los testimonios a que se refieren los artículos 5 y 6 del decreto reglamentario.
- 10) Constitución de domicilio de los propietarios que no han de habitar el inmueble.

La inscripción de la propiedad horizontal se realizará por el procedimiento de matriculación que determinan los artículos 10 a 13 de la Ley 17.801.

Los inmuebles sometidos a la Ley 13.512 llevarán submatrícula según el número que corresponda a cada unidad de propiedad exclusiva, que se agregará luego de la barra al número de matrícula del inmueble, correspondiendo la submatrícula cero al reglamento.

11.1.12. Objeto de derecho en la propiedad horizontal

En el régimen de propiedad horizontal el objeto del derecho es la parte privativa y la parte indivisa sobre las partes comunes.

El titular del derecho tiene un título que es indivisible sobre la parte proporcional o indivisa de la parte común y la parte privativa o unidad funcional que lleva una designación numérica que comienza con el número uno, es correlativa en todo el edificio y guarda un orden lógico de distribución.

Cada uno de los departamentos y locales (unidades funcionales exclusivas) constituye una subparcela catastral, en la provincia de Buenos Aires, integrada por polígonos.

Las unidades complementarias se designarán, en la provincia de Buenos Aires con letras mayúsculas, siguiendo el orden alfabético, y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con números romanos.

La superficie de dominio exclusivo puede estar compuesta sólo por la unidad funcional, y también por una o varias complementarias asignadas a la funcional. Jamás podrá ser sólo la complementaria.

La unidad funcional es el conjunto de ambientes que, comunicados entre sí, conforman el departamento a que se refiere la Ley 13.512, y que tendrá independencia constructiva atendiendo al destino del edificio. Tendrá superficie cubierta, semicubierta y descubierta unidas entre sí, necesarias para el desarrollo de la actividad concordante con el destino del edificio.

El destino se determina en el plano y en el Reglamento o sólo en el Reglamento si nada dice el plano, y variará con la conformidad de la totalidad de los consorcistas siempre que el destino a modificar sea aceptado por las normas de zonificación.

Las unidades complementarias son el conjunto de superficies comunicadas entre sí que por su naturaleza intrínseca no pueden constituir unidades funcionales. Son accesorios o ambientes de las unidades funcionales y que generalmente están destinados a cocheras o bauleras. Según plano y reglamento, las unidades complementarias podrán tener asignada una unidad funcional o ser asignadas con posterioridad, pero deben ser de propiedad de los propietarios del edificio.

En la provincia de Buenos Aires las unidades divididas en polígonos pueden ser de superficie cubierta, semicubierta o descubierta, unidas y comunicadas entre sí y/o a través de superficies comunes de uso exclusivo. La denominación de los polígonos se integra por cifras separadas por guiones. Las primeras cifras

determinan el piso, partiendo de 00 para planta baja y 01 para primer piso y subsiguientes. La segunda cifra determina los existentes en la misma planta.

Son partes comunes del edificio, además de las que menciona el artículo 2 de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal donde se establece el terreno, entre otras, las partes comunes que se determinarán en el plano de subdivisión como pasillos, azoteas, etcétera. Las partes comunes podrán ser comunes de uso forzoso o de uso optativo. Y podrán ser comunes de uso exclusivo o de uso común. Del plano y del reglamento debe surgir la característica señalada.

La jurisprudencia ha resuelto:

“Si bien es cierto que la conversión de cosas o sectores comunes en privativos –en la medida en que sean susceptibles de tal mutación– requiere la unanimidad de las voluntades consorciales [...], la posibilidad de la prescripción adquisitiva de los sectores o partes comunes invadidos o utilizados al construir el salón subterráneo en violación al reglamento de copropiedad acaece con el transcurso del tiempo de veinte años. En realidad, más que la mera aplicación de la teoría de los propios actos o de la prestación de un consentimiento tácito por parte de quienes no accionaron, aunque sin decirlo explícitamente, se ha acogido la concreta defensa opuesta, que es el instituto de la usucapión del artículo 4015 del Código Civil. En general, a las hipótesis de violación de las cláusulas del reglamento se les aplica la prescripción liberatoria de diez años dada la naturaleza contractual de la relación entre consorcistas, pues no existiendo disposición legal específica que establezca un plazo distinto del previsto por el artículo 4023 CC, el término de la prescripción de la acción correspondiente al derecho a exigir el cese de las transgresiones al artículo 6 y cláusulas reglamentarias concordantes debe ser el decenal allí prescripto”²⁹.

Existen múltiples precedentes jurisprudenciales que han decidido en el sentido de que prescriben a los diez años las acciones del consorcio contra los propietarios, o de un propietario contra otro, por transgresiones al reglamento, entre ellas las obras nuevas o el uso indebido de la unidad (CNCivil, Sala D, 5/8/68, LL 132-244; Sala B, 4/3/74, LL 154-138, ED 53-599; Sala G, 14/6/89, JA 1993-II-síntesis; Sala L, 31/10/96, L. 48.578). No obstante, en mi opinión

²⁹ CNCivil, Sala F, 23/12/96, LL 1997-C-233.

cabe interpretar que cuando la violación al régimen de propiedad horizontal consiste en la usurpación de partes comunes, procede acudir a la prescripción adquisitiva de veinte años (CNCivil, Sala F, 11/10/66, LL 125-776)³⁰.

11.1.13. Edificio parcialmente construido

Si bien en la generalidad de los casos el plano de propiedad horizontal se refiere a un edificio construido, la reglamentación de la ley de propiedad horizontal, Decreto n° 18734/49 en su artículo 1, admite que la subdivisión horizontal se cumpla en dos etapas, una provisoria y otra definitiva.

En consecuencia, el plano puede referirse a un edificio en construcción y con unidades "a construir" existentes en plano. También puede referirse a un edificio construido parcialmente y "en construcción".

Para obtener la aprobación final debe presentarse el plano de subdivisión, plano de obra aprobado y certificado final de obra.

Es importante que exista concordancia entre el plano de obra y el plano de subdivisión. De existir diferencias el agrimensor deberá dejar constancia mediante notas en el plano.

Los planos de mensura de subdivisión en horizontal de edificios parcialmente construidos y parcialmente en construcción o a construir, contienen la descripción de las unidades en tal carácter perfectamente individualizadas.

En los reglamentos de copropiedad que se otorguen en base a estos planos debe dejarse constancia de dicha circunstancia, así como la situación relativa a las unidades en construcción que consta en nota del plano y que ello ha sido tenido en cuenta al fijar la proporción de cada unidad de dominio exclusivo que concurrirá sobre el dominio de partes comunes.

En estos casos se dicta el reglamento definitivo para las unidades terminadas y con carácter provisoria para las unidades en construcción o a construir.

Al finalizar la construcción de las unidades que figuran en construcción, previa ratificación del plano de propiedad horizontal, se modifica el reglamento. Es necesaria la escritura pública de modificación de reglamento con la comparecencia de los copropietarios cuando la modificación se refiera a aspectos dominiales.

³⁰ CNCiv, Sala F, L. 364965, "Consortio de Propietarios Melo 1846 c. Dhers", 13/9/2003. www.eldial.com

En caso de que no se alteren superficie y porcentuales de las demás unidades, la modificación se puede realizar con los dos tercios de los copropietarios, siempre que entre éstos estén los titulares de las unidades que se modifican.

Se puede prever al momento de redacción del reglamento, la superficie definitiva de las unidades en construcción y los porcentuales definitivos de todas las unidades, en cuyo caso en la provincia de Buenos Aires se incorporan las unidades terminadas por escritura de obra nueva, siempre que se respete la superficie preestablecida y no se afecten los derechos de los demás copropietarios (artículo 7 DR Ley 13.512 n° 2489).

11.1.14. Sobreedificación

El principio es que toda obra ilícita, es decir, aquella construida en espacios comunes sin el debido consentimiento de los consorcistas, no puede ser mantenida frente al justo reclamo de los copropietarios perjudicados.

Una vez consumada la obra deberá evaluarse cuál es el perjuicio mayor, si su conservación o su demolición, y también discernir: a) la naturaleza del espacio común invadido por la obra nueva, b) la actitud asumida frente al inicio, prosecución y/o culminación de la obra por el consorcio, y c) los intereses lesionados con el mantenimiento o la destrucción de la obra.

Será necesario establecer en primer término si la parte común invadida por la obra resulta esencial para el uso, funcionalidad y seguridad del edificio, pues en ese caso ninguna razón asistiría, según nuestro criterio, al dueño de la obra para mantenerla.

Si la demolición pretendida implica destrucción de valores económicos y no guardase proporción con los intereses lesionados, resultaría abusiva la intención de lograr la demolición.

Es conveniente pactar—sobre todo en edificios de pocas unidades— la autorización para sobreelevar en el reglamento de copropiedad y administración.

La renuncia al ejercicio del derecho de accesión que tienen los titulares copropietarios del edificio, se hace efectiva una vez finalizada la obra mediante la escritura que documenta la modificación del reglamento y la transmisión de superficie en favor del edificante autorizado, titular de un derecho personal de sobreedificación.

El contrato de sobreelevación es un contrato atípico que regula los derechos y las obligaciones de las partes para la ejecución de la obra y es título causal para la transmisión de dominio de la obra nueva.

El contrato de sobreelevación debe especificar, entre otras cláusulas, la determinación de los volúmenes a edificar, la ubicación, el tipo de materiales; constancia expresa de que el autorizado correrá con los gastos de la obra, de la modificación del plano y del reglamento; la contratación de un seguro; el plazo, sanciones para el caso de incumplimiento, autorización para ceder el derecho, porcentuales que se asignarán a las nuevas unidades y el apoderamiento para el otorgamiento de la escritura de modificación del reglamento y de transmisión de dominio de la superficie incorporada —unidades funcionales o ampliaciones—. Pueden pactarse contraprestaciones onerosas dinerarias o de otra naturaleza.

11.1.15. Fraccionamientos especiales. Urbanizaciones privadas

Urbanizaciones. Régimen legal en la provincia de Buenos Aires

Respondiendo a la nueva modalidad de algunos ciudadanos que lleva más de setenta años, de dejar la ciudad para pasar el fin de semana en áreas alejadas, para descansar y practicar algún deporte, surgen los clubes de campo, los barrios cerrados y las chacras, que en su origen constituían viviendas de uso transitorio, asentadas en áreas rurales con espacios comunes dedicados al esparcimiento y las actividades deportivas. Paralelamente se crearon parques industriales, cementerios y centros de compras.

Normas de derecho privado y de derecho público se enlazan para dar nacimiento a estos complejos urbanísticos.

Las normas de derecho público regulan el régimen de ordenamiento, división y uso del suelo en ejercicio del poder de policía, razón por la cual toda urbanización requiere previa autorización del poder público. Es materia de los estados provinciales y las municipalidades, la aprobación, el control y la fiscalización, razón por la cual la división debe ser aprobada por la municipalidad y por la dirección de catastro provincial.

Las figuras asociativas y los derechos reales combinados son los utilizados. Las normas de los derechos reales son sustancialmente de orden público, existe la formalidad, la publicidad y brindan mayor seguridad.

Las normas de los derechos personales son más elásticas, los particulares tienen mayor libertad y es mayor la posibilidad de reglamentar las relaciones personales.

Las urbanizaciones privadas, con encuadres jurídicos de derecho de fondo particulares y diversos, responden a la necesidad de cumplir los requerimientos de los promotores.

Country Club

Los clubes de campo, barrios cerrados y chacras, son conjuntos planificados de organizaciones urbanísticas que nacen por la actuación de particulares con la finalidad de satisfacer necesidades sociales específicas.

La motivación del comprador de una parcela dentro de estas urbanizaciones responde a la necesidad de vivir en contacto con la naturaleza, el acceso a los espacios comunes que le permiten la práctica de deportes y la seguridad dentro del predio.

Algunos clubes de campo fueron fundados por propietarios de quintas vecinas o por instituciones deportivas o educativas de existencia previa que adquirieron tierras linderas y comercializaron las mismas como club de campo aprovechando las instalaciones existentes.

Otros clubes de campo nacieron por la decisión de personas físicas o personas jurídicas, desarrollistas de un proyecto total.

El desarrollista adopta el encuadre jurídico que considera más favorable para el emprendimiento. El propietario adquiere una parcela que es producto de un fraccionamiento por geodesia o por propiedad horizontal.

Los primeros clubes de campo que se formaron por la unión de los propietarios de quintas linderas se organizaron como asociación, sociedad o cooperativa; solicitaron a la municipalidad del partido la autorización para cercar el perímetro por cuestiones de seguridad y adquirieron áreas para la práctica de deportes.

La entidad, sociedad, asociación o cooperativa de socios que conforman el club tienen la obligación de mantener los sectores comunes destinados a recreación y esparcimiento, las calles públicas internas pavimentadas e iluminadas y prestar determinados servicios, con la correspondiente autorización para cobrar por dicho servicio un abono mensual denominado "expensa", junto con la cuota social del grupo familiar si el propietario además ingresó como socio. En estos clubes de campo el carácter de socio del club es independiente de la propiedad de la parcela. En otros, se es propietario y socio con acceso a todas las actividades deportivas. Otros restringen la práctica de determinados deportes, como golf o equitación, que se concede sólo a los propietarios que adquieren la membresía para el uso de las instalaciones y la práctica de esos deportes.

Las urbanizaciones privadas que se formaron en el país a partir de la recepción de una regulación específica en las normas de suelo tienen regímenes similares.

En estos complejos residenciales organizados mediante figuras societarias la titularidad de una parte de interés, cuota o acciones —según el tipo adoptado—, permite el ejercicio de los derechos que le correspondan al titular dentro de la sociedad o asociación, y el ejercicio del derecho de propiedad o uso sobre el inmueble dentro del predio.

En otros, el propietario tiene en su patrimonio el dominio de una parcela o unidad funcional ubicada dentro del área residencial y una cuota parte de interés de la asociación o sociedad propietaria del área recreativa o de disfrute, calles de acceso y áreas de servicio; ambas conforman un conjunto indisoluble funcional y jurídicamente. En estos clubes de campo el propietario del lote es accionista, no existen accionistas que no revistan la calidad de propietarios. Existe inescindibilidad entre el derecho de propiedad y la calidad de accionista. En el patrimonio del propietario se encuentran el inmueble y la acción adquirida con la compra en forma conjunta.

Es imprescindible tener en cuenta esta compleja realidad del derecho de propiedad, para entender las consecuencias que ello acarrea: las restricciones a la libre transferencia, el control de admisión, el ejercicio del derecho de preferencia de la sociedad administradora, y los efectos en caso de la quiebra del propietario, constitución de hipoteca y las variables en el negocio dispositivo de una parcela en una urbanización privada.

Regulación en la provincia de Buenos Aires

La provincia de Buenos Aires legisla sobre los clubes de campo en el Decreto-ley 8912, Título 3, Capítulo 5.

La ley de ordenamiento territorial y uso del suelo aporta un encuadre legal que aunque no es ideal, al menos evidencia la preocupación del legislador respecto de este instituto, complementándose con el decreto reglamentario 9404/86.

La ley brinda una definición:

“Se entiende por club de campo o complejo recreativo residencial a un área territorial de extensión limitada que no conforme un núcleo urbano y reúna las siguientes características básicas:

- a) Esté localizada en área no urbana.
- b) Una parte de la misma se encuentre equipada para la práctica de actividades deportivas, sociales o culturales en pleno contacto con la naturaleza.
- c) La parte restante se encuentre acondicionada para la construcción de viviendas de uso transitorio.
- d) El área común de esparcimiento y el área de viviendas deban guardar una mutua e indisoluble relación funcional y jurídica, que las convierta en un todo inescindible. El uso recreativo del área común de esparcimiento no podrá ser modificado, pero podrán reemplazarse unas actividades por otras; tampoco podrá subdividirse dicha área ni enajenarse en forma independiente de las unidades que constituyan el área de viviendas”.

La creación de clubes de campo estará supeditada, en las legislaciones locales que reglamentan el uso del suelo, al cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) contar con la previa autorización municipal y posterior convalidación de los organismos competentes de la provincia; 2) contar con la infraestructura de servicio y equipamiento comunitario, siempre responsabilidad de los titulares del dominio de los clubes de campo.

Los requisitos para la creación de los mismos se detallan en los artículos 64 al 69.

El Decreto reglamentario 9404 del año 1986 condensa en su cuerpo normativo las diversas disposiciones relacionadas con los recaudos convalidatorios de tales emprendimientos.

Barrios cerrados. Legislación en la provincia de Buenos Aires.

Resolución n° 74 del año 1997 y sucesivas reformas reglamentarias

Los barrios cerrados se organizan en el territorio de la provincia de Buenos Aires con la aprobación por parte del municipio del plano de obra donde se proyectan las distintas parcelas destinadas a vivienda.

El decreto reglamentario de la Ley de Regularización Dominial establece la necesidad de que toda urbanización deba ser aprobada por la Dirección o Secretaría de Tierras y Urbanismo.

A partir del 26 de marzo de 1997, la resolución n° 74 establece la intervención de la Secretaría de Tierras y Urbanismo para la aprobación de los emprendimientos gestionados por la Ley de Propiedad Horizontal o lo pertinente establecido por el

Decreto n° 9404/86. En dicha resolución se califica a los barrios cerrados como urbanizaciones privadas, diferenciados de los clubes de campo.

Los emprendimientos urbanos gestionados a través de la Ley Nacional 13.512, deberán contar con la aprobación –en lo que hace a los aspectos técnicos, jurídicos y urbanísticos– de la Secretaría de Tierras y Urbanismo³¹, previo a su registración en las Direcciones de Catastro o cualquier otro organismo dependiente del Poder Ejecutivo provincial.

El Decreto n° 27-1998 de la provincia de Buenos Aires considera que la responsabilidad primaria del ordenamiento territorial recae en el nivel municipal, y será obligatoria para cada partido. El decreto define al barrio cerrado como todo emprendimiento urbanístico destinado a uso residencial predominante con equipamiento comunitario, cuyo perímetro podrá materializarse mediante cerramiento.

La instalación de un barrio cerrado está condicionada a los requisitos legales sometidos a aprobación municipal y convalidación provincial.

La falta de cumplimiento de lo establecido en la normativa hará pasible a los responsables de las sanciones previstas en los artículos 94 al 97 del Decreto-ley 8912/77.

Será la Secretaría de Asuntos Municipales e Institucionales del Ministerio de Gobierno y Justicia de la provincia de Buenos Aires el organismo de control y convalidación del emprendimiento.

³¹ Es decir que deberán someterse a la aprobación municipal y convalidación provincial. Los barrios cerrados podrán localizarse en áreas definidas como urbanas y complementarias debiendo respetar los indicadores urbanísticos para cada zona. (Artículo 2 de la resolución n° 74/97). En caso de localizarse en área rural, el municipio deberá propiciar el cambio normativo. Es obligatoria la cesión de espacio verde y libre público –de acuerdo a lo establecido en el inciso c del artículo 3, y de acuerdo al artículo 4, se cumplirá con el artículo 56 de la ley 8912–. Debe presentarse un estudio de impacto ambiental que incluirá aspectos urbanísticos, socioeconómicos y físicos. La circulación perimetral deberá resolverse mediante la cesión de las calles o medias calles que correspondiere en los lados y se ordenará la circulación interna mediante calle de penetración y retorno. Para analizar la propuesta de prefactibilidad se presentará: Título de propiedad en fotocopia autenticada, Informe municipal que avale la propuesta, Factibilidad de localización del emprendimiento, Evaluación del impacto ambiental, Certificado de aptitud hidráulica, Plano urbanístico del conjunto, Factibilidad de servicios otorgados por los entes prestatarios de los mismos, Propuesta de forestación, Sistema a adoptar para la recolección de residuos, Tratamientos de veredas y cercos perimetrales, Memoria técnica de la propuesta.

El artículo 1 del decreto 1727/02 establece el Programa de descentralización administrativa a municipios del procedimiento de aprobación de urbanizaciones cerradas, que comprende los clubes de campo y los barrios cerrados. La provincia transfiere a la municipalidad el otorgamiento de la convalidación técnica preliminar o prefactibilidad y el otorgamiento de la convalidación técnica definitiva o factibilidad.

No se encuentran comprendidas en la transferencia las atribuciones relativas a la aprobación y fiscalización de: proyecto hidráulico y la subdivisión del suelo. En ambos casos, son de la competencia atribuida a las dependencias provinciales que actualmente la ejercen.

El procedimiento y las condiciones para la obtención de la convalidación técnica preliminar y de la convalidación técnica definitiva, se regirán por lo dispuesto en los decretos 9404/86 –para el caso de clubes de campo– y 27/98 –para el caso de barrios cerrados–. Previo al otorgamiento de la factibilidad de un emprendimiento, la municipalidad deberá convocar a una audiencia pública con el objeto de someterlo al conocimiento y consideración de la comunidad, de conformidad al Reglamento de audiencias públicas.

A los efectos de otorgar la convalidación técnica definitiva o factibilidad, se deberá requerir el cumplimiento de las obligaciones fiscales provinciales y municipales.

Por este Decreto se crea el Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas, el que está a cargo de la Subsecretaría de Asuntos Municipales y tendrá por objeto la inscripción de los barrios cerrados y de los clubes de campo a los que se les haya otorgado la convalidación técnica definitiva (factibilidad). Esta inscripción ha sido prevista como condición también previa para proceder a la comercialización de las unidades, circunstancia que indudablemente será de enorme gravitación para los inversores, los desarrollistas, los agentes financieros y para el ejercicio de la actividad de intermediación inmobiliaria por todas las empresas dedicadas a la venta de estos nuevos productos.

Resolución 194/3. Registro Provincial de Urbanizaciones Cerradas. Procedimiento de inscripción. Requerimiento de informes

El registro creado por decreto 1727/02 en la órbita de la Subsecretaría de Asuntos Municipales estará a cargo de la Dirección Provincial de Programación y Gestión Municipal. Se inscribirán las urbanizaciones cerradas, los barrios

cerrados y los clubes de campo con convalidación técnica definitiva, y su inscripción será requerida como condición indispensable para proceder a la comercialización de las unidades integrantes de los emprendimientos (conf. artículo 7 del decreto 1727/02).

Modificación del Decreto 2489/63 de la provincia de Buenos Aires
El decreto 947/04 del 18 de mayo de 2004 establece que:

“Incorpórase al Decreto 2489/63 como artículos 6° bis y 6° ter los siguientes:

6 bis. La modificación del estado constructivo de las unidades funcionales previstas en los emprendimientos urbanísticos denominados Clubes de Campo y Barrios Cerrados (regulados por el decreto-ley 8912/77 y los decretos 9404/86 y 27/98), cuya subdivisión se haya gestionado con arreglo a lo dispuesto por la ley 13.512, estará sujeta al cumplimiento previo de los siguientes requisitos:

a) que la edificación de la respectiva unidad funcional esté construida de acuerdo al plano respectivo aprobado por la comuna local, lo que resultará del Certificado Catastral en el que se indicarán las superficies que lo componen;

b) que estén finalizadas las obras de infraestructura que involucran a la o a las unidades de que se trate, mediante la certificación municipal a la que se refiere el artículo 9° del decreto 9404/86, con el alcance establecido en la Disposición 6010/02 de la Dirección Provincial de Catastro Territorial, lo que también deberá resultar del Certificado Catastral mencionado en el inciso anterior;

c) acreditar legitimación y facultades suficientes para solicitar la modificación del estado constructivo, así como la eventual modificación del proyecto que dio origen al régimen.

En estos casos dichas unidades funcionales adquirirán catastralmente el carácter de construidas.

Los titulares de las Unidades Funcionales ‘a construir o en construcción’ podrán, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7° del Decreto 2489/63, solicitar a la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad la registración de la modificación del estado constructivo, mediante escritura pública otorgada en forma autónoma o en oportunidad de autorizar los actos a que se refiere el artículo 1° del mencionado decreto, debiendo transcribirse las constancias respectivas obrantes en el certificado catastral.

El organismo catastral dispondrá las medidas tendientes a publicitar la modificación del estado constructivo de las unidades.

6 ter. A partir de la entrada en vigencia de este decreto, en los emprendimientos urbanísticos denominados Clubes de Campo y Barrios Cerrados, cuya subdivisión se gestione con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Propiedad Horizontal n° 13.512, serán calificadas como necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de comunicación y las instalaciones de uso común”.

Conforme el artículo 2 - Modifícase el artículo 13 del Decreto 2489/63, el que quedará redactado en los siguientes términos:

“13. Las regulaciones precedentes podrán aplicarse a todas las unidades sometidas al régimen de la Ley Nacional n° 13.512 –se encuentren o no individualizadas en el presente– a cuyo efecto se faculta a la Dirección Provincial de Catastro Territorial a dictar las disposiciones complementarias que viabilicen el cumplimiento de los requisitos técnicos esenciales para transferir, constituir, modificar o extinguir derechos reales por el citado régimen.

La Dirección Provincial de Catastro Territorial y la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad quedan también facultadas, en el ámbito de su competencia, para reglamentar el trámite administrativo y el contenido de la documentación requerida, como asimismo para disponer sobre los requisitos de aprobación, registración y tramitación que se relacionen con las normas contenidas en el presente Decreto”.

11.1.16. Cédula catastral en la provincia de Buenos Aires

En la provincia de Buenos Aires, la Dirección Provincial de Catastro Territorial, ha solicitado al notariado que haga constar en las escrituras de constitución, transmisión o modificación de derechos reales sobre inmuebles, los datos resultantes de la cédula catastral.

Se recomienda que se deje constancia expresa en las escrituras de las especificaciones resultantes de los estados parcelarios y tal como de ellos resultan: a) nomenclatura catastral de la parcela y su partida; b) descripción de la parcela catastral conforme lo resultante del rubro 5 “Parcela Catastral” donde conste: la ubicación del inmueble y sus linderos y las medidas lineales y de superficie; c) la información contenida en los rubros restricciones y/o observaciones, referidas a: 1) la eventual multiplicidad de inscripciones; 2) las restricciones y permisos o concesiones administrativas; 3) la afectación de expropiación; 4)

la existencia de restricciones o límites al dominio, y 5) la radicación de juicios de usucapión.

Desde la cátedra decimos que no se deben transcribir las especificaciones, medidas y superficies que surgen de la cédula catastral en la parte de la escritura en que se describe el inmueble. En caso de existir diferencias o referencia a invasión del lindero u otras restricciones, se dejará constancia en la parte de la escritura en que constan las manifestaciones de las partes. Es importante que el adquirente tome conocimiento y acepte la información contenida en la cédula catastral, así como de las constancias de restricciones que informa el certificado de catastro.

11.1.17. Registro inmobiliario. Publicidad. Certificados registrales

El sistema de registro inmobiliario argentino es de inscripción, real, declarativo y no convalidante.

La Ley Nacional de Registro 17.801 expresa que el "Registro es público para el que tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones e interdicciones inscriptas", delegando en las disposiciones locales la determinación de "la forma en que la documentación podrá ser consultada sin riesgo de adulteración, pérdida o deterioro".

La finalidad de las inscripciones y anotaciones en el Registro de la Propiedad Inmueble es la publicidad a los efectos de que se conozca la situación jurídica del bien. La función de publicidad se cumple sólo para quienes pretenden conocerla.

Todo documento por el que se constituyen, transmiten, declaran, modifican o extinguen derechos reales sobre inmuebles, que dispongan medidas cautelares y los documentos establecidos por las leyes nacionales o provinciales, deben ser inscriptos o anotados para su publicidad y oponibilidad a terceros (artículo 2, ley 17.801).

La inscripción de los títulos en el Registro inmobiliario constituye una condición de eficacia necesaria para que el derecho real pueda producir la plenitud de sus efectos respecto de terceros interesados. Las adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

La inscripción registral cumple una tarea perfeccionadora de la mutación real a los fines de su oponibilidad a los terceros interesados con interés legítimo.

El Registro inscribe o anota el documento –notarial, judicial o administrativo y, en casos expresos y legales de excepción, el instrumento privado con firmas certificadas– previo cumplimiento de los principios registrales (rogación, au-

tenticidad, legalidad, especialidad, tracto sucesivo, prioridad y legitimación). La publicidad es el objeto y fin del registro.

"La plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos 23 a 25 de la mencionada ley" (artículo 22 de la ley 17.801).

Certificaciones

Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles sin tener a la vista el título inscripto en el registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registrales. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancia que resulten de la certificación (artículo 23, ley 17.801).

Las certificaciones revisten las características propias de los instrumentos públicos administrativos.

Tienen igual valor y eficacia que los asientos originales y suplen a éstos; son el medio técnico y legal de hacer público el registro. Garantizan la exactitud y la inmutabilidad de lo informado dentro del plazo y en las condiciones que resultan de la ley.

El certificado expedido por el registro a solicitud del escribano que se proponga instrumentar un negocio causal que provocará la mutación del derecho real, tiene por fin informar la situación registral del inmueble.

A su vez el acceso del certificado al registro genera un asiento en el folio respectivo que provoca una anotación preventiva por el plazo legal, y tutela registralmente el negocio en gestión en favor del titular transmitente, el adquirente y los terceros con interés legítimo.

Esa reserva de prioridad indirecta protege los intereses de quienes participan en el acto.

Toda modificación que se suscite que sea posterior a la fecha y al número de ingreso del certificado no les será oponible, en tanto la inscripción definitiva del documento portante del derecho real transmitido o constituido se realice dentro de los plazos legales. Pero ello no detiene la concertación de otros negocios jurídicos ni

la obtención de ulteriores certificaciones de la misma naturaleza. Los documentos que acceden son anotados en forma condicionada a la reserva operada.

La prioridad se apoya en distintos momentos: el de presentación del certificado, el de la instrumentación del acto y el de ingreso del documento al registro.

Los registros se presumen exactos y lo son cuando la realidad registral coincide con la realidad sustancial. El certificado goza de la presunción de exactitud e integridad del contenido de los asientos. Produce una presunción de certeza de lo que en la misma se afirma y se hace constar. Si el certificado no refleja fielmente el contenido del asiento, la información omitida no será oponible a los terceros de buena fe que hubieran escriturado en base a esa certificación³².

En materia hipotecaria debemos advertir que si el testimonio del título ostenta una anotación marginal que da cuenta de la constitución del gravamen hipotecario, éste es publicitado cartularmente y no podría alegarse su desconocimiento porque el posterior certificado del registro inmobiliario no consignó la existencia de la hipoteca.

La inexactitud en la certificación genera la responsabilidad del Estado, en tanto el perjuicio sea producto de la actividad administrativa y ésta, a su vez, pueda considerarse un ejercicio objetivo de la función.

La responsabilidad surge cuando la inexactitud se traslada al plano externo a través de los medios de publicidad de los asientos.

No basta que haya una anotación errónea por ser divergente de la realidad extrarregistral, sino que el registro debe haber emitido un certificado que refleje un error determinante del daño. Quien contrae la obligación de prestar un servicio público debe realizarlo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o su ejecución irregular³³.

Sin dejar de reconocer el peso que tiene actualmente, tanto en la doctrina como –sobre todo– en la jurisprudencia la tesis de la “falta de servicio”, alguna doctrina acude, para responsabilizar al Estado, a la aplicación del párrafo 1 del artículo 1113 CC, en cuanto responsabiliza al principal por el hecho de su dependiente, el cual resulta también aplicable al Estado, en tanto persona jurídica, por la expresa remisión que efectúa el artículo 43 de ese cuerpo normativo.

³² CNpleno, “A. de Balbín Gladis”, 1976/04/21.

³³ CS 2001/2/27 ED 192-576.

Para la mayoría la responsabilidad del registrador se encuentra regida por los artículos 4147 y 1112 CC, y por las normas y principios comunes del derecho de daños. Para que nazca su responsabilidad, se requiere que haya ejercido sus funciones de forma irregular –lo que se identifica con el requisito de la antijuridicidad de la acción–, que ese accionar irregular haya generado un perjuicio, mediando entre ambos –acción y daño– una relación adecuada de causalidad de acuerdo a las pautas de los artículos 901 a 906 CC, y que exista culpa o dolo del funcionario. En principio, la culpabilidad del agente resultará *in re ipsa* de la mera ejecución irregular de la función.

11.1.18. Acto de disposición del inmueble embargado.

El bien embargado está en el comercio y así lo establece el Código Civil en los artículos 1174 y 1179.

El embargo preventivo y el ejecutivo permiten que el propietario enajene el bien, condicionada la venta a que se declare la existencia del embargo. La medida cautelar cae sobre el precio de la venta y no sobre la cosa. Sólo el embargo ejecutorio o la publicidad del auto de la subasta del inmueble obstarán la disponibilidad.

Según el plenario de la Cámara comercial, en “*Banco de Italia y Río de la Plata c. Corbeira Rey Teresa s/ejecutivo*”³⁴, el adquirente de un bien embargado –tratándose de embargo preventivo o ejecutivo– ya sea que tome expresamente o no a su cargo el gravamen, sólo responde por la suma por la cual éste aparece registrado.

Entre los fundamentos podemos citar que el adquirente es sucesor singular del enajenante respecto de la cosa, pero ello no lo convierte en sucesor de la obligación pasiva de la cosa (artículo 3266 CC). Si para la traba del embargo se exige la fijación de monto, es porque hasta él alcanza la garantía de la medida. Si así no fuera, la fijación de monto es innecesaria y no se explicaría la posibilidad que tiene el deudor de impedir el embargo depositando la suma reclamada, ni la de sustituir el embargo con la fianza equivalente.

El monto del embargo es el que determina la medida del interés del embargante y por ello éste no puede exigirle al tercero adquirente del bien embargado que responda por una suma mayor que la resultante de la cautela publicitada.

Ésta es la razón que asiste al adquirente para pedir el levantamiento del embargo, desinteresando al embargante mediante el depósito de la suma embargada que es la que fue inscripta y publicitada.

³⁴ LL, 1983 D, p. 476.

Así también se pone de manifiesto el efecto limitado del embargo en el conflicto con otros acreedores embargantes titulares de créditos quirografarios, porque el de segundo grado tiene preferencia con respecto al primero sobre el saldo de precio de la cosa que excede el monto del embargo. Ello responde a la prioridad (*prior tempore, potior iure*) que tiene gran importancia en situaciones registrales y en circunstancias jurídicas.

La prioridad directa es la que adquiere un documento en el momento mismo de su presentación al registro donde será inscripto o anotado, y es la única prioridad que pueden invocar los derechos personales.

El fallo plenario de la Cámara civil en "*Czertok O. c. Asistencia médica*" del 23 de agosto de 2001³⁵, sobre la cuestión dice:

"Si el adquirente de una cosa registrable, embargada por monto determinado, para obtener el levantamiento de la media cautelar, no puede liberarse pagando sólo el monto inscripto, sino que responde también por la desvalorización monetaria, si correspondiere, por los intereses, por las costas, por las sucesivas ampliaciones y por las demás consecuencias del juicio".

Ello altera el régimen de publicidad instrumentado a través de los registros y, en lugar de proteger a los terceros, la jurisdicción sale en defensa del embargante que por no obrar diligentemente es responsable de la apariencia jurídica generada por la inscripción parcializada de la realidad extrarregistral.

Se coloca al tercer adquirente en la condición de deudor de la relación jurídica sustancial que le es ajena y se le hace oponible la cosa juzgada emergente de una sentencia dictada en un proceso en el que no fue parte. En la práctica se genera la imposibilidad de vender los bienes afectados, pues el adquirente está sujeto a la eventualidad de posteriores ampliaciones, conclusión que parece estar en contradicción con el principio sentado en el Código Civil y afectar los principios en que se asienta la publicidad registral.

11.1.19. La calificación registral y la calificación notarial

La calificación que realiza el registrador es el medio para hacer efectivo el principio registral de legalidad, tendiente a que la inscripción brinde las garantías necesarias con arreglo al sistema registral adoptado.

³⁵ LL, 2001, E-655.

La calificación registral es el "pronunciamiento" que emite el funcionario calificador, en virtud del cual queda determinado en cada caso si el título presentado reúne las condiciones exigidas por la ley para ser inscripto y surtir los efectos de inmediato o, por el contrario, si faltan en él algunos de los requisitos o elementos precisos para formalizar la inscripción. El adecuado ejercicio de la calificación registral permite que tengan acceso al registro los títulos válidos y perfectos.

De no existir tal función, se formarían verdaderas cadenas de inscripciones fraudulentas amparadas por el Estado, y los asientos del registro sólo servirían para engañar al público, favoreciendo el tráfico ilícito y provocando nuevos litigios.

De conformidad con el artículo 8 de la Ley 17.801, el registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los sistemas respectivos.

El registrador tendrá que considerar los distintos motivos del rechazo y, como consecuencia, considerar si las faltas son subsanables o insubsanables para inscribir provisoriamente, y devolver para que se proceda a salvar los vicios o defectos observados, o rechazar sin más por presentarse nulidades absolutas y manifiestas.

En el sistema registral inmobiliario argentino los elementos a calificar por el registrador son: la legalidad de las formas extrínsecas, las constancias que deben resultar del documento y que sean necesarias para posibilitar su inscripción, ateniéndose a lo que resulte de ellos y de los asientos respectivos, y las nulidades absolutas y manifiestas.

La calificación no se limita a las nulidades instrumentales, se extiende a la calificación de los principios registrales y a las nulidades del negocio instrumentado cuando el vicio resulte manifiesto u ostensible. Ello debe realizarse en un marco de razonabilidad.

Los caracteres que consideramos propios de la función calificadora son: la obligatoriedad o inexcusabilidad; la independencia o autonomía; la esencialidad jurídica, la limitación y completividad.

El concepto de completividad (o integridad) se refiere a que la calificación debe necesariamente abarcar en su totalidad la situación registral al ingreso del documento. Una vez realizada la calificación y mientras el documento esté protegido por la inscripción o anotación provisional otorgada, no podrá realizarse nueva calificación que importe oponer impedimentos no existentes al momento del ingreso.

El maestro García Coni nos enseña que "la calificación intrínseca la realiza el juez o notario; la calificación extrínseca el registrador".

Los notarios y los jueces, como naturales depositarios de la fe pública, asumen en plenitud la relevante función calificadora que les cabe en aras del interés superior de la comunidad³⁶.

Por su parte la inscripción definitiva puede ser objeto de rectificación por el mismo registro a petición del interesado y siempre queda abierta la posibilidad de acudir a los tribunales para remover una calificación errónea.

La inscripción no purga los defectos de los títulos, pero es atinado que en el registro exista la menor cantidad de títulos defectuosos.

A ese objetivo obedece la calificación del registrador, aunque sus límites sean motivo de polémica. Como dice Jerónimo González y Martínez, de no existir un adecuado ejercicio de la calificación registral, "los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos litigios".

Ante dos interpretaciones posibles de equivalente asidero legal, el intérprete, y con mayor razón si es juez, debe inclinarse por la que más satisface a los principios de justicia y de seguridad jurídica.

11.1.20. Tracto sucesivo registral

La imposición de una escrupulosa observancia del tracto sucesivo registral persigue el cumplimiento de los principios de identidad y de continuidad.

Ello se pone de manifiesto en la ley registral que dice:

"No se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones y extinciones" (artículo 15, ley 17.801).

Es presupuesto para el servicio eficiente de la función publicitaria encomendada al registro el cumplimiento del principio de tracto sucesivo que permite el reflejo documental del historial jurídico registral de los inmuebles.

Cumpliendo con el principio, los asientos de cada inmueble se llevan por estricto orden cronológico que impide intercalaciones entre los de su misma especie. La continuidad cronológica ininterrumpida de los asientos con vocación

³⁶ Véase Plenario Feidman Mauricio, CNCiv 1977/ 07/27. LL 1977-c, 392.

de completitud determina que el que hoy disponga sea el que resulte ser titular inscripto. Por ello el titular registral es el único autorizado registralmente para disponer y el registro rechazará todo documento que no provenga de él.

El denominado tracto registral comprimido o abreviado (artículo 16 de la ley citada) es una excepción a la inscripción previa de los documentos y es modalidad del tracto sucesivo.

Participamos de la doctrina que interpreta que las posibilidades de aplicación del tracto abreviado registral no deben apreciarse con criterio restrictivo a las enunciaciones de la ley³⁷.

Nuestro sistema de adquisición de derechos reales inmobiliarios opera mediante el cumplimiento de título suficiente y modo suficiente, y el efecto de la registración es para la oponibilidad a terceros interesados.

Debemos distinguir el tracto registral, esencialmente formal, y el tracto material o de los negocios jurídicos en sí. El primero adquiere sentido en la medida en que sea reflejo del último.

El registro no puede observar un documento en tanto en él se cumpla con el tracto sustancial.

El derecho nace extrarregistralmente y el tracto abreviado o comprimido permite un resultado de economía. Es un mecanismo especial de implementación registral dirigido a reducir el número de asientos sin que se resienta la completitud del contenido registrado.

La abreviación del tracto no afecta la secuencia ordenada e ininterrumpida de los actos transmisivos, ni siquiera su reflejo registral.

12. Constancias notariales

Las constancias notariales las dividimos: en el corresponde o títulos; registro; catastro; deudas; representaciones, referencias impositivas.

13. Cierre documental

El cierre documental es alusivo a la lectura del acto, conformidad con el contenido y firmas. No es requisito su constancia documental.

³⁷ CNCiv, Sala D, 1985 -03-14, "Solari Osvaldo".

13.1. Lectura

El artículo 1001 del CC dice que una vez concluida la escritura el escribano deberá leerla a las partes, pero la omisión de la lectura no provoca nulidad salvo en los testamentos por acto público (artículo 3658 CC).

La lectura es un imperativo formal y lógico que en la antigüedad llegó a conceptuarse como una solemnidad necesaria para revelar autoridad y reflejar la voluntad. La lectura informa a los comparecientes el contenido del documento.

El escribano lee la escritura pero no hay inconveniente en que lo hagan los comparecientes y así será en caso de sordera.

Es con la lectura que el notario explica y señala a los sujetos los efectos del acto documentado y entonces éstos prestan su consentimiento, otorgan y firman.

Núñez Lagos advierte que no se ha prescindido de la lectura, sin embargo su omisión, visto el problema a través de la historia, no ha producido directamente nulidad formal, por falta de solemnidad, sino nulidad de fondo, mediante la *exceptio de schaedula non lecta* por inexistencia de consentimiento³⁸.

No se admite la renuncia de los comparecientes a la lectura de la escritura, si bien ante la ausencia de sanción de nulidad la cuestión no adquiere mayor importancia, salvo en cuanto a la responsabilidad disciplinaria³⁹.

Si hay constancia documental de que se leyó y la previa lectura fuera negada por las partes, éstas deberán argüir de falsa la escritura.

La lectura de la escritura es previa a la firma.

13.2. Otorgamiento

El otorgamiento es la actividad y exteriorización de la voluntad de los comparecientes sobre el negocio documentado y la firma.

Los que otorgan son los sujetos negociales que asumen su contrato o acto, y ello se pone de manifiesto en caso de quien no sepa o no pueda firmar que otorga pero firma el firmante a ruego.

Debemos distinguir la voluntad de consentir y la firma o expresión gráfica, exteriorización de la voluntad y prueba del otorgamiento.

³⁸ Núñez Lagos, R., *op. cit.*

³⁹ Orelle, J. M., *op. cit.*, p. 603.

14. La firma

Para Sanahuja Soler, la finalidad de la firma es que las partes den su consentimiento con la percepción que el notario ha tenido de sus voluntades y que ha volcado en el contenido de la escritura, e implícitamente manifestar el consentimiento⁴⁰.

El escribano no puede actuar de oficio y la firma también prueba el requerimiento formulado a aquél.

Llambías sostiene que la firma es indispensable cuando hay declaración de voluntad que hacen las partes, las que por ello manifiestan su conformidad con el contenido del instrumento poniendo su firma⁴¹.

La firma en las escrituras públicas nos permite reflexionar sobre los siguientes presupuestos:

1. Es requisito esencial para su validez que el instrumento público esté firmado por los interesados que aparezcan como parte en él⁴².

El Código dice: 1) que la escritura deben firmarla los interesados y ser autorizada al final por el escribano; y 2) que si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo en su nombre otra persona que no figure entre los testigos del instrumento (artículo 1001 del CC). En cualquiera de ambos supuestos la firma importa una voluntad indubitable de la parte que la ejecuta. Sin suscripción no hay manifestación de voluntad.

2. La firma son los caracteres idiomáticos mediante los cuales en forma manuscrita y de modo particular y habitual una persona se individualiza y expresa su voluntad y asentimiento en los actos sometidos a esta formalidad (véase nota al artículo 3639 del CC).

3. La firma permite distinguir el grafismo y la conformidad con el contenido del instrumento, elemento subjetivo; para las escrituras públicas acredita presencia, consentimiento o autoría, y para las actas indica presencia y conformidad con lo narrado.

4. Conforme al artículo 1014 del CC, en las escrituras públicas las iniciales o signos valen como la verdadera firma. En consecuencia debemos tener por válida la firma ilegible o la que contenga errores ortográficos y la que contiene iniciales si ésta es la manera habitual de estampar la firma.

⁴⁰ Sanahuja Soler, J. M., *Tratado de derecho notarial*, Barcelona, Bosch, 1945.

⁴¹ Llambías, *op. cit.*, cap. 1, nota 20.

⁴² Véase Nulidad por falta de firma en las escrituras, p. 554.

5. Las formas de firmar pueden ser de los más variados tipos, caracteres, rayas, trazos o expresiones gráficas en general con que el interesado haya querido escribir su nombre y apellido. En consecuencia los preceptos de fondo que registra el Código no deben interpretarse con la estrictez que trasuntan atento al sentido de la ley y a la cultura individual adquirida.

6. Hay firma manuscrita únicamente cuando el signo adoptado reúna estas condiciones: a) que se constituya con caracteres de alguno de los alfabetos conocidos, a fin de que sea posible su lectura y la identificación de su autor; b) que además de ser la traducción del nombre y una forma gráfica de su actividad psicofísica, sea expresión del nombre y apellido de su autor; c) que distinga e individualice a éste por ser una propiedad suya, exclusiva; de tal modo que la ley y la justicia puedan atribuírsela cuando se trate de su derecho o del cumplimiento de sus obligaciones; y d) que su forma sea compatible con la moral y las buenas costumbres.

Según los sujetos instrumentales la firma en las escrituras públicas reviste una triple afirmación: la de los otorgantes, la de los testigos y la del notario interviniente. Unos y otros al suscribir la escritura le dan el respectivo pronunciamiento que emana de su persona y varía según el carácter en que intervienen.

14.1. Firma a ruego

Firma a ruego es la que realiza el sujeto instrumental a petición del rogante, por no saber o por no poder firmar. El artículo 1001 del CC limita a las partes que no saben firmar y en cuyo caso debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento excepción en materia de testamentos.

Para parte de la doctrina el firmante a ruego es mandatario del rogante pero sólo para estampar la firma pues el consentimiento lo manifiesta aquél presente en el acto; para otra parte de la doctrina es testigo o ejecutor de una operación material.

No podrá firmar a ruego otra de las personas que sea parte del acto instrumentado. Y esta prohibición es por demás lógica: si la firma es un hecho personal de la parte actuante, suponer que una parte pueda firmar por sí mismo y por otra, a la vez, que no sabe o no puede, sería desvirtuar el propio espíritu del Código, que por sobre todo, al enunciar expresamente que debe hacerlo otra persona, aleja el temor de que se pueda firmar por sí y por la otra parte signataria.

El rogado puede firmar por más de un compareciente siempre que integre la misma parte.

El notario puede dar fe de conocer al firmante a ruego pero debe individualizarlo; la ley no pide la fe de conocer de éste, pero es conveniente la individualización y es exigida por leyes locales.

La falta de las firmas y de la firma a ruego en los casos en que la parte no sabe o no puede firmar es causal de nulidad de la escritura pública.

No importa si el firmante a ruego es mayor de edad, vecino y persona de conocimiento. La mayoría de edad no es exigida para el mandato. La vecindad no es requerida y no es necesaria por no ser testigo.

Impresión dactilar

Puede ser conveniente emplear la impresión dactilar pues asegura la presencia en el acto; también para la individualización si ha sido tomada con los procedimientos que permitan su lectura; pero no suple la firma. La impresión dactilar es requerida por las leyes orgánicas en caso de que la persona no sepa o no pueda firmar, pero su falta no causaría nulidad del instrumento.

14.2. Imposibilidad de la firma en blanco

Con relación al instrumento público, es imposible que la firma en blanco pueda ser dispensada. Un instrumento público es un cuerpo orgánico, formado en base al cumplimiento estricto y sucesivo de prescripciones legales.

14.3. La firma en los testamentos

Con relación al hecho de la firma del testador, el Código contempla cuatro excepciones: a) que no sepa firmar; b) que no pueda firmar; c) que haya comenzado la firma y no la termine; y d) que a pesar de saber firmar manifieste falsamente que no sabe hacerlo.

Si el testador sabe firmar, y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos. En este caso dos de los testigos, por lo menos, deben saber firmar. El escribano debe expresar la causa por la cual no puede firmar el testador.

Si el testador muriese antes de firmar el testamento, éste será de ningún valor aunque lo hubiere principiado a firmar.

Si el testador, sabiendo firmar, dijese que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a ruego por alguno de los testigos, o por alguna otra persona. Toda firma está fatalmente condicionada a la capacidad física e intelectual del individuo que en ejercicio de su derecho la promete o está obligado a darla.

La jurisprudencia entiende que:

“Cuando se aduce la existencia de una firma apócrifa se reconoce un acto existente, pero falso, el que en todo caso sería nulo. El acto nulo a diferencia del inexistente se presenta a la vida jurídica, y mientras una sentencia judicial no establezca lo contrario, produce efectos, y esa actuación tendiente a privarlo de eficacia debe tramitarse por las vías procesalmente previstas con esa finalidad, sin perjuicio de la posibilidad de decretar la nulidad de oficio cuando ésta sea manifiesta y esté afectado el orden público”⁴³.

El otorgamiento de escrituras sin la firma de las partes o del autorizante, y no obstante ello la ulterior expedición de testimonio e inscripción, constituyen actos voluntarios ilícitos por haber sido realizados en flagrante trasgresión a lo previsto en los artículos 988, 1001 y cc. del Código Civil, lo cual en modo alguno puede ser justificado a un escribano por hacer a la esencia de su actividad específica⁴⁴.

15. Escrituras que pueden carecer de firma

Existen actas o escrituras-actas que carecen de firma y son válidas; son ejemplos de ello:

1. Las escrituras-actas de diligencia que se efectúan en distinta escritura de aquella en la que consta el requerimiento. Estas escrituras son complementarias de

⁴³ CCiv. y Com. Paraná, Sala 2ª, 15/10/1992, “Szesech, Néstor J. s/quiebra”, JA 1995-IV-síntesis.

⁴⁴ C. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala 3ª, 6/3/1990, “N.d. s/ Denuncia en su contra”, Colegio de Escribanos de Capital Federal, BA B350310.

la anterior dejándose constancia de que la diligencia se realiza en cumplimiento del requerimiento anterior. No es necesario la firma del requerido.

2. Las actas de constatación de estado de ocupación de la ley 24.441.

3. Las actas de protocolización de testamento.

4. Las escrituras-actas de subsanación de errores u omisiones en el documento, siempre que se refieran a datos aclaratorios que resulten de títulos u otros documentos fehacientes y no alteren partes sustanciales relacionadas con el objeto ni las partes del acto documentado, se trate de datos de identificación que no sean los exigidos por la ley de fondo, se trate de recaudos fiscales, administrativos, registrales.

16. La autorización

La autorización es el acto mediante el cual el notario con su firma autenticante asume la paternidad del documento. Armella dice que por intermedio de la autorización, el oficial público haciendo uso de sus facultades fideifacientes como delegado del ejercicio de la soberanía del Estado, materializa la presencia del mismo frente a los particulares⁴⁵.

1. La firma y sello del notario son registrados en los Colegios Notariales al momento de la asunción del cargo. La individualización del notario mediante el sello se conecta con la autenticidad externa del documento.

2. La autorización en la escritura hace responsable al notario de la correcta calificación, legalización, legitimación, configuración y documentación.

3. El notario se reconoce autor del documento y confiere a su obra su autoridad, o sea valor semejante a los instrumentos del Estado, pero también su autoridad como jurista⁴⁶.

El requisito de la autorización de la escritura por el escribano está previsto en el artículo 1001 del CC pero no consta en el artículo 1004 del CC como causal de nulidad de la escritura pública. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia entienden que si se produce esa omisión la escritura es nula. Para Carminio Castagno ni siquiera habría acto, sería un caso de inexistencia. Para Spota,

⁴⁵ Armella, C., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dir. Bueres, t. 2, ed. Hammurabi, 1999. p. 101.

⁴⁶ Martínez Segovia, F., *op. cit.*, p. 277.

en cuanto a la forma de la autorización, ésta se realiza mediante la firma del escribano, sin que sea necesaria una mención documental al respecto⁴⁷.

17. Formalidades de lectura y firma en la ley 404 CABA

El artículo 79 de la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dice:

“Redactada la escritura, presentes los otorgantes y, en su caso, los demás concurrentes y los testigos, cuando se los hubiere requerido o lo exigiere la ley, tendrá lugar la lectura, firma y autorización, con arreglo a las siguientes normas:

a) El notario deberá leer la escritura, sin perjuicio del derecho de los intervinientes de leer por sí, formalidad ésta que será obligatoria para el otorgante sordo.

b) Antes de efectuar las correcciones a que se refiere el artículo 61 de esta ley, se podrán realizar, a continuación del texto, las adiciones, variaciones y otros agregados completivos o rectificatorios, que se leerán en la forma prevista.

c) Si alguno de los comparecientes no supiere o no pudiese firmar, sin perjuicio de hacerlo a ruego otra persona, estampará su impresión digital, dejando constancia el notario del dedo a que correspondiere y los motivos que le hubieren imposibilitado firmar, con sujeción a la declaración del propio impedido. Si por cualquier circunstancia, permanente o accidental, no pudiese tomarse de ningún modo la impresión digital, el autorizante lo hará constar y dará razones del impedimento. El notario expresará nombre y apellido, edad, estado civil y vecindad del firmante a ruego y dará fe de conocerlo”.

18. Enmiendas

El Código Civil expresa en los artículos 1001 y 989 que el notario debe salvar de su puño y letra al final de la escritura, lo interlineado, testado, raspado, siendo anulables los documentos que contienen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales no salvadas al final.

⁴⁷ Citados por Orelle, J. M., en Belluscio, *Código Civil comentado y anotado*, vol. 4, ed. Astrea, 1982, p. 609.

Son partes esenciales la fecha, lugar, nombres, cantidades, si son esenciales en los actos que las contengan, como el precio en la compraventa y las superficies de los inmuebles.

El salvado debe ser con palabras legibles, enteras y dentro de los márgenes de la escritura, al final del documento y antes de la suscripción, reproduciendo cada texto por palabras enteras, lo escrito sobre raspado, las enmiendas, testaduras, interlineados u otras correcciones introducidas en el texto de puño y letra del escribano.

La formalidad es en resguardo de la adulteración del documento y también por ello las normas locales exigen que las enmiendas se hagan en los renglones indicados con el número marginal de orden y dentro de los márgenes del folio.

19. Unidad de acto

Por unidad de acto entendemos la unidad de acción, tiempo y personas en la lectura de la escritura y su otorgamiento, y concluye con la autorización.

La unidad de acto está ligada al instrumento y no se extiende al negocio. La unidad de acto negocial e instrumental solamente es esencial en los testamentos⁴⁸. Su omisión no acarrea invalidez del acto. El requisito no está impuesto explícitamente en el CC en la escritura pública. Lo determinan las leyes orgánicas locales.

En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no hubiere entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados podrán suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento, dejándose constancia de ello en el protocolo. Si no se consigna, se trataría de un caso de falsedad ideológica.

Este procedimiento podrá utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma. En este caso existe otorgamiento sucesivo y no debe confundirse con las actas-diligencia que se formalizan en documentos concatenados.

⁴⁸ Etchegaray, N., *Escrituras y actas notariales*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1997.

20. Valor probatorio de las escrituras

La jurisprudencia entiende que una escritura pública hace plena fe de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han sucedido en su presencia, pero no de las manifestaciones de los intervinientes en el acto, pues la sinceridad de las declaraciones no es objeto idóneo de la fe pública notarial.

Las declaraciones falsas contenidas en una escritura pública, fruto del dolo, violencia, error, reserva mental o simulación, pueden conducir a la nulidad del negocio jurídico derivada de los vicios de la voluntad o de los propios del acto negocial.

Si el escribano no manifiesta haber presenciado la entrega de dinero con motivo de la compraventa, porque el pago fue realizado fuera de la escribanía con anterioridad al acto, que las partes no hayan sido sinceras al respecto excede el ámbito de la redargución de falsedad, pues en este incidente sólo está en juego la sinceridad de lo afirmado al oficial público.

La utilización de un certificado de dominio por un funcionario distinto del que lo solicitó no conduce a la nulidad de la escritura, pues si bien es preferible que la cesión del certificado sea notificada al registro, ello se vincula con la posible pérdida o no de la reserva de prioridad que aprovechaba al certificado expedido, pero no con la falsedad del documento.

La constancia de pago del precio de una compraventa asentada en escritura pública refiere a un hecho pasado en presencia de un escribano público, que debe considerarse autenticado por haber sido percibido por los sentidos del notario, mas su sinceridad no es objeto de fe pública y por tanto no queda amparada por ella⁴⁹.

21. Formas instrumentales de subsanación

Debemos distinguir la falsedad de los errores o inexactitudes en el documento que se pueden subsanar.

No hay nulidad por:

- falta de unidad del acto,

⁴⁹ CNCCom, Sala E, junio 6-995, "Kvitko, Mario E. s/quebra c. Kvitko, Mario E. y otro", DJ, 1996 -1-1208.

- ausencia de legalización,
- infracción a la ley fiscal,
- falta de mención de estado civil o de mayoría de edad del compareciente,
- falta de minuta por extranjeros o sordomudos,
- ausencia de certificación registral,
- omisión del domicilio de los otorgantes,
- falta de correlatividad de numeración de la escritura,
- falta de documentos habilitantes.

Es importante advertir el efecto de las subsanaciones en el documento que tengan proyección registral, pues deberán ser inscriptas.

Las inexactitudes registrales pueden provenir del documento o deberse a error del registrador en la inscripción o en la minuta que accede al registro con el documento.

Conforme el artículo 34 de la Ley 17.801:

"Se entenderá por inexactitud del Registro todo desacuerdo que, en orden a los documentos susceptibles de inscripción, exista entre lo registrado y la realidad jurídica extrarregistral".

En el caso de que se deba a error en el documento, el artículo 35 de la ley 17.801 dice:

"Cuando la inexactitud a que se refiere el artículo precedente, provenga de error u omisión en el documento, se rectificará siempre que a la solicitud respectiva se acompañe un documento de la misma naturaleza que el que lo motivó o resolución judicial que contenga los elementos necesarios a tal efecto".

Para el procedimiento de subsanación es importante distinguir en el documento: a) las declaraciones de las partes, y entre ellas las que hacen a la voluntad negocial y las que resultan ser datos complementarios aclaratorios, y b) las declaraciones o constancias notariales.

La subsanación de la escritura pública se formaliza:

1. por escritura pública,
2. por nota marginal,
3. por escritura-acta de subsanación, y
4. por subsanación judicial.

21.1. Escritura pública complementaria

Es aquella necesaria para suplir omisiones de la escritura anterior, agregándole un elemento, cualidades o circunstancias de las cuales carecía. Son complementarias (como género) las que aclaran, rectifican o complementan alguno de los elementos que conforman el negocio jurídico, en sus aspectos subjetivos, objetivos, formales o causales:

1. aclaratorias son aquellas que tienden a clarificar oscuras expresiones habidas en el texto de una escritura anterior.

2. rectificatorias son aquellas que tienen por objeto corregir el error en que se incurrió, sea éste material o conceptual, se encuentre indistintamente en las enumeraciones del escribano o en las manifestaciones de las partes o en ambas a la vez.

Cuando la escritura a rectificar está en el archivo de tribunales, una vez comprobado el error material —que no modifica la sustancia del negocio— es correcto tener en cuenta que de la escritura complementaria se debe poner nota en el testimonio —inscribir en el Registro de la Propiedad en caso que sea necesario— e información judicial para hacer la anotación al margen de la matriz⁵⁰.

Conforme despacho de la *VI Convención Notarial de la Capital Federal* del año 1976, las escrituras mencionadas deben otorgarse con la concurrencia de todos los intervinientes en el acto originario o sus sucesores, cuando se afecten aspectos esenciales del contrato. Caso contrario será suficiente la comparecencia unilateral de la parte que resulte interesada en el acto que debe ser aclarado, rectificado o complementado.

La presencia de una parte para subsanar el error sólo es posible si el mismo no altera el fondo del negocio. Si se afecta la sustancia del negocio (sujetos, objeto, naturaleza del acto), debe requerirse la actuación de todos los sujetos intervinientes. Se puede realizar a solicitud de parte o por el notario.

Ejemplos: casos de omisión o error en la voluntad negocial, será necesaria la intervención de todos los sujetos o partes en el negocio; error u omisión en manifestación de la parte o sujeto interviniente como en el asentimiento conyugal, origen del dinero, gestión, interviene sólo la parte.

Entre los datos personales Gattari dice que debemos distinguir los subjetivos —nombre, filiación, fecha de nacimiento, estado civil— que deben ser subsanados

⁵⁰ Véase Consulta al Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, *RN* 883-1151.

a pedido de parte, de los objetivos —documento, clave de identificación— que puede subsanar el notario.

Entiendo que determinados datos personales podrán ser subsanados por el notario si cuenta con constancia documental auténtica que lo avale.

21.2. Nota marginal

Se podrán subsanar por nota marginal todos los errores u omisiones de detalles complementarios de bienes o personas comprendidas en el negocio.

No se puede utilizar la nota marginal para introducir declaraciones de voluntad que conformen el contrato.

También se podrán subsanar por este medio todas las constancias notariales, a excepción de aquellas que sean esenciales al instrumento y/o las que han sido tenidas en cuenta por las partes para la concreción del negocio o acto jurídico.

La subsanación por este medio debe surgir de hechos auténticos que le consten directamente al notario, ya sea por una percepción directa de documentos o como consecuencia de su actuación personal.

La nota marginal debe ser escrita al pie del texto de la escritura o en sus márgenes.

No es posible subsanar por nota marginal:

1. determinación específica del objeto,
2. intervención del compareciente,
3. declaración del precio, forma de pago,
4. declaración del vendedor sobre transmisión de dominio y posesión,
5. declaración sobre responsabilidad por vicios y evicción,
6. declaración sobre asentimiento conyugal,
7. declaración sobre limitaciones al dominio,
8. nombre y apellido de los comparecientes,
9. estado civil,
10. domicilio o vecindad.

Se puede subsanar por nota marginal:

1. documento de identidad del compareciente,
2. antecedentes, corresponde, tracto,
3. nomenclatura catastral,
4. constancias registrales,

5. mención del asentimiento conyugal otorgado en otro documento,
6. descripciones del objeto,
7. acreditación de representaciones.

21.3. La llamada escritura sin compareciente o acta de subsanación en cabeza de folio

Es una escritura-acta en la cual en cumplimiento de la rogación formulada en una escritura antecedente que individualizará, no inscripta o aun habiéndose registrado, el escribano subsana o salva errores materiales, omisiones totales o parciales, o defectos de forma que no representen vicios congénitos del acto que le ocasionen una nulidad, sino tan sólo un simple defecto subsanable.

En estos casos la rogación formulada en la escritura que se subsana es suficiente, pues la misma continúa hasta que se haya cumplido la obligación encomendada al notario, que resulta ser la entrega del instrumento debidamente inscripto. Para confeccionarla, el notario interviniente deberá basarse en un soporte documental auténtico.

No es factible este procedimiento de subsanación si se produce un cambio sustancial en los sujetos, objeto o naturaleza del acto o si se afectan derechos de terceros.

En este sentido, la votación de la minoría del *VIII Congreso Nacional de Derecho Registral*, celebrado en Salta en 1993, sostuvo lo siguiente:

“El documento notarial sin compareciente es un medio idóneo para la subsanación de inexactitudes registrales provenientes de escrituras públicas, cuando éstas adolecen de un error material que carece de la entidad de vicio congénito que cause su invalidez. Por ser una especie documental sustancialmente distinta de la escritura pública, la comparecencia prescripta por el artículo 1001 del CC no es requisito esencial del mismo. Ello no implica que el notario intervenga de oficio, pues su actuación al respecto se sustenta en el mismo requerimiento que dio lugar a la escritura que sí se subsana”.

21.4. Subsanación judicial

La subsanación judicial es necesaria en todas las cuestiones controvertidas y por supuesto en aquellos documentos que provengan de actuaciones judiciales.

21.5. Casos prácticos de errores subsanables en la escritura pública

Señalaremos posibles errores y las formas de subsanarlos:

1. Número y membrete: para una parte de la doctrina el error en el número de orden de escritura es subsanable por nota marginal previa notificación a la autoridad de contralor. Para otra, no forma parte del cuerpo de la escritura y no es necesaria su subsanación. El membrete no forma parte de la escritura; su falta no ocasiona perjuicio ni necesita ser salvada. Se debe interpretar el documento por su contenido y no por el membrete.

2. Lugar: su falta ocasiona nulidad. El error material es subsanable por nota marginal.

3. Fecha: día, mes y año; su falta ocasiona nulidad pero puede ser salvada si se determina por la anterior y posterior, o si es incompleta o incorrecta si los elementos apreciados demuestran que no hay perjuicio a terceros y no existe fraude.

4. Naturaleza del acto: vale lo expresado en el texto y no la denominación que se le hubiere formulado. Ejemplo: si se titula la escritura mutuo con hipoteca y se trata de una hipoteca que garantiza obligaciones eventuales determinadas entre el cliente y el banco no hay mutuo pero no por ello puede alegarse la nulidad.

5. Sujetos (requisitos del artículo 1001 CC):

a) Nombre y apellido. Su constancia en la escritura es esencial y su omisión total genera nulidad (artículo 1004 CC). Pero si existe error en el nombre o en el apellido es perfectamente subsanable por escritura complementaria. Se acompañará fotocopia del documento de identidad y partida de nacimiento en su caso. No olvidemos que el nombre y apellido están vinculados a la fe de conocimiento o individualización.

b) Mayores de edad. De ser menores será el acto nulo de nulidad relativa, susceptible de subsanación por escritura confirmatoria.

Puede tratarse de menores capaces para el acto, ejemplo de ellos: los menores del artículo 128 CC en cuyo caso se designa el origen de los fondos para la compra. La intervención de emancipados por matrimonio exige que se cumpla con lo preceptuado en el artículo 135 del CC, es decir, que se pida partida de matrimonio. El error material es subsanable por escritura complementaria.

c) Estado de filiación y de familia; deberá consignarse:

c1) si es soltero, nombre del padre y de la madre para cumplir con disposiciones notariales y registrales.

c2) el estado civil de casado o divorciado o viudo evalúa la capacidad o legitimación para actos de disposición de ciertos bienes.

Su subsanación depende de cada caso concreto. Debemos distinguir si es sólo un error material o se genera alteración del régimen matrimonial que es de orden público.

c3) Los errores que se producen al modificar la condición de soltero a casado o de soltero a divorciado o de soltero a viudo; o de casado a divorciado o de casado a viudo; o de divorciado a viudo; o de viudo a casado o divorciado, son perfectamente subsanables por escritura pública en la que el requirente ruega la aclaratoria acompañando la partida o sentencia correspondiente.

Es posible rectificar el estado civil mediante documento notarial si existe declaración del interesado apoyada en documentos auténticos indubitables y causados que serán apreciados por el notario.

Es difícil la rectificación de la declaración de soltería porque no existe documento o certificado que puede acreditar tal estado.

Es muy común la rectificación de estado civil de soltero por haber declarado en la escritura ser cónyuge de una persona por matrimonio contraído en el exterior, y el compareciente está casado en el país con otra persona. Los casamientos en el extranjero en estos casos son en fraude de la ley. La rectificación procede por vía notarial acompañando las partidas como prueba. Pondé admite la rectificación por escritura pública y, refiriéndose a la doctrina que entiende debe ser judicial, el autor sostiene que en tal caso sería de la mal llamada jurisdicción voluntaria por lo que es válido realizarla por vía notarial. Falbo admite que la rectificación se realice notarialmente pero exige la presencia de quien aparecía como cónyuge ratificando la rectificación formulada, evitando así la posibilidad de que se eluda el cumplimiento del artículo 1277 del CC.

Por consultas han resuelto en algunos casos la subsanación por vía judicial pues entienden que es una función típicamente jurisdiccional.

d) Domicilio (puede ser legal o residencial): tiene incidencia a los fines de las notificaciones y demás efectos civiles. La subsanación es con escritura complementaria.

e) Los documentos de identidad que se exigen, siendo argentino, son el Documento Nacional de Identidad o Libreta Cívica o Libreta de Enrolamiento. Si es extranjero, el Documento Nacional de Identidad, la cédula de identidad de la Policía Federal o el pasaporte.

Se debe cotejar el documento que exhiben, el del antecedente y el del asiento registral, y en caso de error, se hará la rectificación. Si el error está en el asiento se solicita rectificación sin pedir certificado. Se puede subsanar por nota marginal

f) La nacionalidad es un requisito que no surge del CC. Fue con la Ley 22.591 del año 1982 que se exige y en la ley de sociedades. Su rectificación u omisión puede hacerse por nota marginal.

6. Juicio de identidad

Es el juicio de notoriedad que emite el notario; se limita al nombre y apellido y no al estado de familia.

La falta no anula el acto y no es necesario subsanar pues se presume que el escribano conoce a los comparecientes.

La doctrina no está conteste: una parte sostiene que se subsana por escritura complementaria con la comparecencia de las partes, y otra por nota marginal, y hay también una tercera que entiende que no es necesario subsanarla pues se presume que si el escribano no identifica a los comparecientes no autoriza la escritura.

7. Capacidad o habilidad: La ley exige mayores de edad y se cumple con la fecha de nacimiento, estableciendo la edad o simplemente mayores de edad. No es necesario constancia documental de la capacidad.

8. Intervención: La intervención de los comparecientes en la escritura pública puede ser por razón de la titularidad de su derecho o por causa de su representación; es manifestación de las partes y debe subsanarse con escritura complementaria.

9. Documentos habilitantes por la representación

La falta de incorporación de los documentos habilitantes no afecta la validez del instrumento. Se puede justificar la representación invocada por otros medios, cuando es observada su falta.

Distinta es la situación de la nulidad de la representación invocada que acarrea la nulidad del acto.

Puede tratarse de un acto celebrado sin autorización del legitimado porque el sujeto carece de poder para realizar el acto, por sustitución del compareciente en el poder, o porque se revocó el apoderamiento otorgado.

10. Objeto: El error en el objeto fue tratado en un fallo jurisprudencial de la Corte de la provincia de Buenos Aires que distinguió entre el error *in corpore* (artículo 927 del CC) con la obligación de restituir conforme el artículo 1052, del error *in nomine* o *falsa demonstratio*, o sea error en la determinación y en la descripción.

Los errores documentales meramente accidentales encuadran en el artículo 928 del CC, cuya enumeración no es taxativa y puede ampliarse para circuns-

tancias análogas. No reciben excepción respecto de las escrituras de inmuebles, requiriendo para satisfacer los extremos previstos por las leyes reguladoras del catastro y de los registros en observancia del principio de determinación o especialidad, tan sólo la rectificación del error de designación y la toma de razón en el registro.

Si no existió error en el objeto (*error in corpore*), que en los términos del artículo 927 del CC "anula el acto" (artículo 1052 del CC cit.), hubo únicamente una falsa *demonstratio* que por sus características resulta indubitablemente rectificable⁵¹, se subsana por aclaratoria. Anula el acto el error respecto del objeto sobre que versare, habiéndose contratado una cosa diversa de aquella sobre la cual se quería contratar.

En el caso del título que se refiere a un inmueble distinto al poseído por el comprador o adquirente, es un título putativo que requiere retransmisión del acto. Producido el tracto, la reversión del proceso es posible mediante una nueva transmisión en cuya virtud el nuevo titular de dominio enajena el inmueble al anterior. Por el contrario, si hubo únicamente una falsa *demonstratio* que por sus características resulta indubitablemente rectificable, es posible subsanarlo por escritura aclaratoria.

Las disposiciones registrales admiten que habiendo error en la designación del inmueble objeto del acto se subsane por escritura aclaratoria⁵².

⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 30/3/82, "*Pinto, Jorge Raúl c. Poder Ejecutivo. Demanda contencioso administrativa*".

⁵² DTR 7/82 provincia de Buenos Aires. Cuando el error surge del documento pero la tradición se ha efectuado sobre el inmueble objeto del acto notarial, es factible subsanar esta inexactitud por medio de escritura aclaratoria. "Artículo 1. Derógase la Disposición Técnico Registral n° 4-69 y la Orden de Servicio n° 3/72. Artículo 2. Es medio idóneo para subsanar el equívoco cometido en una escritura pública de venta, por haberse mencionado erróneamente la designación del inmueble objeto del acto, la escritura aclaratoria, sin perjuicio del cumplimiento del artículo 23 de la ley n° 17.801. Artículo 3. Regístrese como disposición Técnico Registral. Notifíquese a las Direcciones Técnicas y de Servicios Registrales, como así también a todos los departamentos de esta Dirección Provincial. Comuníquese a los Colegios Profesionales interesados. Con nota de estilo, elévese a la Subsecretaría de Hacienda, encareciendo su publicación en el Boletín Oficial. Cumplido, archívese".

21.6. Rectificación por omisión sobre el origen del dinero en la compra de inmuebles del cónyuge casado

Conforme el artículo 1271 CC:

"Pertencen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación".

No obstante el carácter limitativo de la disposición transcrita, en los casos de compra de nuevos bienes con dinero propio del cónyuge, opera la subrogación real. Si en la escritura de adquisición de inmuebles se omite la manifestación del origen del dinero, rige la presunción de ganancialidad del bien.

Incumbe al cónyuge que omitió la declaración aportar las pruebas que acrediten el carácter propio, que deben ser precisas y concordantes.

La doctrina mayoritaria en derredor a los artículos 1246 y 1247, concuerda en que la declaración escritural debe expresar el origen del dinero. No bastaría con manifestar —acotan Planiol y Ripert— que la adquisición se hacía con dinero propio, sino que habría que señalar de dónde se tomaba. En la doctrina francesa, reinversión por anticipado es aquella que se produce cuando los esposos adquieren un inmueble para reinversión de un bien que se proponen enajenar ulteriormente, de donde se tomaría el dinero propio, en su oportunidad⁵³. Todo ello siguiendo a Colín y Capitant, "para advertir a los terceros interesados que el bien adquirido no forma parte de la comunidad"⁵⁴.

Ya en 1982 la Corte Suprema de la Nación advertía que, según lo establece claramente, la prueba de que el dinero —con que se ha efectuado la compra del bien inmueble que se pretende propio— pertenece a la mujer "debe surgir de la misma escritura de compra, en la cual ha de constar que el dinero es de su propiedad y el modo en que lo adquirió". En caso contrario, el bien debe reputarse ganancial⁵⁵.

⁵³ Josserand, L., III, vol. 1, n° 85, p. 66, *op. cit.*, nota 14.

⁵⁴ Citados por Belluscio - Zanoni, *Código Civil comentado*, t. VI, Astrea, p. 174.

⁵⁵ CSJN, Fallos, 24:177, 30:585; 47:270.

En una consulta al Colegio de escribanos se resolvió:

“La declaración en la escritura de compra, del origen de los fondos y la fundamentación, no es necesaria la conformidad del cónyuge para considerar que la subrogación real se ha cumplido”⁵⁶.

En igual sentido se pronunció la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, desde sus primeros fallos⁵⁷.

Hay tribunales que requieren “que para que se tenga como propio de uno de los cónyuges el bien adquirido con el producido de la venta de otro que revestía tal carácter, se demuestre la correlación de dicha venta con la adquisición del nuevo bien”. Otros atenúan el principio de la prueba escritural diciendo que “la ley no exige que la escritura compruebe la verdad de sus enunciaciones sobre el origen de los fondos con que se hizo el pago, pero ello no significa que en caso de impugnación no deba probarse la verdad de aquellas enunciaciones, en tal caso, la prueba debe circunscribirse al origen del dinero manifestado en la escritura sin poder alegar que el origen sea otro”⁵⁸.

La reinversión podría afirmarse por otras circunstancias y bastaría, para que el nuevo bien fuese propio, que los esposos hubiesen estado de acuerdo después de la adquisición para atribuirle la significación de una reinversión. En esta concepción, la doble declaración deja de ser una condición puesta para la validez de la reinversión, para convertirse en un simple procedimiento de publicidad, de oponibilidad⁵⁹.

En virtud de las normas y la doctrina y jurisprudencia:

1) Si en la escritura no se expresa que el dinero de la adquisición pertenece a la mujer, ni se hace mención alguna sobre el origen de tales fondos, ello no obsta a pruebas posteriores que demuestren que el dinero le pertenecía efectivamente a ella.

2) Con más razón, aun si en la escritura consta que el dinero pertenece a la mujer, pero se ha omitido hacer referencia a su origen, es procedente la prueba posterior.

⁵⁶ RN 933-489.

⁵⁷ Véanse entre otros: Fallos, 6° serie, t. IV, p. 180; *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 7, p. 115; CSJN, Fallos, 63:69, CCiv 1° Cap. 11/7/18, JA, 3-525, id. 18/4/41, JA, 75-933, CCiv 2° Cap. 1/10/23, JA 11-752, id. 26/11/37, JA 67-88, y LL 15-785.

⁵⁸ CNCom, Sala A, 8/3/63, LL, 110-719.

⁵⁹ Jossierand, L., *op. cit.*, III, vol. 1, p. 67.

En las V Jornadas de Derecho Civil reunidas en Rosario en 1971 —donde se discutió el tema— se aprobó por amplia mayoría (39 votos contra 3) la siguiente declaración:

“El artículo 1246 debe ser interpretado con amplitud, reconociendo por igual a marido y mujer, la facultad de determinar el origen propio de los fondos aplicados a la compra de bienes inmuebles. Tal manifestación importa una presunción *iuris tantum* sobre el carácter del bien adquirido. Ese criterio debe quedar reflejado con mayor precisión en una eventual reforma del texto vigente que incluirá también las cosas muebles registrables”.

Efectos respecto de terceros

Considerar subsistentes los artículos 1246 y 1247 no tiene mayor trascendencia en las relaciones entre los cónyuges. En efecto, entre los esposos y sus sucesores universales, siempre podría discutirse la verdad de la manifestación.

Según el régimen de los artículos 5 y 6 de la ley 11.357, resulta indiferente para los terceros acreedores que el inmueble sea propio o ganancial, ya que en uno u otro caso sólo responderá por las deudas de la mujer, mientras que si los acreedores del marido sostienen que se adquirió con dinero de éste, deberán probarlo.

Sin embargo, no para todos los terceros resulta indiferente el carácter propio o ganancial de los bienes de los cónyuges; así, para el adquirente de un bien registrable enajenado por el cónyuge sin el necesario asentimiento del otro; para el acreedor del cónyuge promitente de venta y acreedor a su vez del precio respectivo, que puede actuar judicialmente para suplir la negativa al asentimiento conyugal a fin de poder ejercer la acción subrogatoria; para el adquirente que debe actuar por igual vía para suplir la negativa injustificada del cónyuge del enajenante; en general, para los terceros con interés legítimo en establecer el carácter propio o ganancial de los bienes de los esposos.

Pero donde el tema asume su mayor relevancia es en la eficacia de los actos de disposición por la mujer sin el asentimiento del marido, prescripto por el texto del artículo 1277 del CC, ya que en opinión de parte de la doctrina bastaría esa manifestación para hacer inatacable el acto de disposición otorgado a título oneroso con un tercero de buena fe.

El tercero que lo adquiere en estas condiciones queda amparado en su buena fe y la adquisición es inobjetable, salvo fraude.

"Respecto de terceros y para asignar el carácter de propio de un bien inmueble adquirido por la esposa, es de absoluta necesidad que la escritura contenga la manifestación que el dinero es de ella, así como la designación de cómo el dinero pertenece a la mujer"⁶⁰.

Posibilidad de subsanación

En cuanto a la posibilidad de subsanar la omisión debemos distinguir dos aspectos: la oportunidad en la que pretende realizarse y el procedimiento a utilizar.

Vigente la sociedad conyugal

Es posible subsanar la omisión en la escritura de adquisición por escritura aclaratoria.

Habrà que distinguir si la misma se realiza con o sin participación del cónyuge. Estando vigente la sociedad conyugal es el cónyuge no titular quien se perjudica por la manifestación.

Si el acto dispositivo del bien se realiza durante la vigencia de la sociedad conyugal,

1. si la escritura aclaratoria se realizó sin la conformidad del no titular, sugerimos requerir su asentimiento o la declaración judicial del carácter propio.

2. si la aclaratoria se hace con la conformidad del cónyuge no titular, admitimos que tal manifestación y conformidad hacen innecesario su posterior asentimiento con el acto de disposición.

En sede judicial podrá declararse el carácter del bien; ocurriendo por la vía de la acción declarativa o el carril del proceso contencioso.

Disuelta la sociedad conyugal

Disuelta la sociedad conyugal por muerte de cualquiera de los cónyuges, una postura sostiene que el carácter del bien únicamente debe ser resuelto en el proceso judicial, ya que los perjudicados por la disolución por muerte son los herederos y acreedores que podrían ver desbaratados sus derechos ante la manifestación del cónyuge y disposición del bien.

⁶⁰ CNCiv pleno 14-7-72 LL 148- p. 163. ED 43.515.

Si no consta el origen del bien como propio, muerto el marido, habrá que iniciar la sucesión para la transmisión del bien como ganancial o para probar que es propio. Sin la constancia del carácter del bien incumbe a la mujer el papel de demandante, si pretende que el bien le pertenece como propio.

Si del título surge el carácter del bien, deberá ser demandada, algún legitimado para actuar si objetase la verdad de lo expresado en la escritura sobre el origen y naturaleza del dinero con que se hizo la adquisición.

El despacho mayoritario de la Comisión IV de la *XXX Jornada Notarial Bonaerense* admite la subsanación por vía notarial, por escritura complementaria aclaratoria y, aun después de la disolución de la sociedad conyugal, por muerte de uno de los cónyuges, invocando la vigencia del artículo 1246 CC.

Para esta postura doctrinaria el acto debe contener la declaración precisa y circunstanciada por parte del cónyuge que subsana su título de adquisición de cómo le pertenece el dinero. La participación del otro cónyuge no titular es conveniente pero no necesaria.

21.7. Bienes adquiridos una vez disuelta la sociedad conyugal

Una cuestión interesante a resolver es el carácter de los bienes adquiridos por uno de los cónyuges luego de presentada la demanda de divorcio pero no dictada aún la sentencia.

Es de buena técnica que del título de adquisición surjan los datos pertinentes del expediente judicial y la declaración del origen de los fondos utilizados, para evitar dudas sobre el carácter del bien. En caso contrario es necesario el asentimiento conyugal o la escritura complementaria que contenga la declaración precisa y circunstanciada de que el bien es propio y desplazar la subrogación real.

21.8. Sociedad conyugal: Disolución: separación de hecho; efectos; bienes gananciales anómalos.

La separación de hecho de los cónyuges no trae como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal, la que se entiende que subsiste a pesar de ese hecho fáctico. En este sentido, la sanción del artículo 1306, párr. 3 del CC, no ha sido tal vez para introducir una disolución (total o parcial) de la sociedad conyugal, sino para imponer al cónyuge culpable una sanción derivada de su conducta.

El dictado del fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 29-9-99 "C., G.T. c. A., J.O. s/liquidación de sociedad conyugal" ha implicado extender la aplicación del artículo 1306, párr. 3 del CC, a los supuestos en que se decreta el divorcio por la causal del artículo 214, inc. 2 del mismo cuerpo legal, desde luego cuando no se ha introducido por los cónyuges la cuestión de la inocencia o culpabilidad. Esta situación determina que ninguno de los esposos tendrá derecho a participar de los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho aumentarán el patrimonio del otro. En consecuencia, no obstante no verificarse en puridad, con la separación de hecho, una disolución de la sociedad conyugal, la realidad es que los bienes "gananciales" adquiridos con posterioridad al hecho fáctico de la ruptura serán en el mejor de los casos "gananciales anómalos", esto es, no sujetos a división entre los esposos conforme a la regla del artículo 1315 del CC. En todo caso serán bienes gananciales que se estimarán como propios o, si se quiere, bienes gananciales no repartibles.

Cuando el artículo 1306, párr. 3 del CC dice que no se participa en los bienes que después de la separación aumentaron el patrimonio del otro, está presumiendo que tales bienes se adquirieron con fondos que también tuvieron su origen durante la vida separada. La prueba en contrario, es la acreditación de la subrogación real, vale decir, la prueba de que tales bienes fueron adquiridos con fondos o frutos provenientes de bienes gananciales pertenecientes a la época en que se verificaba la convivencia⁶¹.

22. Copia de la escritura

El escribano debe dar a las partes que lo soliciten copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado (artículo 1006 CC)⁶².

De acuerdo al artículo 979, inc. 1 CC, la copia es un instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz (artículo 1010 del CC). Para revestir la calidad de tal debe reunir los requisitos de fondo y de forma, gozando de fe pública transcripta o derivativa⁶³.

⁶¹ CNCiv., Sala B, octubre 28-2005.- "H., M.B. c. G., G.S.Mj. R. s/ liquidación de sociedad conyugal", ED, Supl. 15.5.2006.

⁶² Concordancias. CC artículos 1007 a 1011, 3138.

⁶³ Pelosi, C., "Instrumento Público. Copia carbónica autenticada por escribano. Son

Los artículos 979, 996, 1006, 1007, 1008, 1009, 1010, 1011 y 3138 del Código Civil se refieren a la palabra copia; sin embargo, en la terminología común se usa la palabra "testimonio" para significar la primera y ulteriores copias de la escritura matriz.

La copia de la escritura es la reproducción literal, completa, del documento matriz, expedida por el notario autorizante o en su defecto por quien está legitimado para hacerlo, para lo cual debe tener el protocolo bajo su guarda.

El documento matriz queda en poder y resguardo del notario hasta que se envía al archivo de protocolos notariales.

Existen requisitos documentales como elementos materiales, papel y grafía y elementos formales, cláusulas de suscripción, carácter de copia, subsanación de errores, y demás requisitos formales, elementos reales, la exactitud y la integridad⁶⁴.

La copia debe ser extendida para las partes que lo pidiesen y se puede formalizar:

1. Fotocopiada, en cuyo caso tiene la ventaja de mostrar la reproducción facsimilar del texto y las firmas al pie. En este caso se agrega la hoja de concuerda;
2. copia testimonio en papel provisto por los colegios, con la obligación del uso de la tinta negra sin ingredientes que puedan corroer el papel, borrar o hacer desaparecer lo escrito⁶⁵.

Debe llevar nota de expedición que consigne identificación del documento, número de copia, para quién se expide, datos del escribano, de su registro y del cargo que ocupa —titular, adscripto, suplente—.

No se permiten espacios en blanco; debe llevar la rúbrica en cada uno de los folios que la componen; se debe dejar constancia en la escritura matriz.

22.1. Legitimados para pedir copia de la escritura

El escribano debe dar a las partes que lo pidiesen copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado.

1. La copia es para el o los sujetos que conforman una misma parte, pero

instrumentos públicos del artículo 979, inc. 2", *Revista del Notariado*, 1972-721-193 nota a fallo CNCiv., Sala F, 13/7/71, "Aragón de Winan, Elva J., c. Trattnow, Erwin F."

⁶⁴ Etchegaray, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁵ Orelle, J. M., *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.), J. M. Zannoni (coord.), t. 4, Buenos Aires, ed. Astrea, 1982, p. 633.

puede también expedirse copia para cada uno de los integrantes de la parte. Todas ellas serán primeras copias.

2. Si se expidió una primera copia para todas y una de ellas requiere luego una para sí, la que se autorice será segunda copia para esa persona.

3. Se puede expedir más de una primera copia para la misma persona cuando hay pluralidad de objetos de un negocio o pluralidad de actos documentados, incluso es necesario para la inscripción de éstos, de corresponder. En estos casos cada copia constituirá el título de propiedad de cada uno de los inmuebles respecto de los cuales es expedida.

Caso de pluralidad de actos

En caso de compra con hipoteca –por saldo de precio o a favor de tercero– corresponde expedir una primera copia para el adquirente y otra para el acreedor hipotecario.

Si se tratare de venta o donación de nuda propiedad debe expedirse una copia para el nudo propietario y otra para el usufructuario.

Caso de afectación a la ley 13.512

En las escrituras de afectación de un inmueble al régimen de la propiedad horizontal correspondería expedir una primera copia para el propietario del edificio, la que constituirá su título de propiedad de cada una de las unidades que lo compongan –que se integra con el de la adquisición del terreno–, y otra para el administrador del consorcio de propietarios para quien constituirá el documento acreditativo del reglamento de copropiedad y administración.

Caso poderes

En los poderes, la copia se debe expedir para el poderdante; el apoderado no es parte. Si el poderdante requiere que la copia sea expedida para el apoderado, se hará constar en el texto escriturario. El apoderado podrá pedir la expedición de una segunda copia, si ha sido especialmente facultado para ello por el poderdante.

Obligación de expedir copia

La expedición debe ser a quien acredite ser parte interesada. El notario que

se niegue a expedir copias, incurrirá en responsabilidad, debiendo resarcir los daños y perjuicios que provoque a los interesados.

22.2. Segunda y ulteriores copias

Si la parte interesada pierde la primera copia, sufre su destrucción o sustracción o la copia se encuentra en mal estado, el escribano tiene obligación de expedir la segunda copia (artículo 1007 CC), sin otro requisito que el simple requerimiento fundado en la causal pertinente.

No hay ninguna solemnidad exigida para el pedido de la segunda copia. Prevalece la libertad de forma, pudiendo ser meramente verbal.

Al expedir segunda o ulteriores copias, se coloca nota marginal en la matriz que consigne la expedición de la segunda o ulterior copia.

Si el documento contiene actos registrables, debe ser registrada la segunda copia. Al registrarse la segunda copia se invalida la anterior. Debe solicitarse informe al Registro de la Propiedad Inmueble –artículo 27, Ley 17.801– cuando se trate de negocios jurídicos con relación a dichos bienes para verificar el estado de dominio.

Si el documento no reconoce obligaciones de dar o hacer, para la expedición de un segundo testimonio de la escritura pública no procede la citación previa de la otra parte ni autorización judicial.

22.3. Diferencia entre la matriz y la copia

Conforme el artículo 1009 del CC, si hubiera alguna variación entre la copia y la escritura matriz, se estará a lo que ésta contenga.

La omisión de las confrontaciones de los términos en que se hallan redactadas las escrituras en el protocolo, a los efectos de la expedición de los testimonios, es en verdad de una gravedad tal que afecta la naturaleza misma de la fe notarial, máxime cuando dicha expedición se efectúa con la finalidad de registrar los actos ante la autoridad pública competente, por lo que se debe sancionar al escribano que incurre en tal irregularidad⁶⁶.

⁶⁶ C.Nac. Civ., Sala C., 23/9/74 –"Consortio Angel Gallardo 34/35 c. Maucci, Gualterio y otro", JA 25-1975-45.

Si la copia de la escritura difiere de la matriz, son las constancias de esta última las que prevalecen⁶⁷.

Existen en la doctrina notarial opiniones encontradas sobre el procedimiento a seguir en caso de discordancia entre la matriz y la copia. Orelle⁶⁸ estima que no hace falta querrela de falsedad, sino una simple diligencia o cotejo. Armella sostiene que la disconformidad está evidenciando una falsedad material que requerirá el procedimiento especial de argüción de falsedad, dentro del cual se ofrecerá prueba pertinente, cual es el cotejo de ambos instrumentos⁶⁹.

22.4. Necesidad de autorización judicial.

Obligaciones de dar o hacer pendiente de cumplimiento

Si en la escritura alguna parte se hubiese obligado a dar o hacer alguna cosa, la segunda copia no podrá darse sin autorización judicial (artículo 1007, último párrafo).

No es necesaria dicha autorización si el solicitante acompaña copia certificada de la escritura de cancelación de dicha obligación o documento equivalente; certificado expedido por el Registro de la Propiedad acreditando la inexistencia; o conformidad expresa del acreedor de la obligación.

Así, en el caso de existir en la escritura una deuda garantizada con hipoteca resulta suficiente un informe de dominio del que surja que la hipoteca ha sido cancelada.

En el caso de una escritura donde conste una obligación pendiente, garantizada con hipoteca y cuando se solicita segunda copia no parece acreditada su cancelación; pero ha caducado su inscripción (artículo 3151 CC) y el plazo de la prescripción previsto en el artículo 4023 se encuentre holgadamente cumplido, puede que la obligación permanezca vigente, razón por la que resulta necesario requerir la copia mediante el procedimiento judicial regulado en el artículo 1008 CC.

⁶⁷ CNCiv., Sala B, 7/12/66, "Maprico S.A. c. Pini, Serafin y otro", LL, 125-796. Al respecto véase Neri, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, vol. 3, 1970, p. 1098.

⁶⁸ *Op. cit.* nota 50.

⁶⁹ Armella, *op. cit.*, p. 131.

Trámites procesales

Los trámites procesales de expedición de copia están regulados en los Códigos de Procedimiento provinciales y establecen trámite sumarísimo admitiéndose la oposición del interesado. En caso de ausencia el juez puede nombrar un oficial público que presencie la obtención de la copia en cuestión.

Citación de acreedores

Es criticada la norma que exige la citación de los acreedores para comparar la exactitud de la copia con la matriz, pues atenta contra la facultad fedante del notario autorizante que asegura su identidad e integridad⁷⁰.

Si el documento en cuestión no reconoce obligaciones de dar o de hacer y sólo está afectado por embargos, para la expedición de un segundo testimonio de la escritura no procede la citación previa de los acreedores y el juez embargante, pues no se trata del supuesto del artículo 1007 CC⁷¹.

En la provincia de Buenos Aires el artículo 40 inc. 1 de la ley 9020/86 determina que en principio es competencia del juez notarial la expedición de segundas copias de las escrituras públicas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1007 CC, y la renovación de títulos, sin perjuicio de la competencia asignada para igual materia a los juzgados civiles y comerciales por el decreto-ley 9435/79 de la provincia.

Ordenada judicialmente la expedición, ello se formaliza a través del escribano a cargo del registro o del encargado del archivo de actuaciones protocolares que dependen de los Colegios de escribanos.

22.5. Segundas copias requeridas por orden judicial

En los procesos ejecutivos

En los procesos ejecutivos el juez ordena al escribano autorizante que expida segunda copia de un título de propiedad para la ejecución. Por lo general el decisorio no expresa para quién debe ser expedida. Existe el caso de que se trate de una escritura de venta con saldo de precio garantizado con hipoteca, y para

⁷⁰ Armella, C., *op. cit.*, p. 129, com. art-1007-8.

⁷¹ CNCiv, Sala C, 22/3/84, "Vanelli D.c. lo Giudice D.", LL 1984C -382.

quien se expida la copia podrá constituir el título de propiedad del adquirente o el título del crédito del acreedor hipotecario.

La segunda copia de un título de propiedad es expedida y anotada en el registro inmobiliario (ley 17.801, artículo 28) y tal circunstancia enerva los efectos, como título de propiedad, de la primera copia, probablemente sin que el propietario se entere.

Se debe expedir por orden judicial para los autos que se indican. En el caso de que la subasta no se realice, cuando el titular de dominio pretenda disponer del bien deberá rescatar esa segunda copia o pedir una tercera, porque la primera copia que obra en su poder ha perdido el carácter de título de propiedad, como consecuencia de la expedición de la segunda.

En procesos de ejecución de expensas

Suele ocurrir que en los juicios de ejecución de expensas comunes por parte del consorcio de propietarios, el juez ordene al escribano que expida segunda copia del título de propiedad. Si éste contuviere, con una hipoteca por saldo del precio pendiente de pago y el escribano advirtiere al magistrado que la primera copia está en poder del acreedor en cumplimiento de una cláusula del contrato, el juez debería requerir su entrega al depositario del título, lo que generalmente no ocurre y no pedir segunda copia. Ello es así porque la primera copia no se ha perdido ni destruido, sino que existe y se sabe quién la tiene en su poder⁷².

22.6. Segunda copia, ley 24.441

La ley 24.441 autoriza al acreedor hipotecario a solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado.

Será necesario que el acreedor acredite tal carácter, así como la presentación judicial a que se refiere al artículo 54 de la ley 24.441.

⁷² Giralt Font, J., *XLV Seminario Teórico Práctico*, Cuadernos de Academia Nacional del Notariado, Seminario Laureano Moreira, mayo, 2003, Tema expedición de segundas copias.

23. Copia simple

Se discute en doctrina si la copia simple es el documento notarial de acuerdo al artículo 979, inc. 2, CC.

Para Spota, "La copia simple no es un instrumento público, precisamente por no hallarse autorizada con la forma legal, aunque esté suscripta"⁷³.

Según las leyes notariales es obligatorio consignar que es copia simple y que sea expedida por el notario competente.

La copia simple tiene el carácter de copia autenticada de la primera copia sin inscribir y no es válida como título para realizar actos dispositivos por el titular que la exhiba, pues no es expedida con ese carácter.

24. Simple copia

Vale como certificación, básicamente informativa, que acredita la existencia y el contenido del documento matriz, pero no compromete la veracidad ni fe del notario en cuanto a la integridad y exactitud con relación al original.

25. Ley 404 Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expedición de copias, testimonios y copias simples

La Ley 404 en el artículo 104 y siguientes regula sobre las copias y testimonios.

El notario autorizará copias, testimonios y copias simples.

1. Constituyen copias las reproducciones literales de la matriz. Podrán expedirse copias parciales a pedido de parte, dejándose constancia de tal modalidad.

2. Es primera copia la que, con los requisitos determinados en esta ley, expida el notario por primera vez a cada una de las partes que así lo requiriere.

3. Es copia de ulterior grado la que, con los mismos requisitos que para la primera, expida el notario a cada una de las partes, en los casos en que fuere procedente y a solicitud de la misma.

⁷³ Spota, *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, vol 3 (9), 1958, p. 317, n° 2050.

4. Las copias llevarán al final cláusula que identifique el documento protocolizado, con mención del folio, notario autorizante, carácter en que actúa y número de registro, y que asevere la fidelidad de la reproducción con respecto al original, indique si se trata de primera copia o de ulterior grado -y en este caso, cuál-, para quién se expide y el lugar y fecha de su expedición.

5. El notario autorizante, su adscripto, subrogante, interino, o sucesor en el registro o el titular del archivo, en su caso, podrán expedir las copias mencionadas mientras el protocolo se halle bajo su guarda.

Conforme el artículo 109 el notario podrá expedir testimonio por exhibición o en relación.

1. Es testimonio por exhibición el documento que reproduce literal, total o parcialmente, otro documento no matriz, público o privado, exhibido al notario con el objeto de acreditar su existencia, naturaleza y contenido, sin subrogarlo en su eficacia.

2. Es testimonio en relación o extracto, el documento en el que el notario reproduce conceptualmente o resume, con criterio selectivo, el contenido de escrituras matrices y de documentos agregados al protocolo, o asevera determinados extremos que surgen de esos elementos documentales o de otros que se hallen en su poder o custodia.

El testimonio llevará al final una cláusula que contenga las menciones necesarias para individualizar el documento al que se refiere, si éste ha sido exhibido o el lugar en que se encuentra, si se trata de transcripción fiel o de relato, la persona que lo solicita y el lugar y fecha de expedición.

Según el artículo 110, los testimonios podrán ser expedidos por otro notario, aunque los protocolos o documentos se encontraran archivados o agregados a actuaciones judiciales o administrativas, siempre que fuere expresamente autorizado para ello por quien tuviere su guarda.

Constituyen copias simples todas las otras reproducciones literales, completas o parciales, de los documentos matrices que los notarios expidieren en los casos previstos por la ley, por orden judicial o a requerimiento de quien acreditarle interés legítimo.

Las copias simples deberán llevar en el anverso de todas las hojas, con caracteres visibles, la leyenda "copia simple". La cláusula final contendrá igual mención y expresará el objeto y destino de la expedición (artículo 111, ley 404).

Pueden expedirse copias o testimonios parciales. Si a instancia o aceptación de parte interesada se expidieren copias y testimonios por exhibición parciales, deberá indicarse que la parte omitida no altera ni modifica el sentido de la reproducción.

Los testimonios y las copias simples valdrán exclusivamente para el objeto y destino que se expidieron.

Según el artículo 114, en estos documentos podrá emplearse cualquier soporte material y medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble en el tiempo, conforme con las reglamentaciones que al efecto estableciere el Colegio de Escribanos.

1. El notario salvará las correcciones en la forma que establece el artículo 61 de esta ley.

2. Una vez autorizado el traslado, si hubiere alguna discordancia con el original o con el de su referencia, ella se subsanará mediante certificación puesta por el notario a continuación de su firma, con una llamada de advertencia marginal en la página en que existiere el error (artículo 115).

3. El notario deberá dar a los interesados que lo pidieren, aunque integren una misma parte, copias y testimonios de los documentos originales que hubiere autorizado y de los documentos anexos.

26. Copias. Ley 9020, provincia de Buenos Aires

Según el artículo 166 y siguientes, las copias a que se refiere el artículo 1006 CC podrán comprender los documentos agregados y notas complementarias.

1. Son primeras copias las que se expiden para las partes interesadas en las escrituras o el acta, sea cual fuere su número.

2. Son segundas o ulteriores copias las que luego de la primera se expiden para la misma parte.

Las copias llevarán cláusulas que identifiquen: la matriz, con indicación del folio, nombre del notario autorizante, en qué carácter actúa o actuó, número de registro, aseveren la fidelidad en la transcripción, mencionen si se trata de primera copia o ulterior, para qué se da y expresen el lugar y fecha de expedición.

Conforme al artículo 168, las copias que consten de más de una hoja, que preceden a la última, llevarán numeración y media firma y sello del notario y en la cláusula final se hará constar la cantidad y sus características.

Es notario competente para expedir copias respecto de los documentos correspondientes a cada registro cualquiera de los que actúen en él

Según el decreto reglamentario, la expedición de las copias se realiza en papel de actuación notarial que provee el Colegio. Puede ser en fotocopia facsimilar

con la atestación en foja de actuación notarial y certificarse con firma y sello del notario en el último folio y en cada foja.

Copias simples

Al solo efecto informativo podrán entregarse copias simples a los interesados que lo soliciten. No llevarán atestación final y sí sólo la firma del notario al pie.

Además, en la parte superior de cada una de sus hojas, se estampará por cualquier medio gráfico y en caracteres destacados la leyenda "copia simple".

Según el decreto reglamentario podrán expedirse por cualquier procedimiento gráfico. Carecerán de los efectos previstos en el artículo 1010 CC y no podrán sustituir a las copias a las que se refieren los artículos 1006, 1007 y 1011 CC.

Capítulo 6: Representación

1. Teoría de la representación

La evolución de la teoría de la representación ha ido diferenciando la representación del mandato, que se confundían hasta en los ordenamientos que siguieron al Código de Napoleón.

Nuestro Código Civil conserva esta orientación, sin haberse plasmado en él una teoría general que abarque toda clase de actos jurídicos, por lo que hay que acudir al contrato de mandato para extraer de allí los principios correspondientes¹.

Es posible distinguir la existencia de la representación sin mandato (el ejemplo de los representantes legales) y mandato sin representación (por ejemplo, el mandato oculto).

2. Representación, mandato, poder

La representación es el efecto de un acto otorgado en nombre y por cuenta de otro bajo determinadas circunstancias.

El mandato es un negocio de gestión, por el que una persona por cuenta de otra celebra determinados actos previamente consentidos por el mandante,

¹ Belluscio, A. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado y anotado*, t. 4, Buenos Aires, ed. Astrea, 1982, art. 944, p. 275.

pudiendo hacerlo en su propio nombre o en el del *dominus negotii*. Mandato es el contrato expreso o tácito entre mandante y mandatario.

El artículo 1869 CC dice:

“El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza”.

El poder de representación es una declaración unilateral por la cual se autoriza un acto recabando anticipadamente para sí las consecuencias que hayan de derivarse de ello. Es un acto por el cual se inviste a una persona de la facultad de representación.

En el lenguaje cotidiano llamamos poder al instrumento donde consta la facultad expresa de actuar en nombre y por cuenta de otra persona.

3. Clases de representación

Debemos distinguir la representación voluntaria y la legal: voluntaria, por libre elección y voluntad de los representados en virtud del poder que se le ha conferido, y legal o necesaria por estar impuesta por la ley a los incapaces, en los preceptos referidos a la patria potestad, la tutela, la curatela, el albaceazgo (artículos 3844, 3845, 3851 y 3856 CC); etcétera.

3.1. Representación legal

En la representación legal, tratándose de patria potestad, tutores, curadores (artículo 152 bis CC), debemos distinguir la acreditación de la representación y la documentación habilitantes para el acto; así, las partidas o actas judiciales y los testimonios que contienen la autorización judicial para el acto conforme la exigencia legal.

3.2. Representaciones de derecho público

En los casos de una autoridad pública no es necesario acreditar la representación, porque es de pública notoriedad el cargo que ocupa, debiendo individualizarse los datos personales. En determinados supuestos es conveniente hacer constar las resoluciones administrativas que no son publicadas y por ello no son conocidas.

Si se trata de una autoridad de la Iglesia Católica, reconocida como persona jurídica de derecho público, no es necesario acreditar personería dado que surge del decreto la designación de obispos y arzobispos. En las demás congregaciones, en cambio, el notario deberá examinar la documentación habilitante y su legitimación para intervenir.

3.3. Representación orgánica

3.3.1. Sociedades civiles

En las sociedades civiles, sus representantes orgánicos surgirán de la escritura pública de su constitución y de eventuales reformas posteriores.

1. Las facultades del administrador se determinan por el objeto de la sociedad y el fin para el que ha sido constituida (artículo 1691 CC).

2. Si la administración es plural, puede actuar cualquier administrador, a menos que se hubiese pactado que fuera conjunta (artículos 1692 y 1693 CC).

3. Para los actos que excedan lo que se entiende como negocios ordinarios, y que son los enumerados en el artículo 1881 CC, son necesarios poderes especiales que deben surgir del contrato social o de instrumentos posteriores, en este caso otorgados por mayoría de socios (artículos 1694, 1695 y 1697, CC).

4. Los actos prohibidos en el contrato social sólo se pueden realizar por decisión unánime de los socios (artículo 1698 CC).

3.3.2. Las asociaciones con personería jurídica y simples asociaciones civiles y religiosas

La actuación de los representantes se determina en el estatuto, aplicándose supletoriamente las disposiciones del Código Civil para las simples asociaciones y las sociedades civiles.

Si se trata de actos importantes, como puede ser la disposición de inmuebles, la decisión se tomará en una asamblea.

La representación generalmente está a cargo de un presidente y un secretario que actúan en forma conjunta.

Respecto de las asociaciones podemos encontrarnos frente a dos tipos formales:

1. Con personería jurídica, es decir, aquellas asociaciones sin fines de lucro (clubes, entidades civiles, religiosas, gremiales, fundaciones, etc.);
2. Sin personería jurídica (o simples asociaciones), es decir, aquellas que el artículo 46 CC considera sujeto de derecho, siempre que su constitución y designación de autoridades se acrediten por escritura pública, por instrumento privado de autenticación certificado por escribano público.

3.3.3. Representación y documentos habilitantes en las sociedades comerciales²

El escribano debe verificar la apariencia externa de la documentación societaria. No tiene que comprobar la autenticidad interna de la documentación que se le presenta. Excepto si el defecto es detectable con un actuar diligente, por ejemplo si en el libro de actas de directorio o de asambleas faltan firmas; pero de ninguna manera tendrá que controlar si las firmas asentadas son las reales: ello escapa a su posibilidad y a cualquier control de legalidad que deba efectuar.

En todos los casos se relacionan representante y objeto. La ley determina que el objeto social enmarca o limita la legitimación del representante para obligar a la sociedad. La actividad del representante debe ser naturalmente encaminada a la realización del objeto social³.

3.3.3.1. Sociedades colectivas

La ley de sociedades en las sociedades colectivas sólo habla de administrador, y ante el silencio del estatuto el ejercicio de la representación corresponde a cualquier socio, pudiendo el contrato indicar uno o varios administradores.

² Solari Costa, O., Documentos habilitantes en las escrituras públicas Academia Nacional del Notariado, Seminario Laureano Moreira.

³ Etchegaray, N., *op. cit.*, p. 149.

3.3.3.2. Sociedad en comandita simple

La administración y representación corresponde a los socios comanditados o terceros que se designen.

3.3.3.3. Sociedad de capital e industria

Cualquiera de los socios puede intervenir, pero se debe constatar que surge del contrato.

3.3.3.4. Sociedades de responsabilidad limitada

La administración y representación se puede adjudicar a uno o más gerentes, socios o no. Si es plural, las firmas podrán ser indistintas o conjuntas.

Podrá también haber gerencia colegiada cuyo funcionamiento es como el del directorio de la sociedad anónima.

3.3.3.5. Sociedades en comandita por acciones

La administración corresponde al socio comanditado o a un tercero.

3.3.3.6. Sociedad anónima

Tal como establece la Ley de sociedades (artículo 268), la representación de la sociedad anónima corresponde al presidente del directorio, aun cuando el estatuto puede autorizar que actúen en la representación uno o más directores.

1. Para justificar la intervención del presidente, la sociedad debe presentar al escribano actuante el estatuto social con sus reformas; si se presentó el estatuto con su texto adecuado a la ley 19.550, se podrá prescindir de la documentación estatutaria anterior.

2. Se puede prescindir de las modificaciones estatutarias que por su contenido no hagan al acto notarial.

3. El escribano no está obligado a cerciorar en el Registro de Comercio si la documentación que le entregan está completa o si hay omisiones. Deberá sí poner la mayor diligencia en solicitar la documentación, y en analizar si no falta algún elemento que esté relacionado con otro documento que le hayan presentado.

4. Se le deberá presentar también el acta de asamblea de elección de autoridades, y el acta de directorio de distribución de cargos. Obviamente esta última no será necesaria si la asamblea que eligió a los directores les asignó en ese mismo acto los respectivos cargos —presidente, vicepresidente, director titular, etc.—.

5. El escribano no tiene que verificar si la asamblea que eligió a las autoridades, o que decidió la contratación para la que se requieren los servicios notariales, fue convocada y deliberó y resolvió en legal forma; lo mismo vale para las reuniones y decisiones del directorio. Escapa también a su ámbito de control de legalidad —por imposibilidad fáctica— verificar la autenticidad de las firmas en los respectivos libros (de asistencia, de asambleas, de directorio). El representante que entrega la documentación al escribano carga con las responsabilidades si hubiera alguna falsedad documental. El tercero contratante de buena fe queda protegido si resulta que por omisión de documentación el acto adolece de algún defecto.

Es discutida en doctrina la necesidad de presentación del acta de directorio que resuelve la contratación o el negocio a realizar. En base principalmente a la esencia de la teoría organicista, a lo dispuesto por el artículo 58 LS, y a la teoría de la apariencia, se ha expresado la innecesidad de la presentación del acta.

Sin embargo, estimamos que es conveniente solicitarla, pues el sistema societario en conjunto establece que la deliberación corresponde al directorio como órgano colectivo y en el acta surge la constancia de la decisión del órgano correspondiente.

Para el caso de que el representante manifieste imposibilidad de actuar, con expresión concreta del motivo —lo que quedará asentado en la escritura o en documento separado— considero que dicha declaración, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, será suficiente para cubrir la buena fe.

Si el negocio jurídico es un acto de disposición que altera sustancialmente el patrimonio de la sociedad —por ejemplo, venta de la sede social o del inmueble donde está instalada la empresa, o del único o principal fondo de comercio—, será necesaria una resolución del órgano de gobierno, es decir de la asamblea, por tratarse de un acto que altera sustancialmente la vida de la sociedad, y que por lo tanto escapa al ámbito de actuación del directorio, lo que obviamente dependerá de las circunstancias del caso.

En supuesto de duda, es aconsejable solicitar el acta de decisión de la asamblea; y si el directorio expresara que ello es innecesario o que hay imposibilidad de convocarla, solicitarle declaración jurada en ese sentido.

Si el estatuto previere la aprobación del acto por parte del consejo de vigilancia (artículo 281, inc. c, LS), se deberá relacionar y agregar la respectiva acta de ese órgano, o la decisión asamblearia posterior si el consejo se negó a aprobar la contratación.

3.3.4. Pautas vinculadas a la personería societaria

El contrato o estatuto social, adecuado a la ley 19.550, es suficiente documento para justificar la existencia de la sociedad. Significa esta afirmación que se puede prescindir de la documentación social —acto fundacional, posteriores reformas— que sean anteriores a la “adecuación”. Lo importante es contar con la documentación más actualizada, de donde resulte el texto exigente del estatuto o contrato social.

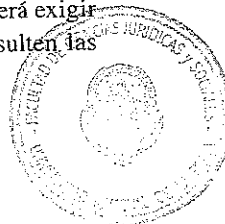
Es válida la presentación de “texto ordenado” que contenga una recopilación del estatuto, siempre que de él resulte: a) la afirmación de que es el texto vigente, y b) las constancias de inscripción; aun cuando dicho folleto o documento equivalente no se encuentre “planchado” por el Registro de Comercio.

La falta de libros rubricados no impide la celebración de las sesiones de los órganos sociales. La reunión del directorio o de una asamblea es válida aunque por cualquier motivo no se pudiera volcar lo acontecido en el respectivo libro.

El acta de directorio o de asamblea es un instrumento privado formal, no solemne: no se trata de un instrumento público, no sólo por no corresponder a la enumeración que de éstos da la legislación común (artículo 979), sino también y principalmente porque no ha sido otorgado por un oficial público.

La reunión podría ser redactada fuera del libro de actas, con firma de todos los accionistas y plena validez entre ellos, pero con inoponibilidad a terceros, mientras no se vuelque en el respectivo libro. Al ser el acta de asamblea —o de otro órgano social— un documento no solemne, su omisión, pérdida, deterioro, etc., obligará a que se la redacte aun con posterioridad al plazo legal de cinco días.

El escribano ante quien se argumente la inexistencia del libro de actas, deberá indagar los motivos de la falta; excepcionalmente, siempre que encuentre elementos de juicio que a su criterio justifiquen la falta del libro, deberá exigir una declaración jurada de los representantes sociales de donde resulten las causas apuntadas.



3.3.5. Intervención notarial en asambleas societarias

Si el notario es requerido para comprobar el desarrollo de una asamblea o reunión de socios, deberá limitarse a atestar los hechos que allí ocurran. Se trata de un acta de comprobación como cualquier otra, con todos los requisitos, limitaciones y facultades que les corresponden a los escribanos en este tipo de actuaciones.

3.3.6. Sociedades irregulares y de hecho

De acuerdo con el criterio generalmente aceptado por la doctrina, se califica como sociedad irregular a la que, estando instrumentada, se halla afectada por cualquier vicio de forma en su constitución, en tanto que la sociedad de hecho es la que funciona como tal sin haber sido instrumentada.

La doctrina ha establecido también la intrascendencia de esta distinción, que es irrelevante desde el punto de vista práctico puesto que tanto el derogado sistema del Código de Comercio como la ley regulan ambas clases de sociedades bajo un único régimen.

A partir de ello, el reconocimiento de la personalidad de las sociedades permite que puedan estar en juicio representadas por sus socios (artículo 24), debiendo éstos actuar en esa calidad, por derecho propio, con detalle de todos los integrantes de esa sociedad.

En este tipo de sociedades la representación está en manos de cualquiera de los socios cuando se trata de actos de administración. Si el negocio es de disposición, es necesaria la conformidad de todos los integrantes.

En el caso de las sociedades en formación y para la disposición de los bienes registrales que adquieran, se exige la voluntad de la sociedad exteriorizada por decisión conjunta de todos los socios⁴.

3.3.7. Acto otorgado por el representante de una Sociedad, documentos habilitantes; compulsas; responsabilidad hacia terceros y clientes.

Dado que el escribano interviniente en la compraventa cuestionada omitió verificar la realidad y extensión de las facultades de quien dijo ser representante

⁴ Véase Benseños, N., "Técnica aplicable para subsanar irregularidades en escrituras y actos societarios", *RN* 920, 1995, p. 231.

de la sociedad vendedora mediante la debida compulsas de los antecedentes instrumentales, y certificó la calidad de presidente de dicho ente invocada por un impostor, cabe concluir que ha incurrido en una conducta profesional culpable, que guarda evidente nexo causal con el daño sufrido por los reconvientes mutuantes, víctimas de otra maniobra dolosa —que derivó en la constitución de una hipoteca sobre los mismos inmuebles— y compromete su responsabilidad civil. Y siendo en este caso la fuente del deber jurídico de carácter extracontractual, el notario está obligado a reparar el perjuicio sufrido por postereros damnificados por simple aplicación del artículo 1109 del CC. Habida cuenta de que si el escribano al cual los reconvientes otorgantes de un mutuo con garantía hipotecaria le habían encomendado realizar el estudio de los títulos y antecedentes de los bienes sobre los cuales se iba a constituir el gravamen, actuó en forma negligente tanto en el examen de los instrumentos anejados, como en la verificación de la documentación habilitante que le fuera presentada, dolosamente, por quien actuó en representación de la sociedad avalista, cabe concluir que su inexcusable proceder tiene necesaria relación de causalidad con el daño ocasionado a los primeros, pues de haber obrado con la diligencia inherente a la función notarial, es claro que la escritura de hipoteca no se hubiera celebrado. En consecuencia, dado que la vinculación del escribano y sus clientes es contractual, el reconvenido debe ser responsabilizado patrimonialmente con arreglo a lo dispuesto por el artículo 520 del CC. El notario titular responde por los actos protocolares del adscripto de modo reflejo y el fundamento de su deber es objetivo y reposa en la noción de garantía. De tal manera, debe interpretarse que cuando el artículo 23 de la ley 12.990 establece que "el titular responderá por los actos de sus adscriptos en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado", debe interpretarse que las pautas de conducta referidas al titular se conectan con el recaudo de la dependencia funcional del adscripto. Tratándose de una acción por nulidad de acto jurídico celebrado en un instrumento público, y considerando tanto la actuación culposa que le cupo el escribano adscripto cuanto la responsabilidad refleja del titular de la matrícula, cabe imponer a ambos notarios las costas de la acción promovida a su respecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 68, primer párrafo del Código Procesal⁵.

⁵ CNCom, Sala E, agosto 4-2005.- "C.V. S.A. c. G. V., A.H. y otro s/ordinario.- C.V. S.A. s/tercería en autos: F., A.R. c. R.R., R.E. J. s/ ejecución hipotecaria".

3.4. Representación voluntaria

Cuando se trata de representación voluntaria, la capacidad de obrar con facultades suficientes debe constar en la documentación habilitante.

Para el notario, es necesario tener a la vista la documentación en primera copia o la que corresponda. Si fuera necesario devolver los documentos por tratarse de poderes generales o de testimonios que se necesitan para otro trámite, se agregará copia autenticada al protocolo. Si es copia autenticada por otro notario o funcionario, deberá presentarse el original al notario interviniente. Tratándose de poder o autorización especial para el acto se anexará el original.

Puede suceder que el compareciente ya hubiere intervenido en el carácter invocado, o que el poder se hubiere otorgado en el registro; en esos casos se deberá dejar constancia y remitir al antecedente, pues fue otorgado, anexado, transcrito o incorporado al protocolo. Pero no tener la obligación de anexar al protocolo la documentación habilitante utilizada con anterioridad, no libera al notario de tenerla a la vista cuando se trate de poderes o representaciones societarias.

La falta de anexión al protocolo de la documentación habilitante no ocasiona la nulidad de la escritura y su falta podrá ser subsanada con la agregación posterior o ser justificada en forma fehaciente cuando sea observado.

Si es nulo el poder hay nulidad del acto.

3.4.1. Mandatos generales y especiales

El artículo 1879 CC expresa que el mandato es general o especial. Este último es para uno o ciertos negocios determinados.

El artículo 1880 CC expresa que el mandato concebido en términos generales no comprende más que actos de administración, aunque el mandante declare que no se reserva ningún poder.

3.4.2. Poderes especiales

El artículo 1881 CC relaciona en sus diecisiete incisos los actos para los cuales son necesarios poderes especiales.

En los artículos 1881 al 1888 CC inclusive, se establecen los límites al mandato cuya regla general se consigna en el artículo 1884 CC al establecer que el

poder especial para ciertos actos de una naturaleza determinada debe limitarse a los actos para los cuales ha sido dado, y no puede extenderse a otros actos análogos aunque éstos pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el mandante ha encargado hacer.

Es imprescindible recordar las limitaciones que contienen los artículos:

1. 1881: El poder especial para transar, no comprende el poder para comprometer en árbitro.

2. 1883: El poder especial para vender, no comprende el poder para hipotecar, ni recibir el precio de la venta, cuando se hubiere dado plazo para el pago, ni el poder de hipotecar el poder de vender.

3. 1885: El poder para hipotecar bienes inmuebles no autoriza a hacerlo por deudas anteriores al mandato.

4. 1886: El poder para contraer una obligación comprende el de cumplirla sólo si el mandante le hubiera entregado al mandatario la cosa o el dinero que se debe dar en pago.

5. 1887: El poder para vender bienes de una herencia no comprende el poder para cederla antes de haberla recibido.

6. 1888: El poder para cobrar deudas no comprende el de demandar a los deudores, ni decidir una cosa por otra, ni hacer novaciones, remisiones o quitas.

3.4.3. De la capacidad para el mandato

El artículo 1894 CC reza que el mandato para actos de administración debe ser conferido por personas que tengan la administración de sus bienes.

Y el artículo 1897 CC dispone que el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse y el mandante está obligado por la ejecución del mandato.

3.4.4. Actuación de varios mandatarios

El artículo 1899 CC dispone que cuando en un poder se designa a dos o más mandatarios, se entiende que ha sido para que el nombramiento sea aceptado por uno solo de los nombrados, excepto que se establezca que es para actuar conjuntamente o en forma indistinta cualquiera de ellos.

Por el artículo 1900, cuando el mandato ha sido conferido para actuar en forma conjunta, no podrá ser aceptado separadamente.

Cuando han sido nombrados para actuar uno en falta de otro, de acuerdo con el artículo 1901 no podrá aceptar el segundo si no falta el primero, y así sucesivamente. Y se entiende hecho de esta manera, dice el artículo 1902, cuando el mandante hubiese hecho los nombramientos en orden numérico.

3.4.5. Limitaciones al mandatario

De acuerdo con el artículo 1918 CC no podrá comprar ni por sí ni por interpuesta persona las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender de lo suyo al mandante, si no es con autorización expresa.

Y por el artículo 1919 CC, si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente, pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante.

3.4.6. Sustitución

El mandatario puede sustituir, de acuerdo con el artículo 1924 CC, en toda la ejecución del mandato, pero responde de la persona que ha sustituido, cuando no ha recibido el poder de hacerlo.

De acuerdo al artículo 1925 CC, la sustitución puede ser revocada cuando el mandatario lo juzgue conveniente.

Si el mandato ha cesado, su sustitución no le otorga nueva vida, salvo casos excepcionales especiales que contempla el Código Civil.

3.4.7. Cesación del mandato

La regla general figura en el artículo 1960 CC, por el cual cesa el mandato por expiración del término para el que fue conferido o por cumplimiento del negocio.

El artículo 1963 CC dispone que el mandato se termine:

1. Por revocación del mandante;
2. Por renuncia del mandatario;
3. Por fallecimiento del mandante o del mandatario, y
4. Por incapacidad sobreviviente al mandante o mandatario.

El artículo 1964 CC dispone que con relación al mandatario y los terceros, es necesario que hayan sabido o podido saber la cesación del mandato.

Según el artículo 1971 CC, el nombramiento de nuevo mandatario surte efecto, según el artículo 1973, aun cuando el nombrado en segundo término no pudiese aceptarlo por fallecimiento o incapacidad o por su voluntad, aunque fuese nulo el instrumento por el cual se constituyó.

El artículo 1972 CC declara que la intervención del mandante en el negocio produce la revocación del mandato si aquél no manifiesta expresamente que no es su intención revocarlo.

El artículo 1975 CC establece que cuando el mandato es general, la procuración especial dada a otro mandatario deroga en lo concerniente a esta especialidad; la procuración general posterior, en cambio, de acuerdo al artículo 1976 no deroga la procuración especial, salvo cuando comprendiese en la generalidad, el negocio encargado en la procuración anterior.

La notificación de la revocatoria de un poder tiene por finalidad hacerla conocer al apoderado y requerirle la devolución del respectivo instrumento público.

La notificación es una carga del revocante. Éste puede encomendarla al notario interviniente, quien en desconocimiento del domicilio del apoderado aconsejará al requirente que ocurra al juez competente⁶.

3.4.8. Mandato *post mortem*

La muerte del mandante o poderdante es un hecho jurídico que produce —salvo excepciones— la extinción del mandato y del poder⁷.

De acuerdo con los artículos 1980 y 1982 CC, la muerte del mandante no pone fin al mandato cuando el negocio que forma el objeto del mandato debe ser cumplido o continuado después de la muerte. Y debe ser continuado cuando, comenzado, hubiese peligro de demorarlo. Y también después de la muerte cuando ha sido dado en interés del mandante y del mandatario o en el interés de un tercero.

Pero el mandato destinado a ser ejecutado después de la muerte del mandante —artículo 1983 CC— será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad.

La subsistencia *post mortem* del mandato y del poder nada tiene que ver con el poder irrevocable. Hay mandatos y poderes que subsisten después de la muerte si reúnen los requisitos del artículo 1982 CC.

⁶ Consulta CEPBA, RN 871-1703.

⁷ Véase Llorens, L., "Irrevocabilidad y eficacia *post mortem*: dos conceptos diferentes", DJ 3/6/92, Nota a fallo CI CC, Bahía Blanca, Sala I, 4/4/991.

3.4.9. Poder irrevocable

El artículo 1977 CC legisla respecto de los poderes irrevocables, que lo serán cuando sean para negocios especiales, limitados en el tiempo, y en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero. Pero mediando justa causa pueden revocarse.

Es necesario interés legítimo de los contratantes, negocio base, limitación en el tiempo.

Una parte de la doctrina sostiene que la figura del poder irrevocable configura una categoría jurídica autónoma; la representación irrevocable es distinta de la figura del contrato de mandato y del poder de representación.

Las referencias del artículo 1977 al plazo limitado y la justa causa de revocación para esta corriente doctrinaria pudieron haberse omitido ya que éstas están implícitas en todo negocio jurídico por aplicación de los principios generales del derecho.

Negocio base

El poder irrevocable es siempre especial puesto que necesariamente supone un negocio especial que le sirve de base.

Para que el mandato pueda ser irrevocable, no basta un interés cualquiera; es necesario que el interés asuma una jerarquía tal que autorice a apartarse del principio de la revocabilidad del mandato; es necesario que la ejecución de éste no sea más que un medio de cumplimiento de otra obligación o contrato⁸.

Los requisitos del artículo 1977 CC no funcionan en forma autónoma, sino interrelacionados y en forma inescindible.

La jurisprudencia expresó en un fallo interesante:

“Si la mandante no encargó al mandatario designado el otorgamiento de la promesa de compraventa, sino la compraventa en sí, esto es, la realización del contrato que por imposición legal debe ser realizado por escritura pública (artículo 1184, inc.1, CC) y su cumplimiento mediante la tradición del inmueble, dando por supuesta la existencia de contrato de promesa y aun el pago del precio pactado, es exacto que no enajenó el departamento en vida, pero no lo es menos que del poder irrevocable otorgado resulta con suficiente claridad el reconocimiento de la preexistente obligación de llevar a escritura pública el contrato. No puede soste-

⁸ CNCiv, Sala E, ED 44-563.

nerse, pues, que no ha habido consentimiento contractual por no haberlo prestado el mandatario, ni que la falta de citación a juicio de éste autorice a afirmar que la compraventa no se ha perfeccionado como contrato bilateral.

El consentimiento contractual se integra con la oferta de una parte y la aceptación de la otra (artículo 1144 CC) y en el caso su preexistencia a la extensión del poder resulta, inequívocamente de la manifestación de la promitente de venta de haber recibido ya el precio y de la actitud asumida por la promitente de compra.

Por otra parte, si la compraventa no se perfeccionó ‘como contrato bilateral’, es precisamente porque la escritura pública no llegó a otorgarse; en cambio, resulta perfeccionado el acto jurídico bilateral, o más precisamente aún, contrato de promesa de compraventa que crea la obligación de escritura⁹.

Si en el poder que da base a la demanda, la poderdante efectuó un expreso reconocimiento de haber cobrado el precio pactado, tal manifestación hace plena fe con el alcance del artículo 994 del CC y vincula a los sucesores universales de la reconociente, como lo son los demandados (artículo 1195, CC).

Si la causante, al otorgar el poder facultó al mandatario a hacer tradición del inmueble y a otorgar la escritura pública y reconoció haber recibido con anterioridad el precio pactado, no hay duda acerca de que de ese reconocimiento deriva la reunión de los elementos esenciales de la compraventa –consentimiento, cosa vendida y precio cierto en dinero–, igualmente exigibles para que haya promesa bilateral de compraventa válida, pues todos ellos resultan de ese reconocimiento y de los datos incluidos en la escritura pública que identifican la cosa. Al estar acreditada la promesa, no media obstáculo para que se demande la escrituración. La existencia de un boleto de compraventa no es un requisito esencial para que se configure tal promesa, si ésta se acredita por medios idóneos¹⁰.

Plazo

Para quienes entienden que es una figura autónoma, al cumplirse el plazo fijado termina la representación, y la posibilidad de que pueda ser utilizado como poder común será posible si ello surge en forma expresa de su redacción.

⁹ Véase nota de Mario A. Piantoni, en p. 445, LL, T. 1977-C.

¹⁰ CNCiv, Sala C, marzo 16-977, “Ugarte de Obadía, Emilia c. Ugarte de D’Abbisogno, Eugenia O.”, LL, t. 1977-C.

Otra parte de la doctrina entiende que el instituto está dentro de la figura del contrato de mandato y en consecuencia le son aplicables las normas de aquél, y que vencido el plazo de irrevocabilidad, el poder sirve como un poder común, sin que deba constar expresa mención de ello¹¹.

De la relación existente entre poder y plazos, Nuta dice:

a) si no explicita tiempo o plazo, vale como poder común siguiendo las reglas del mandato;

b) si el plazo fuera determinable pero no tuviere límite máximo, juega el mismo argumento anterior: vale como poder común, y por lo tanto puede ser revocado en cualquier momento;

c) si tuviera plazo determinado y éste se encontrara vencido, debe ser interpretado igual que el inc. a), como si no tuviera tiempo.

Cesión del contrato base

Para un apoderado irrevocable instituido, sólo es posible indicar a una tercera persona destinataria cuando se cede el negocio base y consta en la cláusula quien éste indique.

Compra en comisión

Si el negocio base se estipuló en comisión, debe advertirse a los comitentes que asumen la relación comercial desde la fecha original del negocio sobre las implicancias patrimoniales e impositivas que correspondan. Si el adquirente definitivo no reconoce ser comitente deberá justificar su derecho mediante cesión o demostrar que es sucesor universal.

El comprador que es a su vez apoderado irrevocable puede actuar en su doble carácter en la escritura de compra o negocio base, aun cuando no conste en forma expresa conformidad en el poder.

Copia de la escritura

La copia de escritura de representación irrevocable debe expedirse para el apoderado, y ésta es la persona legitimada para solicitar segundo testimonio¹².

¹¹ Nuta, A., *Derecho Notarial*, Buenos Aires, ed. Ad hoc, 1999, p. 337.

¹² Etchegaray, *op. cit.*, p. 145.

La irrevocabilidad puede ser absoluta o relativa, por naturaleza o pactada, y ésta última manifiesta u oculta. Según se trate de una u otra serán las consecuencias jurídicas que esta irrevocabilidad produzca¹³.

Justa causa de revocación

La irrevocabilidad surgida impide que el poderdante pueda revocar el poder por su sola voluntad, debiendo obtener esa medida exclusivamente por vía judicial.

En definitiva, las cuestiones relativas a la validez y eficacia del poder, a establecer si ha sido o no revocado, y a si media justa causa en los términos del artículo 1977 CC, son cuestiones que han tornado a ser litigiosas y escapan, por ello, a la competencia notarial.

Si en un poder irrevocable dado por cónyuges media revocación de uno de ellos, la voluntad del otro es insuficiente para solucionar el problema y el notario que otorgase la escritura en función de dicho poder asumiría el riesgo de su nulidad y las consecuencias inherentes a la misma. Al producirse una desinteligencia entre los sujetos, si ésta no es superada por ellos mismos, la cuestión deberá ser examinada por el juez competente¹⁴.

Fallecimiento del cónyuge del poderdante

Para otorgar una escritura de venta es insuficiente un poder irrevocable en el que el cónyuge del titular de dominio poderdante prestó su asentimiento falleciendo ulteriormente, si de sus términos no surge con claridad que ha sido conferido para un negocio especial o la existencia de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero.

3.4.10. Poder para donar inmuebles

El artículo 1807 dice: "No pueden hacer donaciones: [...] inciso 6: los mandatarios, sin poder especial para el caso, con designación de los bienes determinados que puedan donar".

¹³ Llorens, L., "Irrevocabilidad y eficacia *post mortem*: dos conceptos diferentes", *DJ* 3/6/92.

¹⁴ Consulta CEPBA, *RN* 841-1528.

Borda sostiene que para hacer donaciones se requieren poderes especiales en los que deben designarse los bienes que se desea donar y agrega que: “[...] no hay inconveniente en delegar en el mandatario la elección de la cosa donada, entre varias indicadas en el mandato; si se trata de una cosa genérica, es indispensable que el donante fije la cantidad hasta cuyo límite entiende donar [...]”. Entiende que puede dejarse librada al mandatario la elección del beneficiario de la donación y que:

“Sería nulo el acto si la indeterminación fuera total, porque el *animus donandi* no es transferible. Pero no hay inconveniente en que el mandatario pueda elegir entre varias personas designadas por el donante (Juan, Pedro o Diego) o entre personas de una determinada condición (pobres de solemnidad, instituciones de beneficencia), siempre que la categoría de las personas en que se deba elegir no sea tan amplia que deje prácticamente al mandatario un arbitrio indeterminado, como ocurriría si se le diese un poder para hacer la donación a un hombre, a un argentino, etc. También es lícito dar poder para hacer una donación al mejor estudiante, al mejor libro que se publique sobre tal tema, aunque la determinación de los méritos se deje librada al criterio del mandatario [...]”¹⁵.

López de Zavallía¹⁶ sostiene que:

“[...] los apoderados voluntarios no pueden hacer donaciones sin un poder especial ‘con designación de los bienes determinados que puedan donar’ (artículo 1807, inc. 6) [...]”.

Spota¹⁷ dice, con relación al poder para donar:

“[...] que no se trata de un poder especial genérico [...], de un poder especial conferido en abstracto, sino de un poder especial específico [...] de un poder especial

¹⁵ Borda, G., *Tratado de derecho civil argentino*, t. II, *Contratos*, Buenos Aires, Perrot, 1969, p. 344.

¹⁶ López de Zavallía, F., *Teoría de los contratos*, t. II, Buenos Aires, ed. Zavallía, p. 412.

¹⁷ Spota, A., *Instituciones de derecho civil*, t. VIII, *Contratos*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1983, p. 60.

conferido nominalmente, o sea estableciéndose el objeto del acto o del contrato o de la persona con quien el mandante debe contratar [...]”. Agrega: “[...] en cuanto a los mandatarios impone un acto de apoderamiento especial y específico, como que se determine el bien a donar, corrigiéndose así lo determinado genéricamente en el artículo 1881, inc. 8 [...]; lo dispuesto en el artículo 1881, inc. 8, debería haber expresado la determinación de los bienes a donar, ya que dicha determinación se encuentra en forma explícita en el capítulo de las donaciones”.

En igual sentido, Salvat:

“La ley ha querido significar que para los actos que ella enumera se requiere que el mandatario haya sido expresamente autorizado, es decir, se requieren facultades o poderes expresos para realizarlos; pero estas facultades o poderes pueden estar acordados, sin dificultad alguna, dentro de un poder concebido en términos generales”¹⁸.

De la lectura de los artículos y de las interpretaciones doctrinarias surge la necesidad de un poder especial para hacer donaciones con determinación de la cosa a donar.

Por la importancia del contrato de donación, definido éste por el juego de los artículos 1789 y 1792 del Código Civil, el contrato de donación es un acto jurídico entre vivos, en el que se transfiere la propiedad de una cosa, a título gratuito —*animus donando*—. Es decir, hay un desprendimiento de una cosa por parte de alguien a favor de otra persona y de esto surge la importancia de este contrato. Admitir un poder general para donar genera una inseguridad jurídica.

El Codificador, a través de la norma del artículo 1881, inc. 8, y su clara especificación en el artículo 1807, inc. 6 —en donación—, protege el contrato, exigiendo un poder específico, con la cosa determinada a donar.

Cuando se trate de poderes para donar, corresponde atenerse a lo prescripto por los artículos 1881, inc. 8 y su concordante 1807, inc. 6, CC, y deberá determinarse el bien a donar.

La jurisprudencia dijo en un caso aislado:

¹⁸ Salvat, R., *Tratado de Derecho Civil argentino*, 2° ed., t. III, *Obligaciones*, ed. Tip. Editora Argentina, 1954, p. 27.

"Todo mandato que reúna los requisitos del artículo 1977 CC deviene irrevocable por su propia naturaleza, salvo justa causa. Desde antes de la reforma introducida por la ley 17.711 al artículo 1977 del CC se ha admitido que la irrevocabilidad del poder puede pactarse por las partes, aun en ausencia de los requisitos ahora expresamente previstos. Si ante la imposibilidad de donar en forma inmediata un inmueble, por una cuestión notarial, el poderdante en conocimiento de una grave dolencia que padecía, otorga poder especial irrevocable para donar a una determinada persona en el plazo de un año a partir de la fecha de otorgamiento, aún después de su muerte, concretada la donación luego de producido el deceso, el mandato se ajusta a las prescripciones y finalidades a las cuales se encaminan los artículos 1977 y 1982 del CC"¹⁹.

Con la doctrina mayoritaria sostenemos que corresponde en este caso instrumentar una oferta de donación y no un poder irrevocable.

3.4.11. Normas de derecho internacional

El artículo 8 de nuestro Código dispone que los contratos hechos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado, pero no tendrán ejecución en la República respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.

Por el artículo 10, los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar estos actos. Pero el artículo 12 dispone que las formas y solemnidades de los contratos, y de todo instrumento público, sean regidas por las leyes del país donde se hubieran otorgado.

El poder dado en el extranjero se rige por las leyes del lugar, presumiéndose que otorgado ante notario o funcionario que lo sustituya, lo ha sido conforme a ellas. La intervención de un notario extranjero presupone que el acto se formalizó de acuerdo a las leyes del lugar. Si fue legalizado se tiene por auténtico.

¹⁹ CCC Bahía Blanca, Sala I, 698DJ/3/6/1992.

3.4.12. Consultas formuladas al Colegio de Escribanos

El poder general de administración y disposición que no exprese claramente la facultad especial de adquirir y enajenar inmuebles, no habilita al mandatario para ejercer dichos actos en nombre y representación del mandante²⁰.

No es necesario especificar los inmuebles en los poderes generales amplios que tienen facultades de disposición. En cambio, es imprescindible que el poder para donar determine el bien raíz que se transmitirá por ese título²¹.

El poder otorgado para donar inmuebles debe ser un poder especial con determinación expresa del o de los inmuebles a donar²². No pueden hacer donaciones los apoderados, sin poder especial para el caso, con designación de los bienes determinados que pretenden donar (artículo 1807 inc. 6 CC). Este principio es corroborado en el título del mandato, al disponer el mismo Código que son necesarios poderes especiales para hacer donaciones que no consistan en pequeñas gratificaciones (artículo 1881 CC)²³.

Si el poder para disponer del inmueble y el título de éste difieren en que en uno el titular comparece con su libreta de enrolamiento y en el otro con su cédula de identidad, no es éste un obstáculo para otorgar la escritura de transmisión en base a aquel poder, desde que la diferencia de un dato debe ceder ante la concordancia de los demás que hacen a la identidad del sujeto²⁴.

3.5. Representación del cónyuge

Para los casos en que se requiere cumplir con el asentimiento conyugal, el cónyuge deberá acreditar la representación con poder o documento habilitante que contenga el asentimiento.

²⁰ Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 5 de junio de 1991. Expte. 3419 - L - 1991.

²¹ Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 8 de mayo de 1991. Expte. 2670 - R - 1991.

²² Dictamen de la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas aprobado por el Consejo Directivo en sesión de 5 de mayo de 1993. Expte. 424 - M - 1993.

²³ CCEPBA, RN 907-520.

²⁴ RN 857-1056.

4. Documentación habilitante

Los documentos habilitantes son aquellos en virtud de los cuales una persona acredita que obra en representación de otra, ya sea por mandato, por disposición de la ley, o por resolución de autoridad competente²⁵.

Para Neri²⁶ la expresión "documento habilitante" comprende tanto los documentos acreditativos de procuraciones propiamente dichas, como los negocios de asistencia, autorización y asentimiento.

La acreditación de la personería invocada obliga a recordar lo que establece el artículo 1003 del Código Civil:

"Si los otorgantes fuesen representados por mandatarios o representantes legales, el notario expresará que se le han presentado los poderes y documentos habilitantes, que anexará a su protocolo. Si fuese menester la devolución de los mismos, o se tratase de poderes generales, hará constar la circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. En caso de que los poderes o documentos se hubieren otorgado en su oficina, o se hallaren protocolizados en su registro, expresará este antecedente, indicando el folio y año respectivo".

Las leyes orgánicas notariales dicen:

1. Cuando los otorgantes actúen en nombre ajeno y en ejercicio de representación, el notario deberá proceder de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y dejar constancia en la escritura de los datos relativos al lugar y la fecha de otorgamiento del documento habilitante, del nombre del funcionario que intervino o folio del protocolo, demarcación y número del registro notarial si el documento constare en escritura, y de cualquier otra mención que permitiere establecer la ubicación del original y los datos registrales, cuando fueren obligatorios.
2. El notario deberá comprobar el alcance de la representación invocada y hacer constar la declaración del representante sobre su vigencia.
3. Las copias de los documentos que se agregan al protocolo en las situaciones indicadas precedentemente llevarán la atestación del notario autorizante o del oficial público competente.

²⁵ Borda, *Parte General*, t. II-1028.

²⁶ Neri, *op. cit.*, v. 3.

5. Jurisprudencia

Falsificación de documentos. Falsedad ideológica. Improcedencia. Falta de verificación fehaciente de las alegaciones de los comparecientes²⁷

"No resulta cierta ni presumible la mala fe del notario a quien se le endilgó una negligencia o ineficacia profesional que en modo alguno invaden el campo penal, al no verificar fehacientemente la documentación aportada por los coprocesados, quienes se presentaron —sin serlo— como presidente y director de una sociedad anónima, provocando que en otra escritura se concretara una operación inmobiliaria anteriormente rechazada por asamblea, pues no es función del escribano verificar cada una de las manifestaciones de las partes, sino nutrirse de los elementos necesarios para el otorgamiento formal del acto y dar fe de lo ocurrido en su presencia, sin quedar comprometido por las falsas alegaciones de los comparecientes que escapen a su contralor funcional".

²⁷ CNCrim, Sala IV (Int.), Navarro, Barbarosch, Valdovinos- (Instr. 28, sec. 142). c. 2647. Rta. 29-3-95. *R. de N.*, 2000.

Capítulo 7: Acta notarial

1. Concepto. Naturaleza jurídica. Requisitos

Antecedentes

Hasta 1862 las actas se documentaban en las actuaciones judiciales en vez de ir a los protocolos. La Pragmática de Alcalá creó el protocolo en forma de libro, en el que debían constar las notas de las escrituras. No obstante ello, los escribanos continuaron librando ciertos testimonios que no se hallaban incorporados a aquel libro, sin que existiese disposición legal que así lo preceptuase.

La doble actuación de los escribanos en los cargos de notario y de actuario produjo una confusión en la forma de exteriorización de este tipo de instrumentos, ya que las actas notariales eran confeccionadas conforme a la fórmula judicial o gubernativa.

Las actas del tabelión en el período justiniano, como los otros *instrumenta publica confecta*, estaban desprovistas de autenticidad.

En los primeros tiempos del notariado español, las actas, en la forma en que hoy se conocen, no existían, ya que era suficiente la palabra de honor para autenticar los hechos que exigían las relaciones jurídicas. Pero la mala fe de algunos llevó a la práctica este tipo de instrumentos; las actas constituyen un caso típico de usos y costumbres que terminaron siendo reconocidos por el legislador y encuadrados por el texto legal.

Con la ley orgánica se determinó la diferencia entre contratos y actas. En el primer reglamento de 1862 se estableció expresamente la facultad del notario para levantar actas, y su deber de coleccionarlas cuando lo considerara

oportuno, formando protocolo independiente. El reglamento de 1874 creó el libro indicador para las actas que no se protocolizaran y exigía el "signo" del notario en las copias.

El reglamento de 1935 incluyó entre las actas no protocolares:

- 1) al acta como manifestación formal y adecuada, y
- 2) los hechos jurídicos que no fueran actos o contratos o que no supusieran prestación de consentimiento.

La reforma española en el ámbito notarial, del 18 de diciembre de 1946, reconoció a las actas como parte integrante del quehacer notarial.

Concepto

Couture¹ dice que acta notarial es aquella autorizada fuera del protocolo por escribano público, en el límite de sus atribuciones y con las formas requeridas por la ley, con el objeto de dar fe de manifestaciones que le fueron formuladas o de hechos ocurridos en su presencia.

Larraud expresa que el acta "es aquel instrumento matriz autorizado por el escribano fuera de su protocolo, para consignar circunstanciadamente y bajo su fe un hecho cualquiera o un acto no constitutivo de otorgamiento, que presencia". Lo que no impide que existan las incorporadas al registro de protocolizaciones y en las que el escribano público narra uno o más hechos que presencia.

Naturaleza jurídica

En el Código Civil hay elementos de caracterización de una y otra clase de documentos notariales, pero no definiciones. Así es que decimos que el acta notarial es un instrumento público que documenta hechos, conforme lo establece el artículo 979 CC.

¹ Couture, E., *El concepto de fe pública: Introducción al estudio del derecho notarial*, Montevideo, Martín Bianchi, 1954. Larraud, F., *Escrituras y actas en la concepción notarial*, Buenos Aires, 1963. Separata *Revista del Notariado*, Instituto Cultural Notarial, junio 1963.

Requisitos

Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas con las siguientes modalidades:

Se documentan en forma protocolar o extraprotocolar, ello depende de la legislación local. La forma protocolar beneficia la expedición de copias. Las leyes locales que exigen que las actas se instrumenten en protocolo dejan a salvo las que son extraprotocolares por disposición legal².

El principio de rogación es esencial como en toda actuación notarial. El escribano no actúa de oficio.

El requirente debe acreditar, a juicio del notario, un interés legítimo. Se debe evaluar un mínimo de relación entre el requirente y el requerido. Se hará constar el requerimiento que motiva la intervención del notario.

En las escrituras-actas es necesario cumplir con los requisitos señalados por el Codificador para las escrituras en el artículo 1001 y ss. del Código Civil; el requirente se debe identificar.

No hace falta acreditar la personería de quien interviene. La manifestación del requirente es suficiente, pero a juicio del notario, según el tipo de acta, se le exigirá que acredite la misma³.

2. Estructura

El acta permite distinguir el requerimiento de la diligencia

Es importante que en el requerimiento se establezca la relación de las circunstancias a constatar.

En las actas protocolares es aconsejable separar la rogación de la diligencia. La diligencia importa traslado del notario al lugar desde donde fue requerido.

La diligencia exige la obligación de identificarse previamente, si bien debemos distinguir la diferencia entre las actas de hechos y las actas que documentan el hecho de lo dicho por el requerido. En el primer caso no hace falta que el notario se identifique.

En las actas no hay unidad de acto ni de contexto.

² Según la Ley Orgánica 9020 de la provincia de Buenos Aires y la Ley 404 de la Ciudad Autónoma, deben instrumentarse con las formalidades de las escrituras públicas.

³ Véase Nuta, A. y otros, "El valor probatorio de las actas notariales", *RdN* 824.

El acta es interna si sólo recoge lo manifestado por las partes en la escribanía, o externa cuando el notario sale de la escribanía cumpliendo la diligencia encomendada.

Es importante el lenguaje y el empleo de los tiempos verbales en el relato documental si es un acta de presencia y comprobación y se redacta posteriormente.

Si se realiza en distintas diligencias se extenderá un acta por cada una a menos que se realicen una a continuación de la otra. Deberá dejarse constancia en el texto escriturario de la fecha y hora en que se desarrollan.

La diligencia podrá ser efectuada en compañía del requirente o no. El escribano evaluará la necesidad de hacerse acompañar por peritos o por el letrado del requirente.

3. Expresión documental

Es fundamental la recepción documental de lo percibido con la mayor objetividad. La documentación del hecho debe ajustarse a lo que haya sucedido.

Es conveniente dentro de lo posible individualizar al requerido porque exhibe un documento o por su descripción física.

Se invita al requerido a firmar dejando constancia documental y se hace lectura de la diligencia. No es importante la firma del requerido. Es conveniente expresar si el documento se realiza en el lugar o se redacta en la notaría con posterioridad a la diligencia.

4. Valor probatorio

La jurisprudencia ha dicho:

“No debe calificarse como instrumentos públicos sólo a aquellos que contienen o documentan actos jurídicos, según lo previsto por el artículo 979 del CC, pues de lo contrario se excluiría de tal clase de instrumentos a las actas notariales que hacen constar un hecho”⁴.

⁴ CNCCom, Sala D, LL 1998-F-32.

No puede cuestionarse el valor de las actas notariales como instrumentos públicos que son, por la sola razón de que no están formados por la parte a quien se oponen, o porque éste no haya intervenido en el acto. La intervención y firma no es indispensable en tanto el acta notarial no contenga un acto de otorgamiento o manifestación de voluntad vinculante y sólo constate hechos⁵.

Si bien se ha relativizado el valor de las actas notariales como prueba extrajudicial, debido a que provienen de quienes están interesados en producirlas y no se extienden por circunstancias casuales sino a requerimiento de las partes comprometidas, no es menos cierto que constituyen medios admisibles a los que no se les puede desconocer valor probatorio, el que deberá ser apreciado de acuerdo a las circunstancias del caso y computando las pruebas restantes⁶.

5. Clases de actas

5.1. Actas de presencia y comprobación

A requerimiento de quien invoque interés legítimo, el notario podrá autenticar hechos que presencie y cosas. Las actas que tuvieren por objeto comprobar la entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas y cualquier requerimiento, así como los ofrecimientos de pago, deberán contener, en lo pertinente, la transcripción o individualización inequívoca del documento entregado, la descripción completa de la cosa, la naturaleza y características de los efectos, los términos del requerimiento y, en su caso, la contestación del requerido.

Se podrá dejar constancia de las declaraciones y juicios que emitan los peritos, profesionales y otros concurrentes, sobre la naturaleza, características, origen y consecuencias de los hechos comprobados. Será suficiente que tales personas se identifiquen mediante la exhibición de documentos expedidos por autoridad competente.

Podrá ser asentada en acta la verificación del envío de cartas y documentos por correo.

⁵ CACC, Córdoba, LL C 1989-869.

⁶ CNAC, del Uruguay, 1993/3/19, DJ 1994-1-1133.

5.2. Actas de notoriedad

La comprobación y fijación de hechos notorios podrá efectuarse conforme las disposiciones legales lo autorizan, con los alcances y efectos que ellas determinan.

Las actas se realizarán con sujeción al siguiente procedimiento:

Requerente con interés legítimo

El acta no puede ser requerida por la sola razón de obtener una declaración de notoriedad. Quien la pida deberá invocar interés legítimo y demostrarlo.

Los españoles optaron por la demostración: "El requerimiento para instrucción del acta será hecho al Notario por persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretende establecer". Pero como la prueba se puede hacer difícil y la demora puede causar daño, lo resuelven mediante una invocación bajo juramento, con la consiguiente responsabilidad por la falsedad en que se hubiere incurrido: "[...] la cual deberá aseverar bajo juramento la certeza del hecho mismo, so pena de falsedad en documento público" (artículo 209 inc. 1º del Reglamento español).

Al invocar un interés asume la responsabilidad que pudiere resultar en consecuencia.

En el acta inicial, el interesado expresará los hechos cuya notoriedad pretendiere acreditar y los motivos que tuviere para ello; hará referencia a los documentos y a todo antecedente o elemento de juicio que estimare pertinente a tal efecto. En su caso mencionará las personas que declararán como testigos y en actas posteriores podrá ampliar la información.

Si a juicio del notario el requirente tiene interés legítimo, y los hechos son susceptibles de una declaración de notoriedad por no ser materia de competencia jurisdiccional, así lo hará constar y dará por iniciado el procedimiento.

La provisión de la prueba

El requirente deberá asumir la responsabilidad por las consecuencias derivadas de este proceso alitigioso.

El requerimiento del acta deberá circunscribir el contenido de la declaración de notoriedad para evitar que la provisión de la prueba degenera en situaciones

extrañas o no queridas, y la tarea del escribano deberá ajustarse a ese límite haciendo la declaración con total concordancia a lo requerido.

El notario examinará los documentos ofrecidos y podrá practicar las pruebas y diligencias que, a su juicio, fueren conducentes al propósito del requerimiento, de todo lo cual dejará constancia en el acta.

El inc. 2 del artículo 209 del Reglamento español, dice que:

"El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente. Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario".

Cada elemento probatorio deberá cristalizarse en el acta, de modo que el tiempo no altere su sustancia. Si se trata de copias de documentos deberán incorporarse autenticadas; si son fotografías, deberán tener la certificación por concordancia con la realidad física; si son declaraciones testimoniales, deberán ajustarse a las reglas generales de actas, haciendo saber al declarante del requerimiento, con identificación del notario en su actuación y dando el derecho a dejar constancia de todas las defensas o aclaraciones que crea pertinente, en preservación de sus derechos individuales.

No es necesario "jurar", basta afirmar con claridad. Hacerlo ante un delegado de la fe pública del Estado crea una presunción de verdad; si se probara luego su falsedad, incurre en las penas por falso testimonio y responsabilidad por los daños y perjuicios derivados.

Los comparecientes serán informados de las consecuencias penales a que pueden dar lugar las declaraciones falsas o reticentes.

El juicio de valor del notario

Si a criterio del notario los hechos hubieren sido acreditados, así lo expresará en el acta, previa evaluación de todos los elementos de juicio que hubiere tenido a su disposición. En caso contrario, se limitará a dejar constancia de lo actuado.

La declaración de notoriedad que pudiera hacer el notario, es un juicio de valoración de todos los elementos aportados, sea por iniciativa del requirente, o por actuación directa del notario, una vez encuadrado debidamente el objeto del requerimiento.

Cuando el notario acumule elementos de convicción propios, es necesario que los conozca por sí. En tal sentido, el inc. d del artículo 88 de la Ley 404 dice:

“Finalmente, si a su criterio los hechos hubieren sido acreditados así lo expresará en el acta, previa evaluación de todos los elementos de juicio que hubiere tenido a su disposición. En caso contrario, se limitará a dejar constancia de lo actuado”.

La valoración tiene que tener un encadenamiento lógico, donde las pruebas concuerden con la afirmación que se sustenta sobre ellas, tal como se requiere congruencia y razonabilidad en las sentencias judiciales⁷.

5.3. Protocolizaciones

El Código Civil legisla sobre actas notariales en el artículo 1003 –acta de protocolización–, el artículo 3666 –cubierta de testamento cerrado–, y los artículos 3692 y 3695 –protocolización de testamentos–.

Según el artículo 1003, segundo párrafo:

“[...] La protocolización de documentos exigida por ley, se hará por resolución judicial previa. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de realizar la diligencia, para que lo agregue a su protocolo, mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado. El escribano público que haya efectuado la protocolización, dará a los interesados los testimonios si lo pidieren”.

Clasificación

La clasificación más común es la que las distingue entre protocolizaciones por orden judicial (artículo 984 CC) o legal (artículo 1003 CC), y voluntarias (artículo 1035 CC, inc. 3).

Larraud⁸ hace una clasificación conforme derecho de fondo, en:

⁷ Lambert, R., *Revista Notarial de la provincia de Buenos Aires*, 925, pp. 735 a 740.

⁸ Larraud, “Curso de derecho notarial”, en Belluscio - Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias*, op. cit., p. 280.

Preceptivas: ordenadas por la ley –artículos 999 y 1000 CC–, minutas redactadas por personas que no entienden el idioma nacional o por mudos o sordomudos, o artículo 1003, de los títulos habilitantes.

Voluntarias: convenidas o resueltas por las partes –artículo 1035, incs. 3 y 4 CC de la fecha cierta–.

Judiciales: dispuestas por el juez por razones de conveniencia circunstancial (artículo 984 CC) o por orden legal (artículo 1211 CC), contratos celebrados en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, artículo 3129, hipotecas constituidas también en el extranjero sobre bienes inmuebles ubicados en la República o el artículo 3637 CC de protocolización de testamento ológrafo.

La diferencia fundamental entre la protocolización judicial y la voluntaria es que de acuerdo al artículo 984 del Código Civil, el instrumento privado mandado protocolizar por orden judicial es instrumento público “desde el día en que el juez ordenó la protocolización”. Tal mandato surge del texto, pero no toda la doctrina participa de él, sosteniéndose que el instrumento sólo es público desde su agregación al protocolo de acuerdo al artículo 1003 del mismo ordenamiento legal⁹.

Protocolización de instrumentos públicos y privados

El Código Civil menciona los supuestos en que es necesaria la protocolización de los instrumentos públicos, y éstos son:

1. Los instrumentos públicos realizados en el extranjero, de los que resulta la transferencia o constitución de derechos reales de bienes en la República, artículos 1211 y 3129 CC;
2. En testamentos, los casos de los artículos 3637, 3677, 3681, 3683 y 3690 CC.

Son más comunes las protocolizaciones de los instrumentos privados.

Conforme la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la protocolización de documentos públicos y privados decretada por resolución judicial, se cumplirá mediante las siguientes formalidades:

⁹ Armella, C., en Bueres-Highton, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 1995, p. 113.

a) Se extenderá acta con la relación del mandato judicial y de los datos que identifiquen el documento, el cual puede transcribirse. Si estuviere redactado en idioma extranjero sólo se transcribirá la traducción.

La transcripción será obligatoria cuando fuere ordenada por norma legal o resolución judicial.

b) El documento se agregará al protocolo, cuando ello fuere posible, con las demás actuaciones que correspondan.

c) No será necesaria la presencia y firma del juez que la hubiere dispuesto.

d) Si el documento protocolizado no hubiere sido transcrito, se lo reproducirá en la copia del acta o se agregará a ella copia autenticada de aquél.

La mera protocolización de un documento privado asegura para el futuro la identidad del documento que se anexa o incorpora al protocolo y oponible a sucesores y terceros (artículo 1035 CC).

El acta de la protocolización puede contener además el reconocimiento, o declaraciones que pueden importar una confesión extrajudicial, pero son actos independientes.

5.3.1. Actas relativas a títulos supletorios o subastas públicas

En las actas que tuvieren por objeto reunir los antecedentes judiciales relativos a títulos supletorios o a subastas públicas, se relacionarán y transcribirán, en su caso, las piezas respectivas y se individualizará el bien.

Se transcribe el auto que ordena la subasta, el de su aprobación, del pago del precio y toma de posesión del inmueble. Se dejará constancia de sus antecedentes y del cumplimiento de los recaudos fiscales y administrativos que conformen el texto documental del título y faciliten su registración cuando fuere necesario.

El acta será firmada por el interesado y el juez cuando así lo dispusieren las normas procesales.

La transferencia de dominio del inmueble opera en el expediente. El régimen de perfeccionamiento de dominio de las subastas judiciales no se encuentra alcanzado por lo dispuesto en el artículo 2505 CC, pues la subasta tiene un sistema de publicidad propio, constituido por la publicación de edictos. Por tanto, si bien la inscripción registral resulta necesaria para asegurar la continuidad del tracto y facilitarle al comprador la realización de los actos de disposición que derivan de su calidad de propietario, la eficacia del acto y su oponibilidad

erga omnes son consecuencia natural del régimen de publicidad de las subastas y no de la inscripción en el registro de la propiedad¹⁰.

5.3.2. Actas en los testamentos. Testamento cerrado

Conforme el artículo 3666 CC, el testamento cerrado debe ser firmado por el testador. El pliego que lo contenga debe entregarse a un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, expresando que el contenido en aquel pliego es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo y, por los que no puedan, los otros a su ruego, pero nunca serán menos de tres testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiese hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos. Al extender el acta el escribano debe expresar en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también, el lugar, día, mes y año en que el acto pasa.

Protocolización de un testamento ológrafo

Es un trámite judicial y conforme la ley es el juez quien manda protocolizar el testamento previa actuación de los testigos que reconocen la letra y firma del testador.

La designación del escribano para la protocolización del testamento es facultad privativa del juez.

El ataque a la validez del testamento debe realizarse en el proceso sucesorio.

El procedimiento de protocolización del testamento sólo tiene por objeto convertirlo en instrumento público y por lo mismo no le atribuyen validez ni implica cosa juzgada, puede ser atacado por las partes contra quien se oponga¹¹.

Conforme el artículo 3692 CC el juez rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas, y mandará que se entregue con todas las diligencias hechas al escribano actuario, y que se den copias a quien corresponda.

¹⁰ CNCiv, Sala A, LL 1997-E-1059.

¹¹ CNCiv, Sala C, LL 74-239.

Los objetivos perseguidos con la obligatoriedad de protocolizar el testamento ológrafo, esto es, convertirlo en instrumento público y asegurarse contra el eventual extravío del mismo, se logran igualmente con la protocolización judicial. La protocolización judicial conduce a un resultado más valioso para el justiciable desde que tiene por consecuencia agilizar y economizar el proceso judicial¹².

5.3.3 Protocolización del acta de asamblea de designación de administrador del consorcio

La designación y remoción del administrador del consorcio en la propiedad horizontal plantea, entre otras, la cuestión de la forma exigida por la ley.

El artículo 9 de la ley 13.512 de propiedad horizontal, establece que el reglamento debe prever obligatoriamente la designación de un representante de los propietarios y debe determinar la forma de su remoción y nombramiento del reemplazante en su caso, por acto de escritura pública.

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado el requisito legal en distintos sentidos, y en consecuencia en algunos fallos se ha admitido la protocolización del acta de la respectiva asamblea y en otros se exige la escritura pública con la comparecencia de los consorcistas que resolvieron la designación.

Una de las posturas jurisprudenciales entiende que la incorporación de un instrumento privado a un registro notarial no convierte al documento en instrumento público cuando la protocolización no ha sido ordenada judicialmente (artículos 984 y 1003 última parte, CC), de modo que si el acta de designación del administrador no llena la exigencia del artículo 9 inc. b), ley 13.512, deja al nombramiento con una falla formal que puede ser denunciada por cualquier tercero¹³.

En postura contraria, la protocolización de las actas por las que el consorcio procedió a la designación de representante, cumple acabadamente con el requisito exigido por el inc. b) del artículo 9, ley 13.512¹⁴.

Para la corriente que entiende que la simple protocolización del acta de asamblea que decidió el nombramiento del administrador no cumple con el requisito del artículo 9, inc. b), deja abierta la vía para la admisión de excepciones por falta de personería.

¹² JCC Santa Fe, JA 1985-II-222.

¹³ CNCiv, Sala A, ED 27-415.

¹⁴ CNCiv, Sala B, LL 127-1125.

El tema deriva al estudio de la forma de los actos jurídicos. La forma instrumental requerida tanto para el otorgamiento de un reglamento de copropiedad y administración, como para su reforma, es la escritura pública. Es exigida por el artículo 9 de la ley 13.512 y por el inciso primero del artículo 1184 del Código Civil.

Avanzando en nuestro razonamiento, distinguimos entre las escrituras públicas y las escrituras-actas. Si bien ambas están incorporadas al protocolo con las formalidades de ley, el acta notarial (y la protocolización del acta de asamblea es una de ellas) narra hechos, en cambio la escritura pública contiene negocios jurídicos.

La inserción o transcripción de un instrumento privado en un registro notarial presentado por una parte no lo convierte en público, sólo le atribuye fecha cierta en los términos del artículo 1034 del Código Civil.

También es un acta la que labra el notario presente en la asamblea en la que se renueva o designa nuevo administrador, y aprueba la resolución de la designación.

Sin embargo, debemos distinguir si se trata de la modificación de una cláusula del reglamento por cambio del régimen de la administración, o de la remoción o designación de nuevo administrador por renuncia del anterior. Ante la divergencia doctrinaria y jurisprudencial es aconsejable incluir en el reglamento una cláusula de apoderamiento, para que el administrador o uno o más consorcistas otorguen en representación de éstos la escritura de designación de nuevo administrador cuando la asamblea así lo ha resuelto.

5.3.4. Formalidades en las actas de incorporación y de transcripción

La incorporación o transcripción de documentos públicos o privados requerida por los particulares se cumplirá mediante las siguientes formalidades:

a) Se extenderá acta con la relación del requerimiento y con los datos que identifiquen el documento, el que podrá transcribirse, aun cuando sólo se requiriere su incorporación al protocolo. Si estuviere redactado en idioma extranjero sólo se transcribirá la traducción.

b) Al expedir copia del acta, si el documento incorporado no hubiere sido transcrito, se lo reproducirá o se anexará a aquélla copia autenticada del mismo, con constancia de su incorporación.

c) Cuando se tratare de documentos privados que versen sobre actos o negocios jurídicos para cuya validez se hubiere ordenado o convenido la escritura

pública, la incorporación o transcripción al protocolo no tendrá más efecto que asegurar su fecha y, en su caso, el del reconocimiento de firmas.

5.4. Actas de protesto

Se debe distinguir entre el acto y el acta de protesto. La ley argentina exige autenticidad en el acto. El acta como documento recoge el acto.

Se debe asegurar la autenticidad del acto, la vía regresiva se abre si el acto ha sido auténtico. Aunque el acta sea impugnado no deben decaer los recursos cambiarios si se comprueba auténticamente el acto.

Para Solari¹⁵ el protesto de la letra de cambio, como declaración de un hecho, consiste en la comprobación auténtica de la negativa, expresa o tácita de su aceptación o pago.

El protesto tiene como única razón de existencia comprobar que quien debía pagar o aceptar no lo hizo o no lo quiso hacer. Esta comprobación, para que sea tal, debe resultar de la autenticación de la negativa, no de una simple manifestación del tenedor que alegue, sin prueba alguna de su afirmación, que el intimado no quiso o no pudo aceptar o pagar. Ésta es la posición doctrinaria de la mayoría de los autores, incluidos quienes le atribuyen al protesto, además de dicho objeto, el de probar la actividad del tenedor, o sea, su debida diligencia para obtener la aceptación o el pago.

En otra posición, sus sostenedores ven en el protesto exclusivamente el documento destinado a recoger la protesta del tenedor y eventualmente una reserva de sus derechos cambiarios.

5.5. Actas de remisión de correspondencia

En las actas que certifiquen la remisión de correspondencia o documentos por correo, se hará constar:

- a) el requerimiento;
- b) la recepción por el notario de la carta o los documentos;

¹⁵ Solari, O., "El protesto", en *Tratado de derecho privado*, Nuta, A. (dir.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

- c) la transcripción de la carta o la relación de los documentos;
- d) la colocación, dentro del sobre, de la carta o de los documentos a despachar;
- e) que el sobre cerrado queda en poder del notario para realizar la diligencia encomendada.

Practicada la diligencia, el notario dejará constancia de su cumplimiento.

También hará constar en la carta o documento que la remisión del mismo se efectúa con su intervención.

5.6. Acta de depósito

En los actos y en las formas que dispongan las leyes, los notarios recibirán o consignarán cosas, documentos o valores y cantidades. Su admisión es voluntaria y sujeta a las condiciones que se determinen cuando no exista obligación legal. Las circunstancias relativas a los intervinientes, objetos, fines y estipulaciones constarán en actas, excepto cuando puedan documentarse mediante certificación o simple recibo.

Si el notario lo considera conveniente puede conservar las cosas en depósito en cajas de seguridad de un banco instalado dentro de su jurisdicción.

La Ley 9020 Orgánica del Notariado de la provincia de Buenos Aires prohíbe al notario recibir dinero en depósito para su aplicación en operaciones en las que intervendrán, él mismo como autorizante de la escritura respectiva, y el depositante como sujeto instrumental.

5.7. Acta de notificaciones

Las notificaciones del contenido total o parcial de un acto protocolar podrán practicarse mediante nota puesta al pie de la escritura o acta, autorizada por el notario con firma entera.

Si no lleva lugar ni fecha, se entenderá que la notificación ha sido efectuada en el mismo lugar y fecha de la escritura.

5.8. Actas en la Ley 24.441

5.8.1 Notificación del artículo 36

La primera intervención notarial posible es la notificación de requerimiento de pago a que hace referencia el artículo 42 de la ley 24.441. Si bien no es necesaria la diligencia notarial, entendemos que es conveniente.

En caso de hipotecas con letras hipotecarias, el tenedor de las letras debe requerir que se notifique su nuevo domicilio para efectivizar el pago de las cuotas convenidas en el contrato de hipoteca con emisión de letras hipotecarias, y de acuerdo a la cláusula estipulada en el contrato y en el artículo 42 de la ley 24.441, mediante acta procede a fijar nuevo domicilio de pago.

En la diligencia se entregará copia de la rogatoria, la que servirá de cédula de notificación al deudor. Si no contestan por no encontrarse o negarse al llamado, se procede a fijar en la puerta o pasar por debajo de la misma la copia de la rogatoria.

Si el notario es atendido por un familiar del deudor, se identifica a quien atiende según sus dichos y se le solicita que exhiba su documento. Acto seguido se le entregará al mismo (otra persona de la casa, en orden al mayor ligamen que diga tener con aquél —esposa, hijos mayores, subordinados, portero, vecino—) copia de la rogatoria, que podrá ser entregada bajo sobre cerrado.

5.8.2 Acta de intimación

Con igual procedimiento se realizará el acta de intimación prevista en el artículo 53 (notificación de mora y apercibimiento de remate extrajudicial, y para que denuncie si existen otros acreedores privilegiados y ocupantes).

Asimismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 59, se cumple con estas formalidades en las actas de notificación al deudor, propietario y demás titulares de derechos reales y acreedores embargantes e inhibientes.

5.8.3 Acta de constatación

Diligencia de verificación del estado físico y de ocupación del inmueble.

El artículo 54 de la ley hace referencia expresa a la primera actuación notarial, que es la verificación del estado del inmueble. El notario tiene la función de constatar la ocupación y la situación física del inmueble, su grado de con-

servación y la descripción del mismo. La tarea encomendada es similar a la realizada por el oficial de justicia.

El notario actúa a propuesta del acreedor, pero es el juez quien lo designa (artículos 54 y 79, ley 24.441). El notario cumple la diligencia previa designación y orden judicial del juez competente. Si bien la designación debe ser expresa, en los hechos es el juez quien decide si exigirá la aceptación expresa del cargo por parte del notario designado.

En el acta puede comparecer el acreedor o la persona autorizada en el mandamiento.

El notario podría realizar directamente la diligencia cumpliendo los requerimientos que surgen de la presentación judicial del acreedor y de la resolución judicial que ordena la diligencia.

Es requisito previo verificar en el expediente judicial, según el tipo de ejecución de que se trate:

a) Si se cumplieron los requisitos establecidos en los artículos 52, 53 y 54 de la ley 24.441 por tratarse de una ejecución especial. Se controlará que la ejecución especial haya sido pactada y que se haya intimado de pago al deudor.

b) En la Ciudad de Buenos Aires, en caso de tratarse de una ejecución judicial —previa a la intervención notarial—, debe estar dictada la sentencia de trance y remate (artículo 79, ley 24.441).

En ambos casos: 1) las resoluciones judiciales deben contener todas las facultades con que debe contar el notario para realizar las diligencias, y 2) es aconsejable haber individualizado correctamente el inmueble debido a posibles cambios de nombres de calles y de numeración; para ello es útil la plancha de catastro o el plano de propiedad horizontal que pueden evitar todo tipo de confusión.

Es muy importante detallar el estado de ocupación: si el inmueble está ocupado por el deudor y su familia o por un inquilino o algún titular de un derecho real o personal de fecha posterior al acreedor.

El escribano debe pedir a los ocupantes del inmueble que presenten sus títulos, pero es difícil que en el momento en que se realice la diligencia tengan a mano el título o contrato de locación.

El notario debe describir cuidadosamente en la misma diligencia el estado físico del inmueble, sus dependencias, estado de conservación, etcétera.

Se le intima la desocupación del inmueble bajo apercibimiento de lanzamiento dentro del plazo legal.

5.8.4. Acta de lanzamiento y depósito, artículo 54

Para el lanzamiento es necesario el mandamiento judicial con la transcripción del auto que así lo ordena.

Siempre es necesaria la orden judicial previa si se quiere hacer uso de la fuerza pública, sólo la autoridad judicial competente es quien debe ordenarlo. Por el poder de policía no delegado por las provincias, el juez competente es el juez del lugar donde se encuentra ubicado el inmueble.

Si se fuera a proceder al desalojo, si es necesario el notario debe ir acompañado por cuerpo médico forense, ambulancia, asistente social, etcétera. Ello puede determinarse durante la visita previa que el notario puede realizar antes de la diligencia de lanzamiento. Es imprescindible el inventario de los muebles que serán enviados a depósito.

El notario solicitará al ocupante que permita el ingreso del personal destacado en el lugar para efectivizar el desalojo. Si el requerido se negara, se extraerán de la finca con intervención de la autoridad policial, los muebles y objetos, que se detallarán.

El acreedor indicará que los muebles serán depositados en determinado lugar bajo su responsabilidad, quedando a su cargo en calidad de depósito, y firmará el acta como tal.

Concluido el desalojo el acreedor queda con la tenencia del inmueble.

En caso de que el inmueble esté cerrado, ante reiterados llamados, la aparente ausencia de personas y la existencia de hechos que denoten ausencia prolongada, se procederá a violentar la cerradura con el auxilio policial. Una vez en su interior, el notario, junto con el acreedor, el abogado y el oficial de policía, verificará que el inmueble esté desocupado.

Las distintas situaciones que pueden suscitarse al realizar el lanzamiento anticipado, llevan en la faz práctica a que el acreedor opte por diferir la desocupación del inmueble y que ésta se realice con la intervención del juez una vez realizada la subasta.

Como es imposible prever las distintas variantes que pueden presentarse en este tipo de diligencias, aconsejamos prever con antelación en qué situación se encuentra el inmueble. En todos los casos el notario debe narrar en el acta con la mayor precisión su percepción de los hechos según vayan sucediendo.

En la Jornada Notarial Cordobesa del año 1996 el taller que trató el tema arribó a la siguiente conclusión:

“Aclarado que hay que distinguir entre la necesidad de un requerimiento y los comparecientes, se dejó establecido que el acta a que hace referencia el artículo 54 de la ley 24.441 podrá no tener comparecientes ya que el requerimiento está suficientemente acreditado en las actuaciones y en el mandamiento judicial.”

En cuanto a la posibilidad de que no se deje acceder al notario para verificar el estado físico del inmueble, se recomendó que siempre se le solicite al juez que faculte al notario para el uso de la fuerza pública y la facultad de allanar domicilio y violentar cerraduras a los fines de poder cumplir con su cometido, y que éste no se vea obstaculizado por la negativa del ocupante del inmueble. Si no se ha facultado expresamente, el notario no puede imponer su actuación debiendo dejar constancia de la negativa.

Respecto de terceros ocupantes de existir un tercer poseedor ajeno a la relación hipotecaria *ad usucapionem* o ser ya titular dominial por usucapión, las opiniones se encuentran divididas, pero todos coincidieron en que el notario cumple su obligación en el acta verifictoria, sólo con mencionar los dichos del ocupante.

Si el ocupante presenta boleto de compraventa de fecha anterior a la constitución de la hipoteca, es relevante su mención y el juez podría llegar a tenerlo en cuenta en su decisión. Se reiteró que el escribano en su diligencia debe dejar asentada también la afirmación del poseedor por boleto.

5.8.5. Comprobación de subasta por acta notarial

Generalmente esta rogatoria se realiza con antelación a la fecha de la subasta, de modo que el acta diligencia contendrá la referencia a la rogatoria.

En el acta se hace constar que la subasta ha sido dispuesta por el acreedor en la ejecución hipotecaria seguida contra el deudor y con intervención del Juzgado. Se dejará constancia del día, hora y lugar donde se realiza la subasta, referencia al martillero que interviene y la ubicación del inmueble.

5.8.6. Escritura acta de protocolización de subasta

Las protocolizaciones indicadas en la ley se realizan en forma de acta en la que el escribano deja constancia de quién procede al requerimiento e incorpora el o los documentos al protocolo.

La necesidad de reunir en un instrumento público las constancias judiciales o extrajudiciales según el tipo de ejecución de que se trate, es para entregar el título al adquirente para seguridad del tráfico jurídico y el cumplimiento de los requisitos legales, impositivos y registrales.

Si en las ejecuciones especiales la actuación notarial fue hecha por el mismo escribano que realizó la protocolización en los casos del artículo 63, consideramos suficiente que el notario relacione en lo esencial dichas actas señalando el folio, sin necesidad de anexar copias. Si hubiere intervenido otro escribano se procederá a agregar las actas.

Si las notificaciones del artículo 59 no fueron por acta notarial, se relacionarán en su parte esencial, y se anexarán al protocolo.

Se cumple con el procedimiento habitual empleado para las actas de protocolización de subasta judicial.

6. Reseña jurisprudencial

“Un acta de constatación es un verdadero instrumento público (artículo 979 CC), por lo que todo lo que el notario actuante sostiene pasado en su presencia o que ha realizado por sí mismo, tiene la autenticidad que le confiere el artículo 993 CC. En tal sentido, caerá su fuerza probatoria instrumental si pudiera probarse por querrela civil la falsedad”¹⁶.

“Al lado de las escrituras existen otros instrumentos públicos en los cuales el poder del profesional se limita a la facultad de autenticación, y por ello son de observancia sólo algunos de todos los requisitos establecidos para los instrumentos públicos. La aparición y desenvolvimiento de esta clase de instrumentos ha sido impulsada más por la práctica notarial que por las disposiciones legislativas” (Del voto en disidencia de la doctora Kemelmajer de Carlucci)¹⁷.

“La testimonial contenida en actas notariales no tiene jerarquía de probanza computable pues, para que ello ocurra, debe haber mediado la intervención de

¹⁶ Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 1983/03/22, “Vilán, Manuel c. Vanderbilt, S.A.”, ED, 105-280 - JA, 983-III-561.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala I civil y comercial, 1984/07/04, “Pérez, Rogelio H. c. Peña de Navarro, Carmen”, ED del 24/9/84, p. 3.

un órgano jurisdiccional, que es lo que en definitiva otorga al proceso la garantía de contradictorio”¹⁸.

6.1. Efectos del artículo 992 del Código Civil

“Es discutible la declaración testimonial del escribano que labró un acta notarial, toda vez que él mismo no puede declarar contra el acto por aplicación auto congruente de lo dispuesto por el artículo 992 CC, y hubiera sido superfluo hacerlo en favor del acto pues la naturaleza pública atribuida a éste no admite perfeccionamiento ulterior a su elaboración”¹⁹.

6.2. Actas extraprotocolares

“Resulta cuanto menos opinable, para no decir irregular, el acta notarial en la cual la escribana no menciona haberse presentado como tal de manera explícita. El acta notarial no tiene fuerza de los instrumentos públicos cuando la misma no fue extendida en el protocolo del registro notarial del cual es titular el escribano que labró aquella, sino confeccionada sobre folios sueltos de actuación notarial, pues la ley 12.990, cuando autoriza a los profesionales del notariado para levantar actas, no constituye permisión para hacerlo fuera de los modos prescriptos por la ley común, única manera de lograr la eficacia del artículo 993 CC”²⁰.

“La constancia de un documento extraprotocolar de actuación notarial en el Registro de Intervenciones –que debe ser llevado a los efectos de la actuación de los escribanos en todos los actos no protocolares, a la manera de un verdadero protocolo de actas–, que presenta la firma certificada del otorgante, confiere a aquél el carácter de instrumento público en los términos del artículo 979 inc. 2 del Código Civil”²¹.

¹⁸ CNAT, Sala VII, DT, 1992-A-282, ED-144-581.

¹⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 1985/08/12, “Luzardo Gil, Rubén c. Colombo, Germinal”, La Ley, 1986-A, 587 - DJ, 986-I-760.

²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 1985/08/12, “Luzardo Gil, Rubén c. Colombo, Germinal”, La Ley, 1986-A, 587 - DJ, 986-I-760.

²¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de

6.3. Acta y fraude laboral

“Si las partes manifestaron su voluntad concurrente de poner fin a la relación laboral mediante un acta firmada ante escribano público, no puede luego el actor reclamar indemnizaciones argumentando fraude laboral. En todo caso, tendría que sostener que tal acto fue simulado, lo que implicaría probar cuál fue el acto real que ambas partes quisieron ocultar (artículos 955/960 CC), en tanto la evasión a través de actos simulados es siempre bilateral y para imputar consecuencias desfavorables al empleador, cuando ha mediado violación de la ley o desconocimiento de derechos indisponibles del trabajador, se debe acreditar que la voluntad de éste no fue sana o actuó en virtud de lesión (artículo 954, CC)”²².

6.4. Competencia en razón de la materia en las actas

“La comprobación notarial de las circunstancias de hecho del ilícito carece de todo valor probatorio”²³.

“La imposibilidad de asimilar la validez de un acto notarial a la validez formal de un acto procesal, no deriva sustancialmente de que se niegue a los notarios su atributo de fedatarios públicos ni su eventual asimilación con los agentes judiciales de esa misma naturaleza. La no asimilación deriva de las exigencias sistemáticas y de las necesidades prácticas que llenan las formas procesales y las actuaciones en general ante los tribunales, y las que dentro de su campo prestan las atestaciones y certificaciones notariales”²⁴.

1ª Nominación de Río Cuarto 2000/06/09. “*Bagley S. A. c. Quiñonez, Humberto T.*”, LLC, 2001-216.

²² Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, 1990/04/20, “*Silverio, Ana V. c. Molinos Río de la Plata, S.A.*”, DT, 1990-B, 2343.

²³ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I, 1994/03/29. JA, 1994-IV-297.

²⁴ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 1993/04/07. “*Ruppel de Sánchez, Nora Z. c. Sánchez, Luis*”, JA, 1994-II-86.

6.5. Actas de guarda de menores. Reforma legislativa

“Si la ley 19.134 facultaba a los notarios para que actuando en el ejercicio de su función como oficial público, efectuaran actas de reconocimiento de hijos y entrega de los mismos, con fines a su adopción, dando fe de que lo expuesto era la expresa voluntad de la madre, mal puede obligarla el Estado a ratificarse de ello, cuando ya lo expresó ante el mismo Estado, demostrándose así que no se está violando el derecho de defensa en juicio, por cuanto es el propio Estado quien estuvo presente al suscribirse el acta siendo ello válido para el caso en que se ha otorgado la guarda mediante acta notarial porque la derogación de la ley 19.134 operada por la ley 24.779 no tiene efecto retroactivo respecto de actos alcanzados por la noción de “consumo jurídico” durante el término de su vigencia, como sucede con los instrumentos labrados bajo el amparo de aquella legislación” (Del voto de la minoría)²⁵.

6.6. Acta notarial labrada por escribano. Internet. Publicación de fotografías en página web sin autorización de su titular –banco de imágenes—²⁶

“Es inadmisibles sostener que un escribano carece de idoneidad para conectarse a Internet, siendo irrelevante que en el acta no se hubiera indicado en qué lugar se hizo la conexión, sobre qué aparato electrónico, en qué máquina se imprimieron las hojas que dieron cuenta del uso de las imágenes ni quién usó la computadora u otro elemento, porque lo cierto es que la escribana estaba presente cuando se accedió a la red y las imágenes pasaron ante su vista”. De acuerdo al informe elaborado por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial es técnicamente posible redireccionar un nombre de dominio hacia otra dirección IP, pero en todo caso, tal contingencia debió ser demostrada por la recurrente, porque no es razonable hacer pesar sobre el demandante una exhaustiva investigación para corroborar que nadie hubiere cambiado la dirección IP. Si en la página cuyo

²⁵ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 1998/03/31.G., V.-LLBA, 1998-848.

²⁶ “*Biggest Bank S.A. c / Corporate Business Solutions S.R.L. s/ daños y perjuicios*” - CNCIV - SALA A - 25/05/2008.

dominio pertenece a la empresa demandada había imágenes cuyos derechos patrimoniales correspondían a la actora, debe presumirse que la emplazada explotaba su uso y corría por su cuenta demostrar que un tercero adulteró el sistema, sea ingresando esas imágenes en la página, redireccionando el nombre de dominio a otra dirección IP o utilizando otro mecanismo técnico que no le sea imputable a la empresa accionada". Para los hechos afirmados por el oficial público como habiendo sido realizados personalmente por él o habiendo sido realizados en su presencia, el instrumento público hace fe hasta la redargución de falsedad (conf. Corte de Casación Francesa del 18-2-1889, S. 891.161). Hay en favor de la veracidad de los enunciados que emanan del funcionario público razones que justifican ampliamente la regla legal: las condiciones de reclutamiento autorizan a pensar que el funcionario público presenta las más serias garantías de moralidad. El funcionario público que redacta un instrumento público es así un testigo privilegiado cuyo testimonio tiene ante los ojos de la ley un valor excepcional (conf. Georges Ripert-Jean Boulanger, "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", t. IV, p. 255, Ed. La Ley)".

Capítulo 8: Invalidez del acto jurídico

1. Invalidez e ineficacia

La invalidez del acto jurídico está ligada a los elementos o presupuestos esenciales del mismo.

Una corriente doctrinaria considera que la nulidad es una sanción legal mediante la cual el acto pierde los efectos propios en virtud de una causa originaria o existente en el momento de la celebración¹. Otra corriente minoritaria entiende que no es más que un remedio jurídico, con un procedimiento técnico legal para salvar las imperfecciones del acto jurídico o hacerlas operar en medida limitada, resguardando determinados intereses².

1.1. Ineficacia

Para Alterini, Cifuentes, Zannoni, la ineficacia del acto es un concepto más amplio que abarca diversas situaciones en las que los actos carecen de vigor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos. Dentro de estas situaciones queda

¹ Cifuentes en Belluscio- Zannoni, *Código civil y leyes complementarias*, t. 4, ed. Astrea; Llambías, *Tratado. Parte General*, t. II; Borda, *Tratado. Parte General*, t. II, n° 1234.

² Nieto Blanc, E., *Consideraciones sobre el concepto de invalidez de los actos jurídicos*, Buenos Aires, La ley, diciembre 2003.

incluida la nulidad, de manera que la ineficacia tiene un alcance general que comprende también supuestos de ineficacia, como la caducidad, resolución, rescisión, revocación, cumplimiento de la condición, inoponibilidad, etcétera³.

Zannoni denomina ineficacia estructural a la nulidad, e ineficacia funcional a la ineficacia en sentido estricto⁴. Para Morello debe reservarse el término ineficacia para los supuestos en los cuales exista un obstáculo extrínseco impeditivo de la producción de los efectos⁵.

En esta posición el acto será inválido cuando no produzca efectos propios por adolecer de un vicio presente en el momento de su concertación, y será ineficaz cuando, no obstante ser válido, no produzca alguno o todos los efectos que le son propios, sea entre las partes o respecto de terceros, por una causal o evento posterior a su celebración, como el acaecimiento de una condición, el cumplimiento de un plazo, la revocación de un acto, etcétera.

El acto jurídico válido puede ser revocado, rescindido, resuelto o ser inoponible en relación con ciertos terceros, dejando de producir efectos propios en razón de una causal que hace su aparición en un momento posterior a la celebración⁶.

1.2. La revocación

Es una causal de ineficacia en virtud de la cual el autor de la manifestación de voluntad, en los actos unilaterales, o una de las partes en los actos bilaterales, retrae su voluntad, dejando sin efecto el contenido del acto o la transmisión de algún derecho.

Por la revocación el acto deja de producir efectos *ex nunc*, para el futuro, a partir de la expresión de voluntad del autor de revocar, quedando entre las partes y frente a terceros los efectos ya producidos del acto.

³ Alterini, J. y otros, *Teoría de la Ineficacia*, Buenos Aires, ed. LL, 2000, p. 11; Cifuentes, *El negocio jurídico*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1994, p. 570; Zannoni, *op. cit.*

⁴ Zannoni, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, ed. Astrea. Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, n° 57, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 348 y ss.

⁵ Morello, *Ineficacia y frustración del contrato*, p. 20.

⁶ Lorenzetti, "Ineficacia y nulidad del objeto de los contratos", *Revista de Derecho Privado*, n° 8, ed. Rubinzal, 1995, p. 162.

1.3. Rescisión

La rescisión es causal de ineficacia por la cual un acto jurídico queda sin efectos para el futuro en razón de existir acuerdo entre las partes o de la voluntad de una de ellas autorizada por la ley o convención.

1.4. Resolución

La resolución opera en razón de una causa sobreviviente que extingue retroactivamente los efectos del acto.

La resolución puede operar en forma facultativa (artículos 1203 y 1204 CC), automática (artículos 553 y 555 CC) u opcional (artículos 1202, 1366 CC).

Los efectos operan retroactivamente, *ex tunc*.

1.5. Distinción entre nulidad e ineficacia

La distinción entre nulidad e ineficacia tiene especial importancia en la práctica pues la ley protege al subadquirente de buena fe y a título oneroso en los supuestos de nulidad (artículo 1051 CC) y no en los supuestos de ineficacia del acto jurídico, y también es posible la confirmación del acto nulo o anulable de nulidad relativa (artículo 1059 CC), situación que no es posible tratándose de actos ineficaces⁷.

2. Clasificación de las nulidades

Es de gran importancia poner claridad en el sistema legal de las nulidades, tarea que no resulta sencilla por la diversidad de fuentes que han confluído en nuestro Código, por algunos vacíos en su sistematización e imprecisiones contenidas en algunos textos, pero, sobre todo, por la trascendencia que el tema ha suscitado en la doctrina dedicada a su interpretación.

⁷ Nieto Blanc, E., "Ineficacia y nulidad", *ED* 116, 731. El autor admite la conversión de los actos ineficaces y como ejemplo cita el art. 2984 del Código Civil.

En tal sentido, cabe sostener que las nulidades pueden clasificarse en:

1. Nulidades expresas y nulidades implícitas o virtuales (artículo 1037 CC).
2. Nulidades manifiestas y no manifiestas (artículo 1038 CC)
3. Nulidades completas o totales y nulidades parciales (artículo 1039 CC)
4. Nulidades de actos nulos y nulidades de actos anulables (artículos 1041 a 1046 CC), o nulidades de pleno derecho y dependientes de juzgamiento.
5. Nulidades absolutas y nulidades relativas (artículos 1047 y 1048 CC)⁸.

3. Nulidades expresas y nulidades implícitas o virtuales

Dispone la norma del artículo 1037 CC: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen".

La invalidez tiene carácter excepcional. Sólo se admitirá cuando aparezca claramente establecida por el legislador, debiendo optarse en la duda por la validez del acto⁹.

La doctrina y jurisprudencia se dividen; una posición admite la existencia de nulidades tácitas, virtuales o implícitas en el derecho argentino, y otra niega su existencia.

Segovia expresó que era posible hallar nulidades expresas y nulidades implícitas. Llambías sostiene que el artículo 1037 no exige que la sanción de nulidad esté expresamente consagrada en la ley. El sentido del precepto sólo indica que esa sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, que no podrán arbitrar para invalidar un acto causas que no estén efectivamente incorporadas, siquiera de una manera tácita al ordenamiento legal¹⁰.

El artículo 18 CC es una norma general y ordena: "Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

Para Zannoni la nulidad genéricamente establecida en el artículo 18 no implica contravención con el artículo 1037 ni otorga al juez la potestad de

⁸ Cifuentes, *op. cit.*

⁹ SCBA, 15/3/49, LL, 54-383; CNCiv, Sala C, 16/10/76, ED, 71-206; *id.*, Sala A, 6/6/53, JA, 1953-III-443; CCiv2°Cap, 9/12/35, JA, 52-827; CNCCom., Sala D, 23/8/82, ED, 103-48.

¹⁰ Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, t. II, 6° ed., Buenos Aires, 1975, p. 570.

crear nulidades virtuales. Esta nulidad decretada en general se considera parte integrante de todas las normas de carácter prohibido, evitando la necesidad de establecer en cada una de ellas la sanción correspondiente¹¹.

Es claro que las nulidades son expresas y legales y que los jueces no pueden crear supuestos de nulidad que no deriven de la ley.

4. Nulidades manifiestas y no manifiestas. Actos nulos y anulables

El artículo 1038 CC dispone: "La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada".

Solón habría sido el autor que inspiró indirectamente esta distinción (aunque en el Reglamento de 1850 se alude a "nulidades de pleno derecho" y nulidades dependientes de juzgamiento), y señalaba que las nulidades de pleno derecho, o sea las nulidades manifiestas, actos nulos, son aquellas que provienen de un vicio aparente y real que impide la formación del acto o del contrato ("*vice apparent et réel qui a empêché l'acte ou le contrat de se former*").

En tanto, las nulidades dependientes de acción son aquellas que dependen más de circunstancias de hecho que de la disposición del derecho y que requieren de la apreciación del juez¹².

En algunos casos el vicio ha sido objetivamente determinado, es rígido al decir de Llambías, no depende de una apreciación judicial que resulte indispensable para descubrirlo. El vicio es definido, o mejor, es taxativo, porque está prefigurado por la ley, que *a priori* dispone la invalidez del negocio que se celebrara mediante tal vicio.

Así por ejemplo, "...son nulos los actos jurídicos a quien la ley le prohíbe su celebración (artículos 1042 y 1043)"... casos del artículo 1361 en relación con la compraventa o de los artículos 1807 y 1808 respecto de las donaciones¹³.

¹¹ Zannoni, E., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 219.

¹² Cordeiro Alvarez, "Nulidad de los actos jurídicos", *Rev. Crítica de Jurisprudencia*, III, 1934, p. 123.

¹³ Zannoni, *op. cit.*, p. 172.

Los preceptos de Freitas tomados por Vélez parcialmente tienen esta redacción que sirve de apoyo a la opinión expuesta: "Artículo 786: La nulidad de los actos jurídicos o de sus disposiciones, puede ser manifiesta o dependiente de juzgamiento [...]; Artículo 787: Debe entenderse que hay nulidad manifiesta, cuando en la ley se declare que los actos jurídicos son nulos o se decretare nulidad o la pena de nulidad; Artículo 791: Los actos nulos o disposiciones nulas [...], se reputarán como tales, aun cuando su nulidad no haya sido juzgada, por vía de acción o de excepción, observándose, relativamente el derecho de alegarla, la distinción entre la nulidad absoluta y relativa"¹⁴.

De ahí que se haya sostenido que la nulidad es manifiesta en los casos que después el Código enuncia como actos nulos, porque no se requiere sentencia para que dejen de producir sus efectos normales, bastando al juez comprobar el vicio que los invalida, el cual se presenta ostensible, patente a la vista.

La nulidad es no manifiesta en los casos enunciados como actos anulables, donde el vicio está oculto y debe ser descubierto por medio de una investigación de hecho, siendo los negocios válidos hasta que se dicte sentencia que declare la invalidez.

En el acto anulable el vicio es objeto de constatación, el acto presenta aparentemente reunidos los presupuestos de validez, pero hay un vicio que "está oculto, agazapado en la estructura compleja del acto jurídico".

Existen opiniones que separaran el acto nulo de la nulidad manifiesta.

Se ha dicho, clarificando las ideas, que asimilar los actos nulos a las nulidades manifiestas y los anulables a las no manifiestas no revela la verdadera razón de la distinción entre nulidad y anulabilidad, porque hay que dejar a salvo el supuesto de un vicio generador de nulidad *stricto sensu* que no sea conocible por terceros: puede así darse el caso de buena fe en el tercer adquirente que no conoce la incapacidad de su cocontratante¹⁵.

¹⁴ Belluscio - Zannoni, *Código Civil Comentado y Anotado*, Buenos Aires, ed. Astrea, p. 691.

¹⁵ Alterini, J. H., "El artículo 1051 del C.C. y el acto inoponible", *JA*, doctrina 1971-634. Alsina Atienza, en varios de sus trabajos, se ocupó antes y después de la reforma, de probar que podía haber actos nulos de vicio oculto para los terceros. Véase "Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos", *JA*, 1950-II-3 y ss, sec. Doctrina; "La necesidad de la tutela jurídica", *JA*, 1954-IV-281 y ss; "Los derechos reales en la reforma del Código Civil", *JA*, doctrina, 1969-457. Carneiro, "Régimen de las nulida-

Zannoni dice:

"Entre nosotros, los actos nulos hacen referencia al caso en que la ley por sí misma, sin cooperación de ningún otro órgano o poder, reduce a la nada el acto vedado, por ser su defecto rígido, determinado o taxativo, perfilado o dosificado por la norma, sin posibilidad de graduación, y sin que sea necesario hacer una investigación de hecho con la correspondiente prueba que lo acredite".

Los actos anulables, en cambio, tienen en la ley solamente un esbozo o un principio de sanción que el juez debe desarrollar o destacar, definirlo y regularlo según las circunstancias del caso, con su criterio y apreciación. Se dice, entonces, que el defecto es elástico, indefinido, susceptible de más o de menos (graduación). Los actos nulos, por tanto, están ya prefijados y valorados objetivamente por la norma. Los actos anulables apenas si están contemplados en ella y dependen del juzgamiento; su valoración habrá de hacerla el juez que aplica la norma; hasta que no recaiga sentencia se los considera válidos.

Los actos nulos se reputan tales, aunque no medie juzgamiento de su nulidad, mientras que los actos anulables se reputan válidos hasta la sentencia que los anula. Ello parece contraponerse con el artículo 1050 CC: "[...] la nulidad pronunciada por los jueces vuelva las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban del acto anulado". Señala Llambías sobre la base del artículo 1046 que es posible detener los efectos del pronunciamiento de la nulidad de los actos anulables frente a los terceros de buena fe, cuando los derechos de estos últimos han sido adquiridos con anterioridad a la fecha de la sentencia que decreta la anulación de dichos actos¹⁶.

En la actualidad la doctrina niega trascendencia práctica a la clasificación de actos nulos y anulables, pues el artículo 1051 CC después de la reforma deja a salvo los derechos de terceros de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable.

des", *Revista del Notariado*, n° 702, p. 1411, nota 5, acepta la existencia de actos nulos con vicios no manifiestos.

¹⁶ Llambías, J., *Efecto de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos. Tratado*, op. cit., t. II, n° 1889.

5. Enumeración de los actos nulos

Los artículos 1041 a 1044 CC enumeran diversos casos de actos nulos.

Los tres primeros se detienen en los realizados sin capacidad y comprenden todas las hipótesis posibles: incapacidades de hecho absolutas y relativas, e incapacidades de derecho.

El artículo 1044 expone diversas situaciones que comprenden los demás presupuestos del acto: la causa, el objeto y la forma. La simulación o el fraude presumidos por la ley son vicios de la causa del acto jurídico que, en principio, requieren la declaración por sentencia judicial para obtener su ineficacia.

En general puede sostenerse que los actos que contravienen las prohibiciones de los artículos 450, 465, 1361, 1441, 1443 y 1918, entre otros, son nulos.

Como ejemplos, se pueden mencionar la aprobación de las cuentas de un curador, violando el artículo 465¹⁷; la violación de las prohibiciones para comprar del artículo 1361; los actos del concursado civil en contravención con lo dispuesto en el artículo 1160¹⁸ y la compra por el mandatario de lo que se le ha encargado vender¹⁹.

Actos de objeto prohibido

El artículo 953 comprende los supuestos que quedan incluidos en el artículo 1044, el cual estatuye que son nulos los actos jurídicos "cuando fuese prohibido el objeto principal del acto". Las cosas fuera del comercio, los hechos imposibles, prohibidos, ilícitos o inmorales, así como los actos sin objeto, son inválidos²⁰.

¹⁷ CCiv. 2°, Cap. 16/11/39, LL 16-938 y JA 68-719.

¹⁸ CCiv. 2°, Cap. 20/12/26, JA 26-928, *id.* 8/4/35, JA 50-163. Esto sin perjuicio de la polémica sobre la naturaleza de las prohibiciones, tema que deberá ser tratado oportunamente. Véase Orgaz, A. y otros, *Personas Humanas*, Zavala de González (dir.), Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2000, p. 180.

¹⁹ Belluscio, *op. cit.*, p. 703.

²⁰ Arauz Castex, *Derecho civil*, t. II, n° 1720; Llambías, *Tratado. Parte general*, t. II, n° 1936-1937; Salerno, "El contrato nulo de objeto inmoral", *ED*, 98-785.

Nulidad del negocio jurídico. Violencia moral. Procedencia, determinación

Existe una diferencia entre la redargución de falsedad de un instrumento público y la nulidad del acto jurídico. Un instrumento público resulta materialmente falso y, por ende, atacable mediante incidente de redargución de falsedad cuando se altera la forma intrínseca, cuando se "hace" un documento inauténtico o se altera uno auténtico, mas las declaraciones falsas, fruto del dolo, violencia, error, simulación o reserva mental, conducen o pueden conducir a la nulidad del negocio jurídico derivada de los vicios de la voluntad o de los vicios propios del mismo. El escribano se limita a dar fe de la existencia material de los hechos, pero no garantiza de ningún modo su sinceridad. Por ello, no existe inconveniente en cuestionar un acto pasado en escritura pública sin necesidad de entablar redargución de falsedad. Dentro de las sanciones de los actos prohibidos por las leyes se encuentran aquellas que procuran restablecer el estado de cosas alterado por el hecho ilícito: "la primera es la nulidad, que se propone borrar los efectos del acto contrario a la ley, la segunda es la acción de daños y perjuicios". No bastaría con que se supriman los efectos del acto ilícito, es necesario además que la víctima sea reparada por todos los perjuicios sufridos²¹...

Las declaraciones falsas, fruto del dolo, violencia, error, simulación o reserva mental, conducen o pueden conducir a la nulidad del negocio jurídico derivada de los vicios de la voluntad o de los vicios propios del mismo²². Es que el escribano se limita a dar fe de la existencia material de los hechos, pero no garantiza de ningún modo su sinceridad. Por ello "no existe inconveniente en cuestionar un acto pasado en escritura pública sin necesidad de entablar redargución de falsedad"²³.

²¹ CNCiv, Sala M. marzo 12-2001- "M., B.T.M. c. A., J.E. s/nulidad de acto jurídico".

²² Conf. SC Buenos Aires "Treviño, Miguel A. c. García, María Cristina s/desalojo", 08-0992, documento n. 1.28252 del CD "Informática Jurídica", editado por JA).

²³ Conf. STJ Santiago del Estero. "Macías Yanuzzi, Juan c/ Walter Daniel Costas s/simulación". 2-9-99. Documento n° 19.7869 del CD "Informática Jurídica", editado por JA)²¹.

Lesión

Podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

En la inteligencia del artículo 954 del CC, el vicio de lesión aparece configurado cuando se reúnen tres requisitos, uno de ellos objetivo y los otros dos subjetivos: a) la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, b) estado de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado, c) explotación de esa inferioridad por el lesionante, que se presume, salvo prueba en contrario, en caso de notable desproporción de las prestaciones. Ello significa que con respecto a este tercer requisito se produce una inversión de la carga de la prueba, la desproporción probada por el impugnado del acto hace presumir la explotación, pero la víctima necesariamente tiene que acreditar el otro elemento subjetivo, es decir, que a esa desproporción se llegó como consecuencia de haberse encontrado en situación de necesidad, ligereza o inexperiencia²⁴.

6. Enumeración legal y ejemplificaciones de los actos anulables

En una rápida síntesis de la enunciación que contiene el artículo 1045 CC, se puede decir que los actos anulables son los que adolecen de estos vicios:

1. Incapacidad accidental (falla en el discernimiento).
2. Incapacidad de derecho desconocida.
3. Prohibición ignorada del objeto del acto.
4. Vicios de la voluntad (error, dolo, violencia) y el acto jurídico (simulación).
5. Instrumentos anulables.

Es claro que, al igual que los actos enunciados en los artículos 1041 a 1044 CC con nulidad de pleno derecho, la lista del artículo 1045 es ejemplificativa, no taxativa, pues puede haber otros casos además de los comprendidos en él.

²⁴ CNCiv, Sala H, 2002/11/20. "Búfalo Golf Dora B. c. Morán, Juan C."

CNCiv, Sala D, del 2-9-82, "Frieboes de Bencich, Emilia c. Bencich, Maximiliano" JA, 1983/III, 414).

7. Nulidad absoluta y relativa

Vélez se apartó de las fuentes dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la tarea de distinguir los casos de nulidad absoluta de los casos de nulidad relativa²⁵.

Es razonable, por lo demás, que la doctrina haya intentado rastrear el pensamiento del codificador en un escrito judicial en que actuara como abogado, años antes²⁶, y en el cual se lee: "las nulidades absolutas son aquellas que tienen por causa el interés público". En este caso la ley reduce lo hecho a un mero acto material sin ningún resultado en el derecho, que no puede ser ni confirmado, ni autorizado, y que no produce ninguna acción ni excepción.

Los fallos judiciales caracterizan la nulidad absoluta como aquella que transgrede las leyes de orden público; otros han señalado que el orden público a que se refieren no es el de la ley o el de la norma violada por el acto, sino que es la sanción de nulidad la que obedece a una razón de orden público, de interés público, de interés general o social; o bien que hay nulidad absoluta cuando se está protegiendo inmediatamente el interés público y de modo mediato el interés privado²⁷.

Al contrario, aquellas leyes dadas en el interés de los particulares, aunque sea sobre poderes o deberes establecidos por el derecho, no causan sino una nulidad relativa, porque se juzga que esta nulidad no interesa sino a aquel en cuyo favor está pronunciada y es por esto que sólo al interesado es dado valerse de la nulidad y deducirla en juicio, sin que los tribunales puedan resolver de oficio.

Los artículos 1047 y 1048 CC aluden al interés de la moral o de la ley —siguiendo su fuente, los artículos 1683 y 1684 del CC chileno— de donde el criterio para diferenciar una de otra nulidad debería resultar de la naturaleza del interés en juego. Cuando el vicio trasciende el interés meramente circunstancial individual de los sujetos del negocio, se estaría en una nulidad absoluta²⁸.

²⁵ Moisset de Espanés, L., "La nulidad absoluta y su declaración de oficio", JA, 1980-II-164; Cifuentes, *Negocio jurídico, op. cit.*, p. 627, citado por E. A. Zannoni, en *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*.

²⁶ Conf. Vélez Sársfield, D., *Escritos jurídicos*, en "Textos y documentos", p. 87 en que se produce el alegato del Dr. Vélez Sársfield en la causa de "don Miguel Azcuénaga c. Vicenta Costa", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1971.

²⁷ Llambías, J., *op. cit.* Orgaz, *op. cit.* Borda, *Parte general*, II, n° 1246; Boffi Boggero, "Nulidad de los actos", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. xx, cit. por Belluscio *op. cit.*

²⁸ Zannoni, *op. cit.*

Sostiene Buteler Cáceres:

“Dígame, pues, que la nulidad es absoluta cuando el interés vulnerado es de tal índole, que por una razón de seguridad jurídica o de bien común, su guarda está confiada única y exclusivamente a la ley, de manera que la observancia de sus preceptos se torna forzosa e irrenunciable y no deja margen a la libertad de las partes para consentir la violación del precepto que condiciona la validez del acto”²⁹.

Se dice, así, que los actos inválidos son de nulidad absoluta si entran en conflicto con el orden público³⁰, o cuando la falta de uno de los requisitos esenciales para la celebración de un acto jurídico implica una alteración del orden público, por resultar notoriamente lesivos los principios generales aceptados en nuestro derecho positivo³¹.

En relación con los sujetos serán nulos de nulidad absoluta los negocios concluidos por personas a quienes se prohíbe su realización: por ejemplo, compraventa entre quienes el artículo 1361 CC las veda absolutamente³².

Son anulables, si la prohibición del objeto, o su ilicitud, inmoralidad, etc., requieren una investigación de hecho y una apreciación judicial de las pruebas aportadas por quien acciona por nulidad; idénticamente, si el negocio reconoce una causa ilícita —contraria a la ley— pero es menester una apreciación de los hechos. Pueden considerarse comprendidos en este caso los supuestos de simulación ilícita, en que bajo la cobertura de la legalidad formal —negocio ostensible— se simula un negocio real que tiende a eludir la norma imperativa que prohíbe ese resultado práctico.

²⁹ Buteler Cáceres, J., “El problema de la clasificación de las nulidades”, en *Estudios de derecho civil en homenaje a Héctor Lafaille*, Buenos Aires, ed. Depalma, p. 200.

³⁰ Llambías, J., *Tratado. Parte General*, t. II, n° 1971; conf. Borda, *Tratado. Parte General*, t. II, n° 1246; Salvat-López Olaciregui, *Tratado. Parte general*, t. II, n° 2637 —alude a las consideraciones de orden público y a la falta de un requisito esencial de validez. Cit. por E. A. Zannoni, *op. cit.*

³¹ Gurfinkel de Wendy, Lilian N., “Clasificación de las nulidades frente al art. 1051 del CC.”, en E. A. Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*; ed. Astrea, *op. cit.*, pp. 64-65.

³² CNCiv, Sala B, 17/10/72, ED, 49-417, *id.*, Sala F, 28/10/71, ED 41-534, *id.*, *id.*, 19/3/63, ED, 4-596, y JA, 1963-IV-336.

Serán anulables los negocios formales solemnemente concluidos mediante el instrumento exigido si éste es anulable³³.

La jurisprudencia resolvió:

“La nulidad del contrato resulta inequívoca por contravenir la prohibición expresa del artículo 1361, inc. 6, del Código Civil. Se trata de un acto nulo de nulidad absoluta (artículos 1043 y 1047). Pero la nulidad, o mejor, el vicio relativo al sujeto, no resulta del título mismo, de la literalidad del contrato, sino que exigirá prueba extrínseca: por ejemplo, las constancias del expediente judicial en que actuó como apoderado del vendedor o de su contraparte, el testimonio del poder, etc. Todo indica que, en la hipótesis, el juez debe —y no sólo puede— declarar la nulidad, ‘con independencia del interés privado en juego, pues la solución se toma a impulsos de un interés superior’”³⁴.

La necesidad de una investigación previa para resolver acerca del verdadero carácter de la nulidad no impide que, una vez comprobada, resulte absoluta e insusceptible de confirmación³⁵.

8. Nulidad total o parcial

El artículo 1039 CC estatuye: “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

La posibilidad de invalidar una parte del acto o de tenerla por inválida si fuera nula de pleno derecho, dejando incólume a la otra parte, depende, según la norma, de que esta cláusula o parte sea separable³⁶, es decir, de que la invalidación no afecte a la economía del negocio.

³³ Salvat-López Olaciregui, *Tratado. Parte general*, t. II, n° 2636. Véase Cifuentes, *Negocio Jurídico*, p. 636.

³⁴ Véase votos del Dr. Boffi Boggero en fallos de la CNCiv, Sala C, 26/12/56, LL, 86-743, y del 25/10/57, LL, 90-296. Conf. Boffi Boggero, *Tratado*, t. I, § 312, p. 733.

³⁵ CS 17-3-89 sumario Aoo49638.

³⁶ CNCiv, Sala E, 9/12/63, ED, 8-860; *id.*, *id.*, 20/11/62, ED, 4-332; *id.*, Sala D, 13/4/73, LL, 150-669 y JA, 20-1973-185; *id.*, Sala F, 19/3/63, LL, 110-635 y JA, 1963-IV-336; C1°CivCom La Plata, Sala III, 29/12/59, DJBA, 60-61; CApel.Rosario, Sala II CivCom, 12/8/58, *Juris.* 13-317.

La separabilidad no es una cuestión material o mecánica, sino interna o espiritual, en el sentido de que hay que atender a la verdadera intención de los creadores del acto³⁷.

9. Nulidad e inexistencia

Zachariæ creó la teoría de la inexistencia refiriéndola especialmente al matrimonio, después la recogieron Aubry et Rau, y desde Francia se extendió a otros países.

Para el derecho el acto inexistente es un acto no sucedido. El acto inexistente es sólo la apariencia de un acto jurídico, y no llega a serlo por ausencia de alguno de los elementos esenciales relativos al sujeto, al objeto o a la forma.

Para los franceses la noción no se encuentra ligada a las normas positivas, ni se encuentra su fuente en ellas, sino que proviene de la naturaleza misma de las cosas.

En nuestro país la doctrina está dividida. Una parte acepta la teoría de la inexistencia y otra considera que es inútil, pues las normas sobre nulidad son suficientes para privar de efectos al acto que se considera inexistente.

La teoría de la inexistencia ha tenido acogida jurisprudencial para el caso del acto otorgado sobre la base de un mandato falso, por no estar extendido en protocolo; de una hipoteca atribuida a quien no era el propietario, en caso de falsificación de la firma del vendedor en una escritura de compraventa antecedente³⁸; la falta de autorización del notario en la matriz...

Es importante señalar que el término invalidez tiene correspondencia con el de nulidad, y suele usarse indistintamente. No obstante, es diferente el sentido semántico, pues *nullus* se compone de: *ne* o sea "no", y *ullus*, vale decir "alguno" (no alguno), por lo cual, etimológicamente, nulidad e inexistencia se confunden; jurídicamente, nulidad tiene un alcance distinto de inexistencia y equivalente a invalidez³⁹.

³⁷ Cifuentes, *op. cit.*, p. 605.

³⁸ CNCiv, Sala F, 17/8/79, LL 1980-D-290.

³⁹ Anzola, N., *Lecciones elementales de derecho civil colombiano*, t. II, p. 441, citado por Cifuentes, *El negocio jurídico*, ed. Astrea, 1990.

La inexistencia del acto jurídico puede ser peticionada judicialmente por el interesado en cualquier instancia del proceso, por cualquier persona, aun por aquella que fuera culpable, y los jueces pueden aplicarla de oficio.

El acto inexistente no produce efecto alguno y no serían aplicables los artículos 1050 a 1055 CC. No puede el tercer adquirente ampararse en el artículo 1051 CC y procede la acción reivindicatoria del propietario despojado de su derecho.

La jurisprudencia no es conteste en este instituto. En algunos casos es admitida y en otros precedentes se rechazó la teoría, estableciéndose que solamente corresponde la nulidad absoluta del acto legislada en nuestro ordenamiento.

10. Nulidad e inoponibilidad

La inoponibilidad es la ineficacia del acto respecto de determinadas personas que pueden desconocerlo como si no existiera.

Se diferencia de la nulidad en que la ineficacia del acto es *erga omnes* incluyendo las partes y los terceros.

En la inoponibilidad el acto tiene eficacia entre las partes y algunos terceros, pero respecto de otros el acto es ineficaz.

Cifuentes nos dice que son ejemplos de inoponibilidad los actos celebrados en fraude de los acreedores (artículo 965 CC); el instrumento privado que no tiene fecha cierta (artículo 1034 CC), el contradocumento no asentado en la escritura matriz que no puede oponerse a los sucesores a título singular (artículo 996 CC); la nulidad del acto no se puede oponer a los terceros de buena fe y a título oneroso (artículo 1051 CC); el contrato realizado por terceros sin representación no afecta al mandante que no lo ratifique (artículo 1930 CC); la hipoteca no registrada no es oponible a terceros (artículo 3135 CC); la falta de inscripción en los registros inmobiliarios con relación a terceros interesados de buena fe (artículo 2505 CC); las donaciones inoficiosas y los legados que excedan la porción disponible no afectan a los herederos forzosos (artículos 1830, 1831, 3537 y 3600 CC); los actos de disposición sobre el dominio revocable no se pueden oponer al dueño anterior (artículo 2670 CC), etcétera.

El fundamento de la inoponibilidad del negocio jurídico radica en la protección particular que la ley quiere brindar a ciertos terceros llamados terceros interesados, en la necesidad de brindar seguridad jurídica. La sanción de ineficacia establecida en la ley, respecto de un negocio válido y eficaz entre las partes lo priva de sus efectos en relación con ciertos terceros.

Se ha entendido que la inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por la ley, independiente de la invalidez.

Para la doctrina la prescripción de la acción de inoponibilidad es de diez años contados desde la celebración del acto (artículo 4023 CC).

11. Invalidez del acto y del documento

Debemos distinguir entre la nulidad del acto, contenido, y la nulidad del documento, continente.

El acto o negocio jurídico instrumentado bajo la forma de la escritura pública, guarda su total independencia de ella, y la invalidez de uno no se comunica a la otra y viceversa, salvo que se trate de una prescripción legal formal que haga a la existencia del acto jurídico⁴⁰. En este caso al disponer la ley la nulidad de pleno derecho cuando el acto "no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley, establece los efectos previstos en los artículos 975 a 977".

Por el artículo 1044 CC, al ser nulos los instrumentos queda sin efecto el acto si éste dependía para su validez de la forma exclusivamente ordenada por la ley.

Las causales que determinan la nulidad de pleno derecho del instrumento y arrastran al acto que estaba subordinado por orden legal a la forma instrumental, surgen, entre otros, de los artículos 980, 981, 983, 985, 986, 988, 998, 1004, 1005, 3607, 3622 CC, etcétera⁴¹.

La última parte del artículo 1045 CC tiene también correlatividad con el artículo 1044, pues trata de los actos formales en que se exige legalmente la declaración por el instrumento y éste es anulable. Al ser el instrumento anulable será vulnerable el acto por medio de la sentencia que decreta su anulación. Ejemplo de esta especie es el artículo 989 CC que declara anulables los instrumentos públicos cuando alguna de las partes arguyera su falsedad en el todo o en parte principal, o si tienen imperfecciones no salvadas. Esa anulabilidad refleja que se propaga al acto, cuando éste deba constar en el instrumento indicado por razón de solemnidad absoluta⁴².

⁴⁰ Llerena, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, 3 ed., t. IV, 1931, p. 53.

⁴¹ La falsedad instrumental aparea la nulidad del acto que requiere un tipo de instrumento: CNCiv, Sala D, 2/9/74, ED, 58-323; instrumento privado no firmado: SCBA, 18/11/80, JA, 1981-II-339.

⁴² Borda, *Tratado. Parte General*, t. II, p. 1243.

12. Invalidez de la escritura pública

Si existen en nuestro derecho dificultades metodológicas y de armonización de las normas que legislan las nulidades del acto jurídico, el conflicto se agudiza al tratar el tema de las nulidades instrumentales.

Vélez Sársfield toma como fuente de los artículos que regulan la nulidad del instrumento a las Partidas, a Freitas, y a los franceses.

Para comprender el tema central debemos señalar:

1. Que el Codificador regula las nulidades de los actos jurídicos en los artículos 1037 CC y siguientes.

2. Que las nulidades están reguladas en la ley de fondo, son expresas y de interpretación restrictiva.

3. Con respecto a los requisitos y las formalidades con que debe celebrarse el acto notarial: el Codificador legisla nulidades de los documentos notariales cuando trata de los instrumentos públicos (artículos 980, 983, 988, 989, 990 CC), de las escrituras públicas —que es una especie dentro del género instrumentos públicos— (Título IV de la Sección II de su Libro II) y de los vicios de las escrituras (en los artículos 998, 1004 y 1005 CC); disposiciones en materia de actas notariales protocolares y de protocolización (artículos 984, 1003, 1035 inc. 3, 1211, 3129, 3636, 3637, 3690 CC y siguientes) y extraprotocolares (artículos 1035 inc. 2 y 3666 CC); y concordantes en testamentos.

4. El Código no establece sanción expresa por la falta de la firma del notario autorizante de la escritura pública. Para una corriente doctrinaria la escritura es inexistente y para otra es nula de nulidad absoluta.

La nulidad instrumental de la escritura pública corresponde si no contuviere el tiempo y lugar en que fue hecha, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden, y la firma de los testigos del acto cuando su presencia fuere requerida, y cuando no se halle en la página del protocolo donde debía ser hecha según el orden cronológico (artículos 1004 y 1005 CC).

Si se trata de un acto solemne absoluto la nulidad de la escritura acarreará la nulidad del acto y el perjuicio es mayor (artículos 976 y 1810 CC). Si la escritura pública es válida y el negocio instrumentado se anula, existe la posibilidad de probar la causa.

La obligación que asume el notario es la de autorizar una escritura pública válida y queda obligado a ese resultado.

Los restantes requisitos formales que hacen al quehacer notarial están regulados en las leyes orgánicas notariales y en los reglamentos y resoluciones notariales dictados por las legislaturas provinciales y los colegios notariales. Las leyes locales no crean causales de nulidad instrumental cuando se trata de escrituras públicas, ya que las provincias, en la reglamentación que realicen sobre éstas, no pueden alterar las soluciones previstas expresamente por el CC, ni sumar nuevos recaudos de forma, como condición de validez.

12.1. Conclusión

Debemos distinguir la nulidad del acto instrumentado y la nulidad del instrumento; la forma de los actos jurídicos y la formalidad de los instrumentos.

1. El incumplimiento de los requisitos de la forma del acto jurídico provoca la nulidad de acto.

2. Son nulos los actos jurídicos cuando no tuviesen la forma exclusivamente ordenada por la ley, o cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos. Es el caso de la nulidad refleja.

3. Son anulables los actos jurídicos cuando dependiesen para su validez de la forma instrumental y fuesen nulos los respectivos instrumentos.

4. La invalidez instrumental impide que el instrumento produzca sus efectos propios.

Por el juego de las consecuencias:

Puede existir una escritura pública que sea válida formalmente, con hechos autenticados correctamente, pero que el negocio que contiene sea nulo. Por ejemplo, en la compraventa entre cónyuges, el acto dispositivo de un demente, etc. En estos casos la nulidad del acto no acarrea la nulidad del instrumento que mantiene su fuerza probatoria para otros efectos.

Es importante la doctrina francesa que entiende que debemos distinguir la ausencia de la formalidad requerida por la ley para la validez del acto solemne, cuya falta ocasiona nulidad absoluta, de cualquier otro defecto del instrumento por vicios de las formalidades, que debe ser interpretada como nulidad relativa. La forma de los contratos solemnes tiene por papel principal la protección de un contratante que necesita ser aconsejado por un notario.

A su vez es importante distinguir la nulidad del instrumento de los meros errores materiales. Muchas veces las observaciones que tiene el documento notarial corresponden al señalamiento de defectos que son válidamente subsanables.

Siguiendo a Pelosi⁴³, el documento puede ser atacado por nulidad y por falsedad.

Pueden existir vicios en la formación del acto (documento) por causas originarias, que generan acción de nulidad:

1) En razón del autor, —falta de competencia, falta de investidura, falta de firma—;

2) En razón de los sujetos instrumentales —falta de firma, falta de firma o incapacidad de los testigos, falta de firma a ruego cuando corresponde—, o

3) Por defectos de forma —que el documento haya sido extendido en hojas que no son protocolo, no cumpla designación de lugar y fecha y nombre de las partes (artículo 1004 CC), no cumpla con el orden cronológico (artículo 1005 CC).

12.2. Posibilidad de conversión

El artículo 987 CC dice:

“El acto emanado de un oficial público, aunque sea incompetente o que no tuviera las formas debidas, vale como instrumento privado, si está firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas”.

La nota del artículo aclara que un acto que no estuviese firmado por el oficial público no valdría ni como acto bajo firma privada, porque el escrito que no está firmado por él no tiene ni la apariencia de un instrumento público.

Para la doctrina mayoritaria la falta de firma del escribano no cuenta ni siquiera con la posibilidad de la conversión formal del artículo 987 CC, y más aún, quienes se enrolan en la teoría de la inexistencia del acto jurídico, consideran que éste es uno de los casos.

⁴³ Pelosi, C., *El documento notarial*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1987.

En distintos fallos la jurisprudencia se ha pronunciado admitiendo la conversión, aun sin la firma del escribano, o sea sin la autorización⁴⁴.

Entendemos que debe imperar el principio de conservación del acto jurídico y el criterio de interpretación del juez debe ser amplio en estos casos, porque mantienen la sustancia del acto y lo que muta es la exteriorización, con la finalidad de que las partes puedan probar el acto y en su caso demandar la forma legal exigida.

12.3. Nulidad por falta de firma en la escritura

Atendiendo a los sujetos instrumentales, la falta de su firma o de la firma a ruego, o la de los testigos del acto cuando su presencia fuese requerida, es causal de nulidad.

El artículo 988 CC dice:

“El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointerésados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que lo hubiesen firmado”.

El artículo 1001 CC dice: “La escritura debe ser firmada por los interesados [...]”, y el artículo 1004 agrega: “son nulas las escrituras que no tuvieron [...] la firma de las partes”.

La razón de ser de esa doctrina radica en la circunstancia en que el consentimiento de los que suscribieron haya sido dado con la condición de que los demás también se obligaran; faltando la firma de éstos el negocio jurídico no advino y sólo puede hablarse de proyecto de negocio jurídico. La ausencia de firma de una de las partes comparecientes, tratándose de actos bilaterales o multilaterales, acarrea como consecuencia otra invalidez jurídica, y el instrumento público es nulo⁴⁵.

Es evidente que la escritura pública que documenta un acto jurídico y no está firmada, tiene como sanción legal la nulidad del instrumento. La distinción

⁴⁴ “*Juri F. c. Murdoch J.*”, LL 1975 A, 476.

⁴⁵ Spota, A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, vol. 3, ed. Depalma, 1958, p. 236.

que hacemos se presenta en el caso de que la escritura documente más de un negocio jurídico y falte la firma de una de las partes de uno de los negocios, o si la firma que falta no es de las partes en el negocio.

Nuta admite la nulidad parcial del instrumento y dice que no sería pasible de nulidad instrumental cuando se documentan actos simultáneos en una misma escritura y falta la firma de alguna parte de uno de los actos, constando la firma de las partes del otro acto, pues cuando Vélez prevé la nulidad siempre está pensando en un acto jurídico para cada escritura pública. Para justificar lo dicho, basta leer algunos artículos del Código Civil, como por ejemplo el 1001, cuando dice “[...] la naturaleza del acto [...]”, el 1004 cuando dice “[...] testigos del acto [...]”, el 999 cuando dice “[...] que dará fe del acto [...]”, etc. Vélez sólo se refiere a un acto y, desde luego, si respecto del mismo faltare alguna firma esencial, el acto sería nulo⁴⁶.

Solari Costa concluye que si la firma que falta en una escritura no es de ninguna de las personas partes en el negocio instrumentado, la misma adolece de una invalidez parcial, por lo que el instrumento no queda invalidado totalmente sino con respecto al acto donde se encuentra la omisión, y se convalida y rescata el acto que contiene todas las firmas, pues la invalidez parcial no lo afecta.

Al margen quedan las responsabilidades del notario por la irregularidad de mencionar un compareciente que no firma. La falta de esa firma en la escritura no sólo no incide en el negocio jurídico, sino tampoco en la validez formal total del documento público⁴⁷.

La jurisprudencia ha dicho: “Si una escritura matriz no fue firmada por el representante de la acreedora hipotecaria es nula, pues no se ha cumplido con la forma exclusivamente ordenada por la ley (artículo 1004 CC), en lo que concierne a la formalidad de las firmas de todas las partes otorgantes del acto prevista —entre otras— bajo esa sanción. Trátase de nulidad absoluta del instrumento [...]. Se trata de una nulidad parcial, que sólo comprende a la parte de la escritura

⁴⁶ Nuta, A. y otros, “Venta e hipoteca. Su problemática en las instrumentaciones simultáneas”, en *Curso de Derecho Notarial*, Nuta (dir.), Buenos Aires, ed. Ad Hoc, mayo 1999.

⁴⁷ Solari Costa, Academia Nacional de Notariado, *XLVI Seminario Laureano Moreira*, noviembre 2003, y menciona la opinión en el seno de la Academia. En opinión estricta Pelosi, H. y F. Cerávolo. En opinión contraria por la validez en el supuesto, Etchegaray, Acquarone, Casabé, Falbo, Carminio Castagno.

que se refiere al mutuo, ya que este contrato es un negocio independiente del de compraventa, siendo perfectamente separables dentro de la escritura única. Si se los juntó sólo por razones prácticas, concurre el requisito de la última parte del artículo 1039 del CC. El título de dominio del comprador sobre el inmueble adquirido no queda perjudicado [...]”⁴⁸.

12.4. Anulabilidad del instrumento público

Son anulables los instrumentos públicos por declaración de falsedad cuando tuviesen enmiendas o alteraciones en partes esenciales no salvadas al final (artículo 989 CC).

Como contracara de la autenticidad, hablamos de i) falsedad externa cuando nos referimos al cuerpo o instrumento en sí mismo, adulterado materialmente en todo o en parte, y ii) falsedad interna o intrínseca a la referida al contenido sustancial, ideológico o inmaterial del documento.

Es importante advertir que el instrumento público tendrá fuerza de auténtico, hasta que la sentencia se pronuncie por su falsedad.

Al decir de Demolombe, la necesidad de que la ley ofrezca a las partes un medio para constatar derechos y hechos sin necesidad de producir prueba, justifica ampliamente esta normativa.

En un instrumento público lo que hace plena fe, hasta su redargución de falsedad, es la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese enunciado como cumplidos por él mismo o que han sucedido en su presencia, pero no si son veraces las manifestaciones que alguno de los intervinientes en el acto efectuó al mismo⁴⁹.

13. Acción de redargución de falsedad. Trámite procesal

El Código Procesal Civil y Comercial –artículo 393 CPCCBA y el CPCCN artículo 395–, dice que la redargución de falsedad de un instrumento público

⁴⁸ CNCiv, Sala C, “Rodella c. Neofin”, 30/6/86. Sumario C0001105.

⁴⁹ Sup. Corte Bs. As., 9/11/1993, “Faiazzo, Elba v. Ochoa de Alda de Caiola, Victoria M.”, JA 1995-I-síntesis.

tramitará por incidente que deberá promoverse dentro del plazo de diez días de efectuada la impugnación, bajo apercibimiento de tener a quien lo formulare por desistido.

La vía incidental se abre en un proceso pendiente. Para ello deben haberse cumplido en el expediente o causa las premisas previstas en la norma, y ellas, tal como reza el artículo, son: 1) efectuarse la impugnación de la autenticidad del instrumento público, con el puntual traslado del mismo; 2) promoverse el incidente dentro de los diez días de impugnado.

Cumplido el tiempo y la forma el juez ordena la suspensión del pronunciamiento definitivo a fin de que se resuelva en forma conjunta.

En este caso el juez suspenderá el pronunciamiento definitivo para resolver el incidente conjuntamente con la sentencia.

Planteado en tiempo y forma el incidente, el propio Código impone al juez ordenar la suspensión del pronunciamiento definitivo –en el pleito principal– a fin de que se resuelvan en forma conjunta ambas pretensiones. El proceso principal, pues, continuará sustanciándose hasta el llamamiento de autos para sentencia o etapa asimilada⁵⁰.

Siempre que se accione por nulidad de la escritura pública el notario autorizante debe ser parte en el juicio.

En el *III Congreso Internacional del Notariado Latino*, se adoptó el principio de que ninguna acción de responsabilidad podrá ser ejercida contra un notario como consecuencia de la oposición a un acto que haya otorgado, sin llamárselo a intervenir en el juicio a fin de permitir salvaguardar efectivamente sus derechos y legítimos intereses, evitándose así, en consecuencia, que se le imponga la autenticidad de cosa juzgada como un resultado al cual no sólo ha permanecido extraño sino que incluso ha podido ignorar.

Para parte de la doctrina el rechazo del incidente de redargución de falsedad no implica la imposibilidad del replanteo de la cuestión por vía principal, según lo previsto en el artículo 993 CC⁵¹.

Interpretando las normas de forma, en armonía con las de fondo, no corresponde plantear la acción ulterior de querrela de falsedad si intentada inciden-

⁵⁰ Morello, Sosa, Berinzonze, Código Procesal en lo Civil y Comercial Prov. de Buenos Aires y de la Nación, art. 393, Librería Editorial Platense, 1991, p. 457.

⁵¹ Corte Sup., 7/5/1998, “Dresdner Forfaitierungs Aktiengesellschaft v. Provincia de San Luis”, JA 1998-IV-565.

talmente fue rechazada o frustrada, sea por pronunciamiento adverso o por el desistimiento del proceso por la parte o la caducidad por el transcurso del tiempo que señala la ley⁵².

13.1. Efectos de la acción

Iniciada la acción de falsedad, sólo podrá decretarse la suspensión provisional de los efectos probatorios del documento o la del cumplimiento del acto a que se refiere, si aparecen indicios evidentes de la existencia de la falsedad.

14. Jurisprudencia. Falsedad de título

La excepción de falsedad de título debe fundarse exclusivamente en la falsificación o adulteración material del documento, en todo o en parte. Dicha defensa debe apreciarse en función de lo dispuesto en los artículos 993 y 995 CC, de modo tal que no es viable en la ejecución hipotecaria redargüir de falsa la escritura pública en que se base la ejecución, pues para ello debe promoverse la correspondiente acción⁵³.

La excepción prevista en el inc. 4 del artículo 544 del Código Procesal sólo puede fundarse en la adulteración material del documento, o sea en la circunstancia de haberse alterado mediante supresiones, modificaciones o agregados, las enunciaciones contenidas en la escritura hipotecaria, o bien falsificado las firmas del escribano o de las partes intervinientes en el acto⁵⁴.

La excepción de falsedad de título no puede fundarse en la alegación de circunstancias que eventualmente puedan llegar a configurar un delito, pues la cuestión no es susceptible de ventilarse en el juicio ejecutivo sino a través de la vía correspondiente⁵⁵.

⁵² Nuta, A. R., Abella, A., "Forma de impugnación de los instrumentos públicos", *Revista del Notariado*, n° 825, 1990, p. 592.

⁵³ CNCiv, Sala A, junio 24-996. "Abud, Marcos G. c. Montenegro de Abraan, Adelina", *DJ*, 1996-2-1017.

⁵⁴ CNCiv, Sala F, diciembre 12-995. "Jáuregui, Rubén D. y otro c. Rodríguez, Ricardo J. y otro", *DJ*, 1996-2-552.

⁵⁵ CNCiv, Sala F, diciembre 12-995. "Jáuregui, Rubén D. y otro c. Rodríguez, Ricardo J. y otro", *DJ*, 1996-2-552.

La excepción de falsedad es inadmisiblesi el demandado solamente ha cuestionado la habilidad del documento y negado la deuda, pero no ha hecho lo mismo con relación a la autenticidad de la firma, pues tal actitud importa la consolidación del derecho del ejecutante (doct. artículo 163, inc. 6 *in fine*, Cód. Procesal), siempre que la estructura del título invocado traduzca un válido reconocimiento de la obligación⁵⁶.

No constituye falsificación de instrumento público la modificación hecha en una escritura de poder corrigiendo un error en la inscripción del nombre del mandatario⁵⁷.

La fecha asentada en un instrumento público es uno de los hechos que gozan de plena fe. Si a ello se añade que los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de aquél, si no alegasen que testificaron por dolo o violencia que se les hizo, al no darse tales circunstancias, ni haberse redargüido de falsedad el instrumento en cuestión, éste mantiene la plena fe de la que se encuentra investido, la que alcanza, obviamente, a su fecha⁵⁸.

Procede el auto de procesamiento referido a falsificación de documento público dictado respecto de un escribano en el marco de una causa por estafa, toda vez que el imputado dio fe de conocimiento en lugar de acreditar la identidad de la vendedora en la escritura mediante los medios que regula el artículo 1002 del CC, con lo cual otorgó plena fe a la falsa identidad de aquélla.

Corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación contra el auto de procesamiento del imputado –en el caso, referido a falsificación de documento público– por parte de un escribano, si la querrela pretende demostrar que aquél es partícipe necesario de otros delitos sobre los cuales no decide el auto apelado ni los excluye, pues la pretensión puede ser acogida posteriormente⁵⁹.

⁵⁶ CNCCom, Sala A, febrero 21-996. "Diners Club Argentina S.A. C. y de T. c. Torres, Susana E.", *DJ*, 1996-2-354.

⁵⁷ CNCasación Penal, Sala II, diciembre 28-995. "Guiter, Juan F.", *DJ*, 1996-2-269.

⁵⁸ CNacCiv, Sala C, 15/7/1996, "Granado, Elsa N. v. Zarzecki de Zimmerman, Paulina y otros", *JA* 1997-III-síntesis.

⁵⁹ CNCrim y Correc, Sala V, 2001-10-09, *LL* 2002-1, p. 630.

Instrumentos públicos

Redargución de falsedad. Escritura pública que constituye un gravamen hipotecario. Inmueble ganancial. Falsedad de la firma de la cónyuge. Artículo 1277 del Código Civil. Prescripción: cosa juzgada: Sentencia penal. Artículo 1103 del Código Civil

Cabe declarar la nulidad de la escritura pública que constituyó un gravamen hipotecario sobre el inmueble ganancial de propiedad del marido, si ha quedado demostrada la falsedad de la firma atribuida a la esposa por cuanto, el hecho de que ésta no haya prestado su conformidad en los términos del artículo 1277 del Código Civil torna nulo el acto, y si bien tal nulidad es relativa, ya que no se encuentra comprometido el orden público sino el interés patrimonial del otro cónyuge, la acción de redargución de falsedad incoada por aquélla pone de manifiesto su voluntad contraria a la afectación del inmueble por una hipoteca. El plazo de prescripción de dos años consignado en el artículo 4030 del Código Civil sólo resultará aplicable a los supuestos de nulidad por vicios de la voluntad o del consentimiento previstos en esa norma, mientras que para los demás casos rige el plazo común de diez años establecidos en el artículo 4023 del citado ordenamiento. El artículo 1103 del Código Civil limita la autoridad de la cosa juzgada de la sentencia penal al supuesto de que fuere absoluta y respecto a la verificación de la inexistencia del hecho principal en el cual se funda la acusación, y si bien la ausencia de culpa del imputado es un modo de inexistencia del acto respecto de él, ello no implica que el ilícito no exista porque no se pudo individualizar a sus autores⁶⁰.

15. Relaciones entre las acciones civil y criminal⁶¹

Existen varios criterios respecto de la relación entre la acción civil indemnizatoria y la acción criminal:

⁶⁰ CNCiv, Sala A, 2005/12/20. "Fontenova Humberto y otra c. S.A. J. y otros". La Ley, supl. 30.3.2006

⁶¹ Bustamante Alsina, J., voz "Acción civil y criminal", en Alterini A.A.-López Cabana, R. M., (dir.), *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

1. Independencia. En el sistema adoptado por el artículo 1096 CC la indemnización "sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal".

2. Unidad. Supone que la indemnización, en caso de delito penal, sólo puede ser reclamada ante el juez en lo criminal. La unidad puede ser forzosa (común en el artículo 63 del proyecto), o voluntaria (como en el artículo 29, Código Penal).

3. Interrelación. Este sistema —que es el vigente en el derecho argentino— admite la interrelación de las acciones civil y criminal.

La ley 23.984 establece⁶² el régimen de la acción civil sustanciada ante el juez en lo penal sujeta a las siguientes directivas:

1. La acción civil, tendiente a "la restitución de la cosa obtenida por medio del delito y la pretensión resarcitoria civil" (artículo 24), puede ser ejercida ante el juez en lo criminal, "en cualquier estado del proceso hasta la clausura de la instrucción" (artículo 90), y en tanto esté pendiente la acción penal (artículo 16).

2. Tienen legitimación activa "el titular" de la pretensión resarcitoria civil, "sus herederos en relación a su cuota hereditaria, representantes legales o mandatarios" (artículo 14). Para ejercer la acción es preciso que se constituyan en "actor civil" (artículos 82 y 87).

3. Son legitimados pasivos "los partícipes del delito" y "el civilmente responsable" (artículo 14). El actor tiene derecho para demandar civilmente a todos, o para dirigir su acción solamente contra el partícipe, pero si demanda al civilmente responsable, "obligatoriamente" debe demandar también al partícipe (artículo 88).

4. La constitución como acto civil procede "aun cuando no estuviere individualizado el imputado" (artículo 88). Pero la demanda civil debe ser concretada inmediatamente después de dictado el auto de procesamiento (artículo 93).

5. Las facultades de actuación del actor civil en el proceso penal son amplias: se le reconoce "la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho

⁶² Darritchon, L., voz "Acción civil en el proceso penal", en Alterini A. A., López Cabana, R. M. (dir.), *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 80. Martínez Álvarez, E. M., "Acción civil en el proceso penal", en Bueres, A. J., Kemelmajer de Carlucci, A. (dir.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, 1997, p. 218, citado por Alterini, A., *Derecho de las obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 254.

delictuoso, y reclamar las medidas cautelares y restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes" (artículo 91).

6. Cuando el juez en lo criminal ha decretado el procesamiento del imputado, y luego resuelve absolverlo, en la sentencia absolutoria debe pronunciarse sobre la pretensión civil (artículo 16).

7. El actor civil no tiene derecho a plantear recurso contra el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, "sin perjuicio de las acciones que pudieren corresponderle en sede civil" (artículo 95).

8. El actor civil puede desistir de su acción en cualquier estado del proceso.

Cuando se trata de la acción penal pública, "el desistimiento importa renuncia de la acción civil" (artículo 94), por lo cual dicha acción civil no podrá ser planteada en lo sucesivo en ninguna sede.

Cuando se trata del desistimiento de la acción penal privada, y la acción civil no fue promovida en sede penal, cabe la "expresa reserva de la (acción) emergente del delito" para deducirla posteriormente en sede civil.

Conforme el artículo 1101 CC: "Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación (sentencia) en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal [...]".

Según la jurisprudencia, el impedimento que deriva de que exista una acción criminal pendiente únicamente incide sobre la sentencia definitiva del juez en lo civil; es decir, el proceso civil continúa, y sólo se lo detiene antes de dictar sentencia a la espera del pronunciamiento del juez en lo criminal.

15.1. Excepciones

No obstante, el juez en lo civil puede dictar sentencia aunque esté pendiente el proceso penal, en las siguientes situaciones:

1. Si el acusado fallece (artículo 1101, inc. 1, CC).
2. Si está ausente (artículo 1101, inc. 2, CC).
3. En general, siempre que haya paralización temporaria o definitiva del proceso penal, verbigracia, por amnistía, prescripción, perdón del ofendido en su caso, etcétera.

15.2. Influencia recíproca de las sentencias

• Incidencia de la acción civil

En principio,

"[...] la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior, intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación" (artículo 1105, CC).

Limitación al principio señala el artículo 1104 del CC:

"Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada [...]".

Debe ser señalado que, no obstante que el artículo 1104 alude a la "condenación" criminal, la jurisprudencia entiende que, habiendo cuestiones prejudiciales no decididas, se impide lisa y llanamente la iniciación del proceso penal.

• Incidencia de la acción criminal

El proceso penal puede concluir por condenación del acusado, por absolución o por sobreseimiento.

Tales pronunciamientos se interrelacionan con el proceso civil cuando han sido anteriores a la sentencia del juez en lo civil; porque, en el supuesto inverso, "Cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dada en el juicio civil pasada en cosa juzgada, conservará todos sus efectos" (artículo 1106, CC) expresión legal que, en principio, es exacta.

15.3. Condenación

"Después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado" (artículo 1102 CC).

La sentencia penal condenatoria hace cosa juzgada: en cuanto al hecho y en cuanto a la culpa.

El juez en lo civil no podrá, pues, desconocer el hecho como no realizado, o considerar que el condenado no tuvo culpa; y adviértase que, como se ha visto, ha debido postergar su sentencia a las resultas del proceso criminal pendiente.

Según el plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 2-IV-46, "*Amoruso c. Casella*", JA, 1946-I-803, "la sentencia absolutoria recaída en el juicio criminal no hace cosa juzgada en el juicio civil [...] respecto a la culpa del autor del hecho en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados".

16. Opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el instrumento falsificado y los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso

Los casos de instrumentos públicos falsificados tienen especial relevancia en las transmisiones de dominio realizadas por quien no es propietario del inmueble, sobre la base de falsedad material de firmas, o la presentación de documentos falsos.

Para Belluscio, Llambías y Borda, el acto jurídico es inexistente, y los subadquirentes quedan desamparados frente al verdadero propietario ajeno a la maniobra, que goza de acción de reivindicación y de daños y perjuicios.

Otra parte de la doctrina interpreta que el acto es inoponible al verdadero propietario por tratarse de una venta de cosa ajena.

Una tercera corriente sostiene que el acto es nulo de nulidad absoluta, pero no se aplica el artículo 1051 CC.

La aplicación del artículo 1051 CC supone una anterior adquisición por acto nulo o anulable y una ulterior adquisición onerosa de buena fe. Esta última transmisión es la tutelada con miras a que los sucesores singulares no sufran los efectos de la invalidez. El requisito de la buena fe es la nota sobresaliente y esencial que se advierte no sólo en lo que hace al campo de aplicación de la acción reivindicatoria, sino también con relación a las medidas de protección para terceros adquirentes.

La mala fe consiste en el conocimiento de la nulidad o ineficacia del acto que sirve de antecedente de la transmisión en el momento de la subadquisición por el tercero; la buena fe radicaría en la ausencia razonable de dicho conocimiento.

Cuando se trata de un acto inexistente resultarían privados de la protección del artículo 1051 *in fine* del CC, aun los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, pues están amparados contra las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto antecedente nulo o anulado, pero en el que ha sido parte el propietario enajenante.

La jurisprudencia entiende que:

"Si la escritura de venta ha sido materialmente falsificada, no hay acto jurídico o, para decirlo con más propiedad, estamos en presencia de un acto inexistente [...]. La buena fe requerida por el artículo 1051 del CC no es la denominada buena fe registral"⁶³. El párrafo final del artículo 1051 CC no resulta aplicable al supuesto de inexistencia de acto jurídico⁶⁴.

"Los actos celebrados sin la intervención de un sujeto necesariamente habilitado para su realización son inexistentes". "Si el acto por el cual se 'adquirió' un bien de quien no era propietario es evidenciado, no corresponde dejar en cabeza del subadquirente del dominio de la cosa so pretexto de la apariencia, pues conculcaría el derecho constitucional de propiedad del verdadero dueño (CNCiv, Sala G, 10/5/1984, JA, 1985-I-378; ídem, Sala E, 20/3/1996, JA, 1997-III-50). El tercero que adquiere un inmueble de quien no era su dueño, sino de quien lo sustituyó fraudulentamente, fue víctima —de no conocer tal circunstancia— de un delito cuyas consecuencias (v.gr. sucesivas transferencias) son inoponibles al verdadero propietario de aquél (cnfr. Belluscio - Zannoni, 'Código Civil...', t. 4, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 733)". "En vano invoca el subadquirente su buena fe y la onerosidad de su contraprestación, porque quien le transmitió el derecho aparente no lo tenía al tiempo del acto escriturario, sino en virtud de un acto inexistente emanado de quien carecía de potestades para ello (Llambías, Jorge J. *Nulidad y terceros de buena fe*, LL, 1979-D, pp. 196/197)." "La condición de tercer adquirente de buena fe a título oneroso es insustancial, ya que en el acto inexistente falta un elemento esencial para su formación que constituye una apariencia sin realidad jurídica (cnfr. Gaudet, Serge, 'Inexistence, nullité et annulabilité du contrat: essai de synthèse', Revue de Droit de Mc. Gill, vol. 40, nro 2, 1995, pp. 291/363)". "En el caso, nos encontramos ante dos transmisiones a 'non dominio', es decir, sin 'autoría' del propietario (CNCiv, Sala E, 5/3/1986,

⁶³ CNCiv, Sala F, LL 1980-D-290.

⁶⁴ SCBABA B222297 17/11/92.

JA, 1986-IV-113). Por ello el tercero carece de amparo jurídico para repeler la acción reipersecutoria del propietario despojado mediante una falsificación en la que no intervino. Por encima de las razones basadas en la apariencia y la buena fe, se encuentra el derecho del propietario, a quien deben volver los bienes involucrados con prioridad (v. Morello, Augusto M., 'Inexistencia y nulidad del contrato', en 'Contratos...', Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ed. Abeledo Perrot, 1997, pp. 200-211)". "Por lo expuesto, los actos impugnados deben reputarse jurídicamente inexistentes, en tanto para su concreción se utilizaron documentos falsificados, sobre los que no pueden sustentarse transmisiones ulteriores, en detrimento del propietario defraudado, que no intervino en tales actos (Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, ed. Astrea, 1994, pp. 568/660; Martínez Ruiz, Roberto, "A casi dos décadas de la reforma del Código Civil", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, nro. 25, Buenos Aires, 1987, pp. 315 y ss.; ver también en contra in extenso Carneiro - Nieto Blanc - Buteler, "El problema de la clasificación de las nulidades", en "Estudios de Derecho Civil...", ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 180; Spota, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", t. V, ed. Depalma, Buenos Aires, 1960, pág. 205 y ss.; Lloveras de Resk, María E., "Tratado teórico práctico de las nulidades", ed. Depalma, Buenos Aires, 1985; Zannoni, Eduardo A., "Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos", ed. Astrea, Buenos Aires, 1986; Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos", ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 201; entre otros)". "Las transmisiones de dominio realizadas por quien no era propietario sobre la base de una falsedad material o documental, no surte efectos ni siquiera respecto de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. En tales casos se protege con mayor énfasis al verdadero propietario que ha sido totalmente ajeno a la maniobra (cnfr. Belluscio - Zannoni, "Código Civil...", t. 4, ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 733)... En casos como el de autos, los subadquirentes de buena fe quedarán desamparados frente al propietario real del inmueble, pero no ante los autores o cómplices de las falsificadores, contra quienes conservarán acciones resarcitorias por los daños sufridos (cnfr. Belluscio, Augusto, "La teoría de la inexistencia", en "Estudios de Derecho Privado...", p. 84 y ss.; Belluscio, Augusto, "Derecho de Familia", t. II, p. 35 y ss.; Borda, Guillermo, *La reforma al Código Civil*, Buenos Aires, 1971, p. 161; Borda, Guillermo, *Derechos Reales*, t. II, nro. 1504; Llambías, Jorge, "Parte General", t. II, nro. 1909; Llambías, Jorge, *Nulidad y terceros de buena fe*, LL, 1979-D, p. 102; cit. por Belluscio - Zannoni, ob. cit., p. 733)."...Ni siquiera el artículo 1051

del Código Civil cubre a terceros subadquirentes contra las consecuencias insoslayables de la declaración de inexistencia del hecho jurídico. El acto inexistente conlleva a que las transacciones sucesivas queden privadas de efectos (Llambías, Jorge, *Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos*, LL, 50-878; Cordeiro Alvarez, "El acto jurídico inexistente", *Boletín del Instituto Civil de Córdoba*, 1942, p. 243; Alterini, Atilio A., "El artículo 1051 del Código Civil y el acto inoponible", JA, 1971, secc. Doctrina; Morello, "Inexistencia...", p. 210; Cifuentes, Santos -Director-, "Código Civil...", t. I, ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 755)".

"La ineficacia de las enajenaciones impugnadas en autos no proviene de la nulidad o anulabilidad del acto (artículos 1041/1045 del Cód. Civil) sino de la mas elemental comprobación de la inexistencia de las aludidas transmisiones. Las sucesivas escrituras públicas anulables y poderes escriturarios crearon la apariencia de un acto jurídico válido pero inexistente, según lo demuestra la realidad facticial del proceso. No existiendo adquirente válido no puede haber subadquirente. Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba sobre un objeto y, recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere (artículo 3270, Cód. Civil)"⁶⁵.

Mariani de Vidal nos dice:

"El tercero de buena fe y a título oneroso, en estos casos de no autoría del propietario, que adquirió de un enajenante no propietario, de mala fe, no quedaría totalmente desprotegido, puesto que basándose su posesión en un justo título y teniendo buena fe por hipótesis, al cabo de diez años se operaría a su favor la prescripción adquisitiva corta regulada por los artículos 3999 al 4014 Cod. Civ., sin que fuera menester esperar el transcurso de los veinte años requeridos por los artículos 4015 y 4016 Cod. Civ."⁶⁶.

⁶⁵ "Yatagan S.C.A. y Winterhalder s/art. 123 de la Ley 19551 s/ordinario" - CNCOM - SALA B - 28/10/2005.

⁶⁶ Mariani de Vidal, M., *Curso de Derechos Reales*, t. 3, Buenos Aires, ed. Zavalía, 1999, p. 413.

17. Simulación en los actos o negocios jurídicos

Desde el punto de vista del método, distinguimos: 1) los vicios de la voluntad, 2) los vicios específicos de los actos o negocios jurídicos, la lesión, el fraude.

La simulación es el acto o negocio jurídico que por acuerdo de las partes se celebra exteriorizando una declaración no verdadera para engañar a terceros, sea que ésta carezca de todo contenido, o bien que esconda uno verdadero diferente al declarado⁶⁷.

“Simular es mentir o porque se oculta una verdad o porque se hace diversa de la efectiva. Hay divergencia entre la voluntad y la declaración –frente a terceros en contemplación de los cuales se emiten siempre–, pues las declaraciones rezan diversamente de la que es la efectiva voluntad de cada declarante y, por tanto, también en las relaciones entre las partes, divergen de las respectivas voluntades, aunque esa divergencia sea inocua porque las partes la conocen”⁶⁸.

La simulación es un vicio propio de los actos jurídicos, configurándose un supuesto de falsa causa a tenor del artículo 501 CC.

Betti advierte que en la simulación tiene lugar la divergencia consciente entre la causa típica del negocio y la determinación causal, es decir, la intención práctica, concretamente perseguida. El negocio es puesto en acción como medio para alcanzar un fin distinto; se presenta un abuso de la función instrumental del negocio, que no es el suyo, aunque pueda ser perfectamente lícito⁶⁹.

La simulación constituye un supuesto de falsa causa del acto o negocio jurídico y se la debe distinguir del fraude, que configura una hipótesis de causa ilícita.

El fraude trata de una inoponibilidad de fondo, es un acto válido entre las partes pero inoponible a los acreedores que pueden intentar la acción pauliana (artículo 965 CC).

El negocio simulado es un negocio ficticio que cualquier interesado puede combatir como tal y con el mismo modo de impugnación –la acción de simulación–, sea lícito o ilícito el fin perseguido con la simulación⁷⁰.

⁶⁷ Cifuentes, *op. cit.*, p. 502.

⁶⁸ Messineo, F., *Manual de Derecho civil y Comercial*, t. 3, Buenos Aires, EJEA, 1954-56, p. 446.

⁶⁹ Betti, *op. cit.*, 50, 294.

⁷⁰ Santoro Passarelli, *Doctrina general del Derecho Civil*, p. 177.

Los elementos de existencia son: 1) disconformidad intencional entre la voluntad real y la voluntad declarada; 2) existencia de acuerdo entre las partes; 3) finalidad de engañar a terceros.

La causa “simulada” puede estar destinada a perjudicar a terceros o a quebrantar el ordenamiento jurídico.

El acuerdo simulatorio resultará inoponible frente a los sucesores singulares del adquirente simulado, con la sola exigencia de la buena fe.

En la querrela en que se imputó a la escribana del delito de falsificación ideológica de instrumento público, en virtud que las manifestaciones vertidas en dicho documento eran falsas por tratarse de una venta simulada se resolvió:

“La obligación del notario es la de atestar lo que los comparecientes “expresan para conferir autenticidad a lo actuado, mas no la de indagar acerca de la certeza de las declaraciones [...] Si la escribana afirmó que el vendedor había declarado haber recibido el precio de venta y que el comprador manifestó estar en posesión de lo adquirido, y la querrela suscribió el documento, lo que implica su conformidad con la protocolización que el escribano efectúa en consonancia a lo que las partes convinieron, debe confirmarse, con costas dealzada, el auto que sobresee a la imputada”⁷¹.

17.1. Clasificación de la simulación según la naturaleza del acto

1. Simulación absoluta: artículo 956 CC, “la simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real”.

2. Simulación relativa: cuando, más allá del negocio ficticio o aparente, las partes están de acuerdo en concluir un acto jurídico diverso: las partes quieren introducir una modificación en su situación jurídica preexistente, pero distinta de aquella que declaran.

Ejemplos: el caso en que se encubre una donación bajo la apariencia de una compraventa; cláusulas penales que no son reales; la antedatación o posdatación de la fecha de un acto.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires dijo:

⁷¹ C.N.Crim. Sala 7ma., causa Nro. 21.304, “S. M. C.”, Rta: 16/07/2003.

“El Código Civil argentino legisla tres formas diferentes de simulación que sólo pueden configurarse mediante la concurrencia de presupuestos que responden a su propia cualidad: si la simulación es absoluta será preciso que las partes se hayan puesto de acuerdo en crear únicamente una apariencia de acto sin contenido ninguno. El Código Civil contempla diversas hipótesis de simulación relativa, en realizar verdaderamente un acto, pero bajo la apariencia de otro de naturaleza distinta, y si es por interpósita persona, que es que en el acto aparente y querido aparezca un sujeto como parte cuando en realidad no tiene este carácter”⁷².

Simulación

La Cámara Nacional Civil resolvió:

“La anulación de la venta simulada de un inmueble no significa que su titularidad retorne al vendedor si no se trata de una simulación absoluta sino relativa en la que concurren dos actos, uno irreal y otro real o disimulado, pues la descalificación del primero no implica la del segundo que mantiene su eficacia [...] Para probar que no ocurrió el acto relatado en el instrumento público debe tachárselo de falso, dado que en tal aseveración está comprometida la fe pública del funcionario interviniente [...] La fe que merece el instrumento público no obsta que sus disposiciones o declaraciones puedan ser argüidas de simulación, sea por terceros o por alguna de las partes, pues ello está dirigido a caracteres intrínsecos y a la eficacia de aquéllas y no afecta a dicha fe [...] Si no se objeta la autenticidad del instrumento público sino su contenido no se necesita argüir su falsedad, en los términos de los artículos 989, 993 y 994 del C.C., toda vez que dicha falsedad no está en el instrumento ni en el oficial público sino en los comparecientes y en el acto jurídico obrado por ellos, independientemente de la regularidad y corrección del instrumento del que se han servido [...] Para demostrar la insinceridad de las cláusulas de un instrumento público, los terceros pueden acudir a todos los medios de prueba”⁷³.

⁷² SCJBA, ED, JA 958III-121.

⁷³ CNC, Sala I, noviembre 3 de 1998. Autos “Ruilópez c/Nesprias, Miguel A., Jiménez de Nesprias María M. y Quarracino, José A.”, LL. 19-11-99.

17.2. Clasificación por su fin mediato

1. Simulación lícita: no tiene como fin perjudicar a terceros ni violar el ordenamiento jurídico.
2. Simulación ilícita: el acto se celebra en perjuicio de terceros o en perjuicio de la ley.

La Corte Suprema de la Nación dijo:

“La finalidad de la preceptiva que contiene el Código Civil sobre la simulación ilícita, es impedir que cualquiera de las partes en su búsqueda por violar la ley, pueda desistir después de haberlo hecho para evitar los efectos de la trasgresión y recobrar la plenitud de las facultades que el ordenamiento le reconoce. La ilicitud en este caso sería objetiva y se caracterizaría sólo por la violación a las normas del agente. La nulidad absoluta no puede tampoco ser alegada por quien la ejecuta sabiendo o debiendo saber el vicio que invalida el acto”⁷⁴.

La simulación puede ser completa o parcial. En el primer caso el engaño abarca todo el negocio. En el segundo sólo una parte.

La simulación relativa puede ser total o parcial. La absoluta, en cambio, no podría ser parcial, ya que no oculta nada verdadero. En la parcial hay cláusulas y manifestaciones verdaderas y otras que no lo son.

17.3. Acción de simulación

La acción de simulación es una acción de invalidez de carácter personal y declarativo. A quien demanda le incumbe la carga de la prueba. Pero en materia de simulación ambas partes tienen la obligación de aportar pruebas.

Existen presunciones legales que no admiten prueba en contrario. Los ejemplos están contenidos en los artículos 1297, 3604 y 3741 CC.

La acción debe entablarse contra todas las partes en el acto simulado.

Los medios de prueba son diversos según que la acción sea intentada por las partes o por los terceros.

La acción de simulación lícita sólo puede ser ejercida por las partes.

⁷⁴ CSJN, JA, 16/6/93, 93-532.

La acción ejercida por una de las partes contra la otra se rige por el artículo 959 CC. A las partes les está vedado accionar por simulación ilícita salvo excepción (artículo 959). La prueba de la simulación exige el contradocumento (artículo 960 CC y la nota al artículo 996).

La acción de simulación ejercida por el heredero de uno de los contratantes debe considerarse como ejercida entre las partes, porque los herederos no son terceros cuando no contraponen sus intereses a los del causante, sino que el interés es el mismo.

Cuando el heredero promueve la acción por derecho propio, en salvaguarda de la legítima hereditaria, su condición es la de un tercero, autorizado para probar la simulación por toda clase de medios⁷⁵.

Si la acción es ejercida por terceros no se exige la presentación de contradocumento.

El heredero forzoso puede oponer la simulación a pesar de no exhibir contradocumento, pues en defensa de su legítima hereditaria actúa en interés propio y personal, con independencia de su vinculación con el causante⁷⁶.

Toda vez que no cabe exigir la prueba escrita de la simulación, el medio frecuentemente utilizado por los terceros es la prueba de presunciones o indicios suficientes para llevar al ánimo del juzgado la convicción de que ha ocurrido la simulación, siendo la apreciación de esa prueba una cuestión de hecho librada al recto criterio judicial.

Constituye un indicio que debe ser considerado corroborante de la simulación de un acto —en el caso una venta inmobiliaria para eludir obligaciones alimentarias— el hecho de que en la escritura de venta de un inmueble se haya manifestado que el precio fue recibido con anterioridad y que no se haya suscripto boleto de compraventa⁷⁷.

En el *II Encuentro de Abogados Civilistas* (Santa Fe, 1998) se recomendó:

“Las acciones de simulación y de fraude pueden ser ejercidas simultáneamente, cuando se presenten supuestos en los que el acto fraudulento celebrado por el

⁷⁵ CI Apel. La Plata, Sala II, LL 15-735.

⁷⁶ CNCiv, Sala D, LL 97-959.

⁷⁷ Cámara Nac. Civil, Sala A, junio 23 de 2000. Autos “B. de L. de O., M. c. L. de O., J. y otra”.

deudor además se haya disimulado bajo la apariencia de otro que dificulta la acción de fraude, o cuando el acreedor ignora cuál acto es real y cuál es ficticio”.

Requisitos que debe reunir el contradocumento:

- a) Debe ser firmado por las partes o por la parte a quien se le opone. Puede ser redactado por instrumento privado o público.
- b) Debe referirse al acto celebrado por las partes y ser realizado con simulación absoluta, relativa, total, parcial, lícita o ilícita, explicando el sentido verdadero del negocio.
- c) Puede extenderse antes, simultáneamente o con posterioridad a la celebración del negocio simulado, requiriéndose sólo que exista unidad de vinculación entre ellos.

El contradocumento ha sido definido como la constancia escrita del verdadero carácter del acto simulado, o como un escrito generalmente secreto que comprueba o reconoce la simulación total o parcial de un acto aparente, al cual se refiere. El contradocumento puede estribar en una carta o en un apunte, no siendo necesario que sea otorgado expresamente conteniendo la declaración de la simulación, ya que basta que este propósito resulte claro e inequívoco. No son condiciones que hagan a la validez del contradocumento ni el doble ejemplar ni la fecha, que puede ser anterior, coetánea o posterior a la del acto simulado, ni la naturaleza de instrumento público o privado, siempre que se justifique su autenticidad. Siempre que el contradocumento reúna los dos elementos que lo configuran: el reconocimiento de la insinceridad del acto al cual se lo opone y la forma material de la escritura, puede emanar unilateralmente por la parte a quien se lo hace valer y no necesita estar redactado en términos sacramentales, ni con formas especiales ni con palabras solemnes o rituales, ya que lo que es esencial es que contenga una positiva y auténtica manifestación de voluntad del aparente favorecido por el acto simulado, de la cual resulte inequívocamente la realidad disfrazada bajo el acto aparente⁷⁸.

A quien alegue que el contradocumento suscripto fue otorgado por mera complacencia, por fraterna amistad, le incumbe el *onus probandi*, debiendo destruir, mediante otro contradocumento o principio de prueba por escrito, el contenido de aquél⁷⁹.

⁷⁸ CNCiv, Sala C, 15/3/79, ED 83-534.

⁷⁹ CNCiv, Sala C, LL 78-579.

17.4. Presunciones

La jurisprudencia admite una serie de presunciones que serán evaluadas en cada caso:

- 1) La amistad entre las partes del acto;
- 2) el parentesco entre las partes del acto;
- 3) la falta de capacidad económica de quien aparece como adquirente;
- 4) la falta de tradición del bien al presunto adquirente;
- 5) pagos anticipados por el presunto adquirente;
- 6) la vileza del precio;
- 7) la enajenación que no parece como necesaria o conveniente;
- 8) la enajenación con pacto de retroventa;
- 9) el abandono del juicio o la desidia en su atención por quien es demandado por simulación.

17.5. Efectos de la simulación

Los efectos son distintos entre las partes y los terceros.

Son partes los que hubieren simulado el acto (artículo 959 CC) y son terceros los que no hubieren concurrido a la simulación.

Con relación a las partes, si la simulación es absoluta, declarado el acto inválido las partes deben restituir las cosas.

Cuando la simulación es relativa queda privado de efecto el acto aparente, pero cobra vigencia el acto oculto (artículo 958 CC). Si el acto real disimulado cumple con las condiciones legales en sustancia y forma, se producen los efectos correspondientes, como si se hubiera celebrado y exteriorizado un único negocio verdadero, exigiéndose las partes las prestaciones todavía no cumplidas⁸⁰.

Conforme el artículo 996 CC: El contenido de un instrumento no puede ser modificado o quedar sin efecto alguno por un contra instrumento público o privado que los interesados otorguen; pero el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco la contra escritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero.

⁸⁰ CNCiv, Sala C, ED 74-137.

El tercero debe ser de buena fe, o sea que no debió haber tenido conocimiento de que el negocio era simulado cuando se relacionó con las partes.

La invalidez no alcanza a los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso (artículo 1051 CC) a partir de la reforma de la ley 17.711.

Se ha consolidado la doctrina que aplica el artículo 996, no sólo a los acreedores particulares, sino también a los de la masa concursal.

18. Fraude

Existen dos especies claramente diferenciadas de fraude. Por un lado, se encuentra el fraude a la ley, que consiste en eludir obligaciones que la ley impone o en atribuirse derechos que ella no reconoce⁸¹, y por otro aquella maniobra engañosa mediante la cual se pretende eludir una prohibición legal o causar un daño a terceros (o bien lograr ambos propósitos al mismo tiempo), realizando un acto jurídico real, en principio lícito, que le sirve de cobertura. Lo que en realidad persiguen es eludir otra norma u otras normas, que les impedirían obtener el resultado o fin práctico que se han propuesto⁸².

En este último sentido el fraude es el acto u omisión del deudor que provoca o agrava su insolvencia, en perjuicio de sus acreedores, sustrayendo bienes de su patrimonio.

Mosset Iturraspe señala que el acto fraudulento no ataca abierta o directamente la norma imperativa; no representa una rebeldía contra el orden jurídico. Por el contrario, exteriormente aparece y muestra un rostro de legalidad. Clasifica dentro del género de los negocios antijurídicos: a) los contrarios a la ley (sea a su letra o a su espíritu); b) los en fraude a la ley; c) los que abusan de los derechos que la ley acuerda. El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada "ley de cobertura", por medio de la cual se viola otra norma, llamada "ley defraudada". La ley de cobertura es, por lo general, suficientemente vaga o genérica como para posibilitar la invocación de su amparo (como lo son las normas que consagran el poder jurigenético de

⁸¹ El fraude a la ley no ha tenido recepción, de un modo general, en nuestro Código Civil, si bien existen algunas disposiciones particulares que tendrían relación con aquél (artículos 1208, 1298 y 3741).

⁸² Véase Zannoni, E. A., en "Código Civil y leyes complementarias", Belluscio (dir.) - Zannoni (coord.), Buenos Aires, ed. Astrea, 1988, t. 4.

la voluntad privada o autonomía de la voluntad, y la fuerza imperativa de las convenciones libremente celebradas, artículo 1197 del Código Civil). Pero la ley defraudada no existe de manera expresa, no se viola ni en la letra ni en el espíritu norma alguna; esa es la razón de la dificultad de la cuestión. Para que tal norma defraudada aparezca, será menester buscar más allá de los *verba legis*, descubrir los fines de la ley, partiendo del bloque único, monolítico, de legalidad (teniendo en cuenta, en suma, la unidad del ordenamiento jurídico)⁸³.

El fraude a los acreedores se encuentra específicamente legislado en los artículos 961 a 972 del Cód. Civil, donde se contemplan los diferentes aspectos de la acción revocatoria o pauliana, que constituye el mecanismo con que cuentan los acreedores para hacer valer sus derechos.

18.1. Acciones de simulación y fraude

Del estado de insolvencia del deudor, resulta patentizado el perjuicio que sufre el acreedor, impedido de obtener la satisfacción de su crédito. El acto de disposición del deudor coloca a éste en dicho estado o lo agrava, lo que legitima al acreedor para impugnar el acto jurídico perjudicial, ajustándose a la regulación de las acciones de simulación o fraude.

Las diferencias de las acciones de simulación y fraude son:

1) La acción de simulación regulada a partir del artículo 955 del Cód. Civil puede ser promovida por una de las partes del acto simulado o por un tercero ajeno al mismo. Va dirigida a nulificar un acto aparente, ficticio, con lo que su admisión en sede judicial beneficiará a todos los acreedores y no sólo al que la dedujo.

La acción revocatoria o pauliana (artículos 961 y siguientes del CC) sólo puede ser promovida por terceros, en principio acreedores quirografarios; se dirige contra un acto real, pretendiendo la inoponibilidad del acto jurídico impugnado como fraudulento sólo al acreedor accionante, y no beneficia a los demás acreedores.

2) En la simulación, dado el carácter meramente aparente del acto jurídico, no interesa la fecha del acto en que fue parte el propio acreedor, que puede ser

⁸³ Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos simulados y fraudulentos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 2001.

anterior o posterior al impugnado mientras que en la acción de fraude, el acto que la soporta debe ser de fecha anterior al otorgado por el deudor con un tercero, dado que tratándose éste de un acto real, quienes fueran acreedores posteriores al mismo, no habrían tenido en vista su objeto⁸⁴.

3) Plazos de prescripción de la acción.

En el caso de simulación el plazo es de dos años, mientras que la acción de fraude prescribe en un año (artículo 4030 y del artículo 4033 del CC).

El artículo 4030 del Código Civil establece como plazo de prescripción de la acción de simulación el de dos años, a partir del momento en que el aparente titular hubiera intentado desconocer la simulación, lo que se refiere literalmente sólo a las partes del acto simulado. Por ello se ha considerado como aplicable a la acción de simulación originada en un tercero la prescripción de diez años, prevista en el artículo 4023, dado que no existe un plazo de prescripción específico y por tratarse la de simulación, de una acción personal. Empero la interpretación contextual de las normas que en el Código Civil se refieren a la simulación entre partes, a los vicios de violencia, dolo, error o falsa causa, fijando un plazo de dos años y, en el supuesto de fraude, de uno menor de un año, hacen posible entender que la prescripción de la acción de simulación ejercida por un tercero, se produce a los dos años, sin perjuicio de recordar que se ha sostenido la imprescriptibilidad de la acción, tratándose de un acto inexistente.

No parece posible admitir, frente a la regulación legal en materia de prescripción de las acciones fundadas en vicios de la voluntad o en el fraude a los acreedores, que el supuesto de prescripción de la acción de simulación ejercida por un tercero deba extenderse a diez años, ello parece conspirar contra la seguridad en el tráfico jurídico, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción debería correr a partir del momento en que el tercero tomo o debió tomar conocimiento efectivo de la existencia de la simulación, lo que asegura a su respecto suficiente protección.

El plazo de dos años corre a partir del momento en que el accionante hubiera tomado conocimiento de la simulación, no bastando una mera sospecha.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió en fallo plenario, por mayoría de sus integrantes, aceptar como término de prescripción de la acción de simulación deducida por terceros, el de dos años⁸⁵.

⁸⁴ Compagnucci De Caso, Rubén H., "Actualidad en la jurisprudencia sobre simulación... Naturaleza, prueba y acción entre las partes", LL, 1999-F, 961 y su nota N° 37.

⁸⁵ CNCivil en pleno, septiembre 10 de 1982, LL, 1982-D, 525.

En otro caso los hijos del causante plantean acumuladas las acciones de reducción y simulación en virtud de una presunta venta celebrada por éste en favor de una sociedad cuyo paquete accionario fuera adquirido por su cónyuge en segundas nupcias. Se trata de actos simulados fraudulentos con el fin de vulnerar la legítima de los herederos forzosos, y se resolvió:

“[...] Cuando el causante simuló la venta de un inmueble de su propiedad con el objetivo de defraudar los derechos de sus herederos forzosos, el plazo de prescripción de la acción de simulación debe computarse desde la apertura de la sucesión, momento en el cual aquéllos quedaron habilitados para ejercer la mencionada acción [...]”⁸⁶.

Acumulación de las acciones de simulación y de fraude

La doctrina moderna sostiene la posibilidad de acumulación, siempre que la acción revocatoria se ejerza en subsidio de la de simulación⁸⁷.

No se afirma simultáneamente que el negocio que se ataca es ficticio y real, sino que se sostiene que es aparente y que, de ser serlo, es fraudulento, con lo que queda salvado el principal obstáculo que formula la tesis opuesta.

En el caso de ejercicio acumulado, el plazo de prescripción de la acción revocatoria se amplía al que corresponde a la acción de simulación⁸⁸.

Lo expuesto tiene que ver con la forma de interponer las acciones disponibles, y con la prueba de los hechos alegados, máxime en un terreno donde la apreciación de los jueces gana necesariamente en significación y si en la duda, habrá de estarse a la validez del acto.

⁸⁶ CNCiv. , Sala M, 2008.3.12, “S. V. A., y otros c. Suc. De H. Z. de S. V.”, La Ley 7.5.08.

⁸⁷ La única condición para la acumulación es que la acción revocatoria se promueva en subsidio de la de simulación, es decir, que se intente esta última, y de no prosperar, por estimarse que el acto impugnado es real, se lo declare inoponible al acreedor que demanda, de donde se sigue que el juez en presencia de una demanda en la que el actor alega la simulación del acto jurídico que dice perjudicarlo y sostiene, subsidiariamente, que de ser sincero, se lo llevó a cabo en fraude de sus derechos, debe examinar, en primer término, la supuesta simulación.

⁸⁸ Véase Mosset Iturraspe, J., *Contratos simulados y fraudulentos*, t. I, p. 259, ed. Rubinzal-Culzoni; Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, p. 642, 2ª ed., ed. Astrea.

18.2. Requisitos de la acción de fraude a los acreedores

Son requisitos:

- a) otorgamiento por el deudor de actos o negocios jurídicos;
- b) provocación o agravación de la insolvencia del deudor; y
- c) sustracción de bienes del patrimonio del deudor en perjuicio de los derechos de los acreedores.

Por ello consideramos que el fraude a los acreedores constituye un supuesto de causa ilícita (artículo 502, CC), toda vez que el deudor, al celebrar el negocio que produce o acentúa su insolvencia, y lo otorga con el fin de causar un perjuicio a sus acreedores.

La esencia del acto fraudulento puede constituir en una enajenación –o, en sentido más amplio, una disposición de bienes o en una renuncia al derecho de adquirirlos– de manera que son susceptibles de impugnación todos aquellos negocios que, al causar o agravar insolvencia del deudor, generan un perjuicio a sus acreedores.

El Código Civil, en el artículo 961 dice que

“todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos”

y el artículo 964 agrega que

“si el deudor por sus actos no hubiere abdicado derechos irrevocablemente adquiridos, pero hubiese renunciado facultades, por cuyo ejercicio hubiera podido mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar sus actos y usar de las facultades renunciadas”.

En la nota al artículo 961, Vélez Sársfield dice que

“[...] No nos reducimos a disponer sólo sobre la enajenación que hiciera el deudor en fraude de sus acreedores, sino sobre todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores”

y en la nota al artículo 964 añade que

"[...] un hombre que ha contraído obligaciones positivas y que no cuida o renuncia los medios de cumplirlas, comete sin duda una falta grave que puede equipararse al dolo",

con lo cual se aparta de la solución consagrada en el derecho romano, que no admitía la impugnación de los actos por los cuales el deudor dejaba simplemente de aumentar su fortuna.

Se ha aseverado que los requisitos de ejercicio de esta acción son distintos según se trate de actos a título gratuito o de actos a título oneroso. Para los primeros, basta el perjuicio, en tanto para los segundos es menester el fraude.

Los presupuestos de la acción pauliana podrían quedar reducidos al *eventus damni* y al *consilium fraudis*; o sea, un presupuesto objetivo, el perjuicio, y un presupuesto subjetivo, el fraude; conceptos éstos que han sufrido una larga evolución en el pensamiento jurídico⁸⁹.

El presupuesto objetivo: es el perjuicio (artículo 962, inciso 2, del Código Civil). Se está aquí en presencia de un perjuicio que soporta el acreedor, a raíz del acto celebrado por el deudor —con un tercero— que haya provocado o agravado su insolvencia. El perjuicio experimentado por el acreedor consiste en que corre el riesgo de no poder hacer efectivo su crédito o de no poder hacerlo efectivo en la medida esperada, como consecuencia de la insolvencia de su deudor, provocada o agravada por un acto que éste celebró con un tercero.

Tal como lo establece el inc. 2 del artículo 962 del Código Civil, se requiere que la insolvencia, que es la que en definitiva configura el perjuicio, tenga una relación causal adecuada con el negocio fraudulento; sea porque éste la provoque, o bien la agrave, produciendo un daño mayor, que se agrega al ya existente.

La delimitación del concepto de insolvencia tiene distintas posturas. Una doctrina, afirma que la insolvencia no es sinónimo de cesación de pagos: la insolvencia supone carencia de bienes patrimoniales para que los acreedores, por medio de su ejecución, logren hacer efectivos sus créditos, o sea que el pasivo debe exceder al activo; mientras que la cesación de pagos puede no coincidir con la insolvencia, en los casos en que el deudor, si bien es titular de bienes ejecutables, carece de liquidez para hacer frente a sus deudas⁹⁰. De modo que la insolvencia, para quienes sostienen esta línea de pensamiento, no se trata

⁸⁹ Tonon, A., *El perjuicio pauliano*, LL, 1985-E, pp. 604 y 605.

⁹⁰ Zannoni, *op. cit.* en nota 21, pp. 423 y 424.

de un mero estado coyuntural o transitorio de desequilibrio patrimonial que pueda traducirse en incumplimiento, sino que el pasivo debe superar de manera continuada al activo, situación que deberá existir en el momento de deducirse la acción revocatoria⁹¹. El deudor es insolvente cuando sus bienes no alcanzan para pagar sus deudas, cuando la diferencia entre su activo y pasivo es negativa; en términos técnicos, cuando su patrimonio neto es negativo^{92 93}.

Brebbia asevera que las nociones de insolvencia y de cesación de pagos, si bien conceptualmente pueden presentar diferencias, a los fines normativos se equivalen, de manera que demostrada la cesación de pagos, se inferirá, inevitablemente, la insolvencia. Asevera esta conclusión lo establecido en el inciso 1 del artículo 962 del Código Civil, según el cual debe presumirse el estado de insolvencia desde que el deudor se encuentra fallido⁹⁴, lo que implica una remisión de la ley civil al régimen de concursos y quiebras. Y si la ley concursal dispone que la cesación de pagos es presupuesto del concurso preventivo y de la quiebra (artículos 1 y 78, ley 24.522), parece evidente —en base a lo dispuesto en el indicado artículo 962 inc. 1— que la insolvencia a que refiere la ley civil debe quedar acreditada con la prueba de la cesación de pagos del deudor.

El presupuesto subjetivo: el fraude pauliano (artículos 968 y 969 del Código Civil).

Afirma Rivera que para revocar un acto a título gratuito, bastan los recaudos examinados hasta ahora (artículo 967, Código Civil).

"Si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuere a título gratuito, puede ser revocado a solicitud de éstos, aun cuando aquél a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor".

⁹¹ Cifuentes, *op. cit.* en nota 9, pp. 559 y 560.

⁹² Véase Tonon A., *El fraude pauliano*, LL, 1986-B, 920

⁹³ Sin embargo, en el derecho concursal la noción de insolvencia se identifica con la cesación de pagos. La cesación de pagos es un estado del patrimonio que se caracteriza por la imposibilidad de atender las obligaciones de manera regular. Así, la cesación de pagos no se identifica con el incumplimiento aislado de alguna obligación, ni con el desequilibrio entre activo y pasivo, pues aun cuando el activo sea superior al pasivo se puede estar en cesación de pagos si no se tiene liquidez, y a su turno, se puede tener un pasivo sumamente abultado sin que haya insolvencia, al no ser el pasivo actualmente exigible.

⁹⁴ Brebbia, R. H., *Hechos y actos jurídicos*, Buenos Aires, ed. Astrea 1995, t. 2.

Pero "si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude" (artículo 968 del mismo Código). Así el artículo 969 dice que:

"El ánimo del deudor de defraudar a sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por su estado de insolvencia. La complicidad del tercero en el fraude del deudor, se presume también si en el momento de tratar con él conocía su estado de insolvencia"⁹⁵.

18.3. Actos susceptibles de impugnación

Se consideran susceptibles de impugnación por fraude, además de los negocios de enajenación—sea por título oneroso o por título gratuito— los siguientes actos:

1) el pago hecho por el deudor insolvente a un acreedor en fraude de otros u otros, como si se tratase del pago de una deuda no vencida (artículo 737 y nota al artículo 961 CC);

2) la renuncia a un derecho o la remisión de una deuda (artículos 868 y 877 y nota al artículo 961 CC), así como la renuncia al usufructo (artículo 2933, Código citado);

3) la renuncia a una herencia (artículo 3351 y nota al artículo 961 CC), la repudiación de un legado (artículos 3804 y 3808, Código citado), la aceptación de una herencia manifiestamente gravosa (artículo 3340, Código citado);

4) la renuncia a la prescripción ya corrida y el pago de la obligación natural prescripta (artículo 3936 y nota CC);

5) la constitución e hipoteca, prenda u otras garantías con relación a obligaciones no vencidas, o que—estando ya vencidas— habían sido contraídas sin esos resguardos (nota al artículo 961, CC);

6) la partición de la herencia hecha en forma que perjudica a los acreedores de alguno de los herederos⁹⁶.

⁹⁵ Rivera, *op. cit.* en nota 6, T. II, pp. 904 y 905.

⁹⁶ Rev. LL, t. 2, p. 466; t. 16, p. 414; t. 63, p. 690.

18.4. Caracteres de la acción revocatoria

La acción que la ley concede a los acreedores para atacar los actos fraudulentos de su deudor se denomina, indistintamente, acción "revocatoria", "de fraude" o "pauliana".

La acción presenta los siguientes caracteres:

a) una acción de inoponibilidad, porque mediante su ejercicio, el acto otorgado por el deudor—válido entre este y el tercero con quien lo celebra— queda privado de eficacia frente al acreedor que acciona, no puede hacerse valer contra él, en la medida necesaria para la satisfacción de su crédito (artículo 965 CC);

b) una acción personal, toda vez que, de prosperar, no produce efectos *erga omnes* sino tan sólo con relación a determinadas personas;

c) una acción ejecutiva, pues con base en la inoponibilidad del negocio fraudulento habilita al acreedor para agredir el bien o el derecho que se encuentra en el patrimonio del tercero con quien el deudor celebró el acto impugnado y, de progresar, le permite ejecutarlo hasta la satisfacción del importe de su crédito.

La acción pauliana entablada por un acreedor, como dijimos, no beneficia a los demás que no la han promovido. Ello, porque la revocación de un acto no tiene por objeto reincorporar el bien al patrimonio del deudor, sino que se limita a dejar expedita la vía para que sobre ese bien pueda recaer la ejecución del acreedor ganancioso.

Distinto es lo que sucede en el proceso concursal, donde la revocación es pedida por el síndico en nombre de todos los acreedores.

18.5. Legitimación activa

La acción en estudio la diferenciamos de la revocatoria concursal, prevista en el artículo 119 de la ley 24.522. Ello sin perjuicio de que la acción pauliana puede ser ejercida tanto antes como dentro de un procedimiento de quiebra, supuesto, este último, previsto en el artículo 120, tercer párrafo de dicha ley concursal.

La acción revocatoria, según el artículo 961 del CC le corresponde a "todo acreedor quirografario"⁹⁷.

⁹⁷ Lo que se explica porque son estos acreedores los que—al no gozar de preferencia para el cobro de sus créditos— tienen de ordinario interés en el ejercicio de la acción, en tanto

No obstante, más allá de la literalidad de la ley cabe reconocer el ejercicio de la acción revocatoria a los demás acreedores –no quirografarios– en las siguientes hipótesis.

A) los acreedores con privilegio general, esto es, los que pueden hacer valer su preferencia sobre el conjunto de todos o de ciertos bienes del deudor (artículos 3879 y 3880, CC), pueden ejercer la acción de fraude cuando el negocio celebrado por el deudor lesiona –precisamente– su preferencia.

B) los acreedores con privilegio especial, o sea, aquellos –como los hipotecarios y los prendarios– que gozan de preferencia sobre ciertos bienes determinados, en principio no están legitimados para ejercer la acción pauliana, precisamente en razón de que hacen efectivo su privilegio con exclusión de “todo otro acreedor y pueden hacer valer su preferencia con respecto a terceros, empero están habilitados para ejercer la acción en los dos casos siguientes:

a) cuando actúan como acreedores quirografarios por el saldo de su crédito, que ha quedado impago después de ejecutado el bien.

b) cuando el negocio celebrado por el deudor disminuye, específica y directamente, su garantía.

18.6. Legitimación pasiva

La acción revocatoria debe intentarse contra el deudor y contra el tercero con quien aquél celebró el negocio que se impugna, y si el tercero –a su vez hubiera transmitido el bien adquirido del deudor, debe entablarse también contra el tercer subadquirente (artículos 967, 968 y 970 CC).

18.7. Naturaleza de la acción revocatoria

Las acciones de simulación y fraude son acciones personales, protectoras del patrimonio del deudor.

Existen distintas teorías sobre la naturaleza de la acción revocatoria que podemos resumir en:

que los demás acreedores o sea, los privilegiados, se hallan amparados por su privilegio y, por lo tanto, también por lo general carecen de interés en ejercitar la acción pauliana.

- 1) teoría de la invalidez⁹⁸;
- 2) teoría de la invalidez con fines resarcitorios;
- 3) teoría de la acción indemnizatoria;
- 4) teoría de la inoponibilidad;

Compartimos la última teoría ya que en nuestro ordenamiento jurídico a la luz de lo que disponen los artículos 965, 966, 967, 968 y 970 del CC, el acto es inoponible al acreedor.

Y ello importa admitir:

i) que el negocio fraudulento es válido y, por lo tanto, produce todos sus efectos propios, entre quienes lo celebraron, esto es, entre el deudor y el tercer adquirente, y

ii) que el negocio fraudulento solamente queda privado de sus efectos propios frente al acreedor cuya acción revocatoria progresa, o, en otros términos, ese negocio no puede hacerse valer contra tal acreedor.

El fundamento de esta teoría reposa sobre el principio del efecto relativo de los actos jurídicos, porque las disposiciones de los artículos 1195 y 1199 del CC determinan que los negocios jurídicos producen efectos limitados a las partes y sus sucesores universales, no pudiendo aprovechar ni perjudicar a terceros.

La inoponibilidad procura, precisamente, salvaguardar la seguridad de ciertos terceros, como son los acreedores que, por ello, pueden atacar aquellos actos jurídicos que su deudor otorga para perjudicarlos.

18.8 Condiciones de procedencia de la acción revocatoria

Condiciones genéricas:

1) Insolvencia del deudor. El inciso 1 del artículo 962 del CC impone como condición para el ejercicio de la acción pauliana “que el deudor se halle en insolvencia”;

2) relación de causalidad entre el acto que se impugna y la insolvencia del deudor: El inciso 2 del artículo 962 del CC exige, para que la acción revocatoria

⁹⁸ Si fuera una acción de invalidez, su efecto se traduciría en el reintegro del bien al patrimonio del deudor y éste y el tercero adquirente deberían restituirse mutuamente lo que hubiesen percibido o recibido, nada de lo cual ocurre, a punto tal que –si ejecutado el bien por el acreedor– queda un remanente, éste pertenece al tercer adquirente, lo que denota la validez del negocio celebrado con el deudor.

prospere, "que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente" y, por ello, se ha dicho que "la insolvencia que autoriza el ejercicio de la acción pauliana puede ser producida o agravada";

3) crédito de fecha anterior al acto del deudor que se impugna: El inciso 3 del artículo 962 del CC determina que, para que proceda la revocación, es menester "que el crédito en virtud del cual se intenta la acción, sea de fecha anterior al acto del deudor"⁹⁹.

Cuando se trate de créditos que han tenido su origen en un momento anterior al acto impugnado, pero que han sido reconocidos –en forma judicial o extrajudicial– en un momento posterior, sus titulares gozan de legitimación para promover la acción revocatoria. Un ejemplo de esta situación se da cuando el origen del crédito del actor proviene de un hecho ilícito, que posibilita la reclamación de daños y perjuicios, y el deudor realiza un acto de enajenación posterior a ese evento con la finalidad de provocar su insolvencia. No empece al progreso de la acción pauliana, que el reconocimiento del derecho del actor (por sentencia judicial) sea de fecha posterior al negocio atacado, ya que lo verdaderamente relevante es que su crédito haya nacido con anterioridad al acto fraudulento.

El artículo 963 del Código Civil trae una excepción, para el caso en que el autor de un delito, antes de cometerlo, y para sustraerse a las consecuencias de la responsabilidad civil emergente de él, haya enajenado bienes de su patrimonio quedando en la insolvencia. Sostiene Zannoni que, para ese supuesto, los damnificados por el delito pueden ejercer la acción pauliana, aunque se afecten enajenaciones anteriores a la fecha del crédito, ya que la misma se impone en razón de la deliberada conducta del autor del delito que, al planearlo, sustrajo los bienes de su patrimonio para escapar a la responsabilidad por los daños. La doctrina coincide en que el supuesto previsto en esta norma es meramente ejemplificativo, y que, por aplicación extensiva, cabrá la acción revocatoria contra negocios fraudulentos que hayan tenido en cuenta la obligación posterior que asumiría el deudor¹⁰⁰.

Condiciones específicas

- la intención del deudor de defraudar a sus acreedores mediante el otorgamiento del acto y

⁹⁹ Si el crédito consta en instrumento privado, es necesario que tenga fecha cierta.

¹⁰⁰ Zannoni, *op. cit.* en nota 21, pp. 426 y 427.

- la complicidad en el fraude del tercero con quien aquél ha celebrado el negocio (artículos 968 CC).

El artículo 969 del CC establece que "el ánimo del deudor de defraudar a sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por su estado de insolvencia", de modo que al acreedor que intenta la acción revocatoria le basta con demostrar la insolvencia del deudor.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia tiene dicho que "la intención de defraudar por parte del deudor se presume cuando realiza el acto conociendo su insolvencia o que dicho acto la produce.

Complicidad del tercero

Para que se considere cómplice el tercero, no es necesario que haya mediado un acuerdo con el deudor para defraudar a los acreedores, sino que es suficiente la mala fe del tercero, consistente en el conocimiento que –al tiempo de celebrar el acto– tuviera de la insolvencia del deudor, que puede ser destruida por el tercero demostrando su ignorancia de la situación patrimonial en que se hallaba el deudor al otorgar el acto jurídico que se reputa fraudulento.

18.9. Fraude presumido por la ley

Excepcionalmente en ciertos supuestos el ordenamiento exime al acreedor de probar los extremos que de ordinario son necesarios para el progreso de la acción revocatoria, lo que ocurre cuando el fraude es presumido por la ley (vg. con el pago anticipado de arriendos no estando obligado a ello por el contrato de locación, o realizados después del embargo de las rentas o alquileres, o conociendo la insolvencia del locador (artículo 1575, incisos 4 y 5 CC).

18.10. Prescripción de la acción revocatoria

El artículo 4033 del CC establece que

"la acción de los acreedores para pedir la revocación de los actos celebrados por el deudor, en perjuicio o fraude de sus derechos se prescribe por un año con-

tado desde el día en que el acto tuvo lugar, o desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho”.

Ante un acto a título gratuito que provocó la insolvencia del deudor se intenta acción revocatoria y se resolvió:

Corresponde hacer lugar a la acción revocatoria intentada a fin que se deje sin efecto la donación de un inmueble realizada por la demandada, pues la que debe computarse como fecha del crédito, es la del accidente que dio nacimiento al mismo, y no la de la sentencia recaída en el juicio de daños y perjuicios, en la cual se reconoce el derecho a la actora, por lo que el crédito es de fecha anterior al acto de disposición impugnado.

Cabe asignar significativo valor probatorio a la conducta procesal de la demandada, en cuanto manifiesta carecer de bienes inmuebles y omite cumplir con el deber de colaboración procesal, a fin de tener por acreditado el estado de insolvencia en tanto presupuesto contemplado en el inc. 1° del artículo 962 del Código Civil¹⁰¹.

18.11. Efectos del fraude

Como dijimos, el efecto de la acción pauliana no es hacer reingresar el bien al patrimonio del deudor, sino dejar expedita la vía para que los acreedores puedan cobrarse sus créditos¹⁰².

- los bienes objeto del acto no retornan al patrimonio del deudor, pese a lo que erróneamente dice el artículo 971 del CC, sino que permanecen en poder del tercer adquirente, quien debe soportar la ejecución que el acreedor lleve a cabo sobre esos bienes.

- si después de ejecutados los bienes materia del acto fraudulento, y satisfecho el crédito del acreedor que ejerció la acción, quedara un remanente, el mismo permanece al tercer adquirente.

¹⁰¹ CCiv. y Com. Azul, Sala II, 30/11/2004, “*Benthencourt, Claudia R. c. Acebal, Eugenia E.*”, LLBA 2005 marzo, 192.

¹⁰² Borda, G. A. *Tratado... -Parte general-* t. II, n° 1233 pp 374-5.

Situación de los subadquirentes

El artículo 970 del CC dispone que “si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude”.

Resarcimiento de daños y perjuicios

Según el artículo 972 del CC, “el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido”.

18.12. Ley de concursos y quiebras

La ley general de concursos 24.552 –cuyo régimen se aplica tanto a las quiebras o concursos mercantiles como a los concursos civiles– contempla supuestos de actos que llama “ineficaces”, pero que la doctrina más autorizada estima que constituyen hipótesis de negocios inoponibles a los acreedores del deudor concursado, toda vez que el acto jurídico sólo pierde eficacia con relación a la masa de acreedores.

Distintos supuestos

Actos inoponibles de pleno derecho

El artículo 118 de la ley de concursos dice que “son ineficaces respecto de los acreedores, los actos realizados por el deudor en el período de sospecha”, que consistan en: 1) actos a título gratuito; 2) pago anticipado de deudas cuyo vencimiento según el título debía producirse en el día de la quiebra o con posterioridad; 3) constitución de hipoteca, prenda o cualquier otra preferencia respecto de obligación que originariamente no tenía esa garantía.

Actos inoponibles a petición de parte

Según el artículo 119 de la ley general de concursos los demás actos realizados en el período de sospecha pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores, cuando se acredite que el tercero tenía conocimiento del estado de cesación de pagos del deudor.

Acción revocatoria ordinaria

La acción revocatoria ordinaria regida por los artículos 961 a 972 del CC también puede ser intentada o continuada: por cualquier acreedor interesado, después de haber intimado al síndico y ante la inacción de éste, sustituyendo al actor en el término de 30 días (artículo 120 ley 24.552)

Prescripción de la acción revocatoria concursal

Tanto la declaración de oficio de la inoponibilidad como la acción revocatoria concursal, debe pronunciarse o reducirse dentro del plazo de tres años contados desde que queda firme —consentida o confirmada— la sentencia de quiebra o de concurso civil (artículo 128 ley de concursos).

Pero, sin perjuicio de ello, existen entre una y otra acción las siguientes diferencias:

a) en la acción revocatoria concursal el daño resulta de la sola cesación de pagos del deudor concursado:

b) con la acción revocatoria concursal se favorecen todos los acreedores que integran la masa, pues mediante ella los bienes fraudulentamente salidos del patrimonio del deudor reingresan al mismo para su liquidación.

19. Formas de saneamiento del acto nulo

19.1. Confirmación

Concepto

El artículo 1059 CC define la confirmación como “el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto [...]”.

La confirmación es un acto o negocio jurídico destinado a convalidar los vicios de otro acto anterior, que por ellos estaba sujeto a una acción de nulidad.

La confirmación es la manifestación de voluntad expresa o tácita mediante la cual se sana la invalidez relativa del acto cumplido.

La doctrina mayoritaria acoge la confirmación de los actos nulos o anulables de nulidad relativa, descartando la de los actos nulos o anulables de nulidad absoluta¹⁰³:

El acto de confirmación es un negocio jurídico integrativo, unilateral de declaración o de actuación.

El acto jurídico unilateral puede ser otorgado por la parte que tiene derecho a evocar la nulidad, por acción o por excepción, y es necesario que haya cesado la causa o causas de la nulidad del acto y que el acto de confirmación no adolezca a su vez de nulidad.

La confirmación puede ser expresa o tácita.

Requisitos formales del acto de confirmación expresa:

- 1) Que contenga referencia sustancial al acto que se confirma;
- 2) que se mencione el vicio que lo invalida;
- 3) que se manifieste el propósito de repararlo, y
- 4) que cumpla con igual solemnidad a la exigible en el acto que se confirma.

La confirmación expresa sólo es posible por medio de instrumentos escritos. El artículo 1062 CC dice: “La forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma”.

Según el artículo 1063 CC, la confirmación tácita es la resultante “de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad”. La doctrina en general coincide en el sentido de que aquella puede provenir también de conductas ajenas a la ejecución del acto¹⁰⁴.

Efectos de la confirmación

La confirmación es retroactiva. El artículo 1065 dice en su primera parte: “La

¹⁰³ Segovia, L., *El Código Civil de la República Argentina*, t. I, Buenos Aires, ed. La Facultad, 1933, nota 3 al art. 1060, p. 289, advierte que la definición del art. 1059 debió limitarse a la “nulidad relativa” a diferencia de su fuente directa Aubry-Rau, porque éstos admitieron que las nulidades absolutas son confirmables.

¹⁰⁴ Salvat, *op. cit.*, p. 786; Llambías, *op. cit.*, p. 664; Cifuentes, *op. cit.*, p. 683.

confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad".

El principio de los efectos retroactivos de la confirmación tiene sentido si se acepta que se trata de un negocio de segundo grado con función declarativa.

19.2. Ratificación

En la parte final de la nota al artículo 1059 CC Vélez dice: "La ratificación es la expresión técnica por la cual una persona aprueba los actos que otro ha hecho a su nombre sin haber recibido el mandato correspondiente" y en el artículo 1935 CC, "la ratificación tácita del mandato equivale a la aprobación de lo hecho por otro".

El saneamiento opera al cumplirse con la legitimación¹⁰⁵.

Para Llambías, la ratificación es "la aceptación de lo manifestado por otro a nombre nuestro sin autorización para ello"¹⁰⁶.

Alterini advierte que la definición de Llambías se refiere exclusivamente a la ratificación del mandato, pero no es extensiva a la ratificación de otros actos jurídicos. Por eso Betti y Díez Picazo son más certeros, pues no circunscriben el concepto de ratificación al ámbito del mandato. En la línea conceptual más amplia la ratificación, además de superar la falta o insuficiencia de apoderamiento, también comprende en su función saneatoria a los actos otorgados a nombre propio sin contar con la legitimación al efecto.

En ese orden de ideas y de manera discordante con la noción ceñida adoptada en la nota al artículo 1059 CC, el artículo 2304 dispone: "Cualesquiera que sean las circunstancias en las cuales una persona hubiere emprendido los negocios de otra, la ratificación del dueño del negocio equivale a un mandato, y le somete para con el gestor a todas las obligaciones del mandante [...]". En el mismo sentido, el artículo 2398 CC. Es decir que la ratificación es un saneamiento que integra al acto dotándolo de la legitimación¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Véase Romano, F., *La ratifica nel diritto privato*, Pompei, Moreno Editore, 1964, pp. 136 y ss.

¹⁰⁶ Llambías, *op. cit.*, p. 661.

¹⁰⁷ Alterini, J., *Teoría general de las ineficacias*, Buenos Aires, ed. La Ley, -quien dice que esta noción restringida es también la adoptada por Stolfi, Giuseppe, en *op. cit.*, p. 103 en n° 28.

No es factible la ratificación de los actos inválidos con sustitución de persona, porque en este caso la invalidez del acto es absoluta, y tampoco es posible en supuestos de inexistencia.

La ratificación puede ser expresa o tácita pero debe ser en el mismo documento en que se instrumentó el contrato en que intervino el gestor.

19.3. Conversión del acto jurídico

Cuando el acto o negocio no reúne las condiciones necesarias para valer como tal, pero satisface las de otro negocio cuyos efectos son los queridos, puede valer con este último alcance por la llamada conversión. Se atiende al principio de la conservación de los actos.

La doctrina admite la conversión material o formal.

Es conversión material cuando el negocio se convierte en otro sustancialmente distinto, como la donación en préstamo. La formal la tratamos en el apartado 12.2.

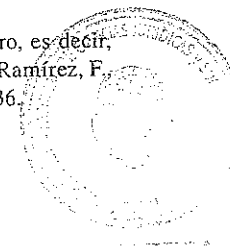
19.4. La convalidación

Conforme el artículo 2504 CC¹⁰⁸: "Si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriese después, entiéndese que transmitió o constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución".

Una aplicación específica de la convalidación se incluye en el artículo 1330 segundo párrafo CC, el que al tratar la invalidez de la venta de la cosa ajena (como propia) establece: "Queda también cubierta, cuando el vendedor ulteriormente hubiese venido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida".

Los efectos de la convalidación se producen automáticamente por la adquisición posterior, lo que conforma una remarcable diferencia con la confirmación que exige la voluntad expresa o tácita del titular de la acción de nulidad o anulabilidad relativas (artículos 1059 y ss. CC).

¹⁰⁸ En ocasiones se ha utilizado el término convalidación como género, es decir, con un alcance semejante a nuestro vocablo "saneamiento", véase: Vidal Ramírez, F., *Tratado de derecho civil*, t. III, vol. II, Lima, ed. Cultural Cuzco, s/f, p. 836.



Se subsana por convalidación: el acto inválido sin autoría del legitimado (con o sin sustitución de persona) y el inválido con autoría del legitimado¹⁰⁹.

La convalidación opera con efecto retroactivo para el tiempo de la transmisión o constitución en tanto no afecte derechos de terceros.

19.5. Prescripción

19.5.1. Prescripción liberatoria

Descartamos la aplicación del instituto para la acción de nulidad absoluta y la excepción de nulidad absoluta y relativa por cuanto sólo prescribe la acción de nulidad relativa, sean los actos nulos o anulables, en el plazo común de diez años, salvo que la ley fije plazos menores (artículo 4023 CC).

Así la acción de dolo, violencia y simulación, prescribe a los dos años (artículo 4023).

Es decenal el plazo en la venta de cosa ajena o parcialmente ajena para quienes ubican esa contratación en el campo de las nulidades. Frente al tercero propietario o verdadero dueño se sostiene la idea de la inexistencia jurídica del acto que es imprescriptible¹¹⁰.

La nulidad del acto de disposición sin el asentimiento conyugal en los casos en que es requerido por el artículo 1277 CC para quienes sustentan que la nulidad es relativa, prescribe a los diez años.

El principio general es que los plazos se suelen considerar a partir de la realización del negocio inválido, principio aplicado a toda prescripción liberatoria.

La acción de nulidad absoluta es imprescriptible.

19.5.2. Prescripción adquisitiva

Clases

Para la prescripción adquisitiva corta es necesario justo título, buena fe en el adquirente y posesión continua, pública, pacífica e ininterrumpida del inmueble durante el plazo de diez años (artículo 3999 CC).

¹⁰⁹ Alterini, *op. cit.*

¹¹⁰ Cifuentes, *op. cit.*, p. 694.

Para la prescripción larga basta la posesión pública, pacífica, continua e ininterrumpida durante el plazo de veinte años (artículos 4015 y 4016 CC)¹¹¹.

19.5.3. Teoría de la apariencia

En caso de nulidades del acto el artículo 1051 del Código Civil dice:

“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

La buena fe exigida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria es la buena fe diligencia (artículos 512, 902 y 1198) que requiere el estudio de títulos y antecedentes¹¹².

Quedan fuera de los supuestos del artículo 1051 las transmisiones: 1) del demente cuando la demencia no sea notoria (conforme artículo 473, 2p. queda amparado el adquirente de buena fe); 2) el acto del heredero aparente (artículo 3430), 3) las transmisiones a *non domino*.

En los supuestos en que no intervino el verdadero propietario, la doctrina y jurisprudencia entiende que quien adquiere es titular de un justo título (por falta de legitimación del trasmite conforme el artículo 4010), y si es de buena fe, y está en la posesión del inmueble durante diez años, conforme el artículo 3999, adquiere por prescripción corta.

Si se trata de un caso de abuso de confianza o de despojo por violencia o clandestinidad son de aplicación los artículos 2777 y 2778 interpretados a *contrario sensu*.

La teoría de la apariencia hace jugar distintas normas del Código Civil que establece: 1) El dominio es perpetuo (artículo 2510); 2) Nadie puede ser privado de su propiedad (artículo 2511); 3) Nadie puede transmitir un derecho más extenso que el que tiene (artículo 3270); 4) El poseedor del inmueble con buena fe y justo título y diez años de posesión prescribe el dominio (artículo 3999);

¹¹¹ Véase Mariani de Vidal, M., *Derechos Reales*, t. 3, cap. 5, Buenos Aires, ed. Zavallá.

¹¹² Véase capítulo 8, apartado 4: Responsabilidad por el estudio de títulos.

5) Supone mala fe en el poseedor el vicio de forma en el título (artículo 4009); 6) Es necesaria la tradición traslativa de la posesión por título suficiente para transferir el dominio (artículos 599, 2601 y 2602); 7) Debe distinguirse la venta de cosa ajena como ajena a la venta de cosa ajena como propia (artículos 1329 y 1330); 8) La falsificación de asientos y de la escritura no puede perjudicar al verdadero dueño (artículos 4 y 34 de la Ley 17.801).

19.6. Renuncia

La renuncia en sentido amplio es el acto jurídico por el cual se hace abandono de un derecho propio, cualquiera sea la índole de éste; y en sentido restringido es el desprendimiento que hace el acreedor de alguna de sus facultades, pero manteniendo su carácter de acreedor¹¹³.

La renuncia es un acto jurídico unilateral, una suerte de abdicación o enajenación¹¹⁴, de interpretación restrictiva (artículo 874 CC). Puede ser hecha por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, a título gratuito u oneroso.

Por ser un acto jurídico es necesario: a) la capacidad del otorgante; b) un objeto, consistente en un derecho susceptible de ser renunciado; c) la forma, en los casos en que es exigida.

Conforme el artículo 872:

“Las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos, en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”.

Son irrenunciables los derechos cuando está en juego el orden público, como la renuncia a una herencia futura antes de la apertura de la sucesión (artículo 3311 CC); la acción a pedir la división del condominio indefinidamente (artículo 2693 CC); el derecho de prescribir para lo sucesivo (artículo 3965 CC); en general los derechos vinculados a las relaciones de familia.

¹¹³ Llambías, *Obligaciones*, t. III, n° 1852.

¹¹⁴ Véanse Notas del Codificador a los artículos 964, 3345 y 3351 CC.

Existen contratos sujetos a ineficacia que provocan inseguridad en el tráfico jurídico. Por ello es conveniente tener presente que es posible renunciar:

1) En la donación, a la acción de reducción (artículos 3537 y 3955); a la acción de revocación de las donaciones por incumplimiento de los cargos y a la de reversión de lo donado (artículo 1845). 2) En la dación en pago a la acción de los artículos 784 y 787; 3) En la permuta los copermutantes pueden renunciar al derecho que reconocen los artículos 1489 y 2128. 4) En la compraventa el derecho a resolver en caso de pacto comisorio (artículos 1204, 1374), a la retroventa (artículo 1366) y al derecho de mejor comprador (artículo 1369). 5) El pacto de revocabilidad en el dominio fiduciario conforme el artículo 17 último párrafo de la ley 24.441, es renunciabile.

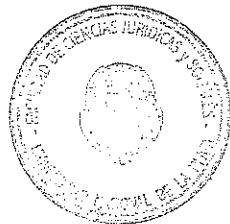
20. Heredero aparente. Sucesión: deber de restituir de la heredera aparente; buena fe

El artículo 3430 del Código Civil dice:

“Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con el que hubiese contratado fuere de buena fe...”.

La mala fe del heredero aparente que toma la posesión de la herencia, consiste en saber que el pariente con vocación preferente o concurrente se mantiene inactivo por ignorar que la sucesión le fue deferida, es decir, que no significa que el heredero ignora que la sucesión está tramitando, sino que ignora la muerte del causante, ya que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante. Como la ley no adopta un concepto único de la buena fe y no la define sino para los fines prácticos de la protección que ha de ofrecerle, resulta que sus elementos constitutivos se modifican de un caso a otro. Y, en materia sucesoria, más concretamente con relación a la situación del heredero aparente, varía según se considere la que se exige en el poseedor de la herencia en su relación con el heredero omitido, o en los terceros que hubieren contratado con él a título oneroso. Para el primero, el artículo 3428 del Código Civil, que

contempla la situación entre coherederos, torna más rigurosa la prueba, pues para demostrar la mala fe no basta con que el poseedor o coheredero hubiere sabido de la existencia de otro más próximo o concurrente, sino que además conocía que aquél ignoraba su derecho a la herencia y que la inactividad obedecía a esa ignorancia. No habiéndose probado la mala fe del heredero aparente, conforme lo establece el artículo 3430 del Código Civil, sólo puede admitirse la restitución de la parte proporcional del precio percibido. Por lo tanto, acreditada y no cuestionada la calidad de herederos invocada por los accionantes y la venta efectuada por la coheredera, queda patentizado un perjuicio proporcional del precio de venta percibido íntegramente por ésta en detrimento del derecho que asistía a los coherederos excluidos. La restitución del precio a que alude el artículo 3430 del cód. civil, es una deuda dineraria y no de valor; razón por la cual resulta inoficiosa la pericia efectuada a fin de establecer el valor real del inmueble, debiendo estarse al precio efectivamente percibido¹¹⁵.



BIBLIOTECA

92458 1

¹¹⁵ CNCiv., sala J, setiembre 28-2005.- C., M. H. y otros c. C. de S., M.J.F. y otros/ordinario. ED, Supl. 5.4.2006.

Apéndice

XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino Tema II: "El notario y la contratación electrónica" Conclusiones:

Representantes de todos los países miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino, reunidos los días 18, 19 y 20 de octubre de 2004, con motivo del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en la Ciudad de México, se les informa que con fundamento en el artículo 23.8 de los Estatutos de la Unión Internacional del Notariado Latino, se procedió a nombrar un Comité encargado de redactar el presente informe que contiene el desarrollo de los debates de diecisiete ponencias presentadas por escrito y ponencias expuestas oralmente.

1. Considerando que la firma electrónica es un instrumento técnico al servicio de la función notarial, hace votos para que los notariados miembros dispongan de los medios necesarios a fin de fomentar la introducción de las nuevas tecnologías, la formación de los notarios y la firma electrónica notarial.

2. Considerando que el documento público notarial electrónico está destinado a su rápida y eficaz circulación, hace votos para que la Unión Internacional del Notariado Latino promueva, en relación a los principios y conceptos elaborados por ella, las líneas directrices de la política de certificación de la firma electrónica notarial en los países miembros.

3. Considerando que en la circulación internacional del documento público notarial electrónico no puede prescindirse de la verificación generalizada de

la firma y de la cualidad del notario en ejercicio, hace votos para que la certificación de la firma electrónica del notario esté bajo el control de los notariados miembros, respetando los principios y las medidas elaborados para tal verificación a nivel global.

4. Considerando que el notariado debe garantizar la aplicación de las nuevas tecnologías en la función notarial, que es fundamental que los principios esenciales del notariado latino permanezcan inalterados en el comercio electrónico, teniendo en cuenta además el papel del notariado en el mismo, y en la prevención de los conflictos en las relaciones jurídicas, el notario aporta un valor añadido en respuesta a las exigencias de confianza y seguridad requeridas por la sociedad moderna, hace votos para que los notariados miembros vigilen la permanencia de los requisitos propios del documento público notarial y que son, entre otros, la presencia física de las partes ante el notario, la firma del documento por aquéllos y el notario, la fecha y la conservación del documento público notarial por el notario, tanto en soporte electrónico como en papel, manteniéndose intacta su fuerza probatoria y ejecutiva, al servicio de la sociedad.

5. Considerando que las nuevas tecnologías constituyen un instrumento esencial de comunicación entre el ciudadano y la Administración Pública, siendo una herramienta insustituible para la modernización de aquélla, hace votos para que se destaque el papel del notario como oficial público en las comunicaciones con los Registros Públicos y con la Administración en general, debiéndose adoptar las medidas normativas y de carácter tecnológico necesarias, para hacerlas posibles y seguras, en particular garantizando a los notarios el acceso directo a los Registros Públicos, para el cumplimiento de su función pública.

6. Considerando que el notariado latino contribuye a la creación de un espacio jurídico de seguridad global a través de la libre circulación de los documentos públicos notariales, con toda su fuerza probatoria y ejecutiva, tanto en soporte electrónico como en papel, hace votos para que sean adoptadas las medidas técnicas y legislativas para el pleno reconocimiento de tales documentos a nivel mundial.

7. Considerando los distintos grados de desarrollo de las nuevas tecnologías en los notariados miembros, hace votos para que prime el principio de solidaridad y ayuda entre los mismos, que se encuentra en los fundamentos de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Índice

Parte primera: Derecho notarial

Capítulo 1: Sistemas notariales

1. El notariado de tipo latino.....	9
2. Sistema anglosajón.....	18
3. Sistemas funcionaristas.....	21
4. Notariados miembros de la Unión.....	21

Capítulo 2: Función notarial

1. Concepto.....	25
2. Orígenes y desarrollo.....	27
3. Contenido.....	29
4. Efectos del ejercicio de la función.....	30
5. Teorías doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del notario.....	31
6. La función notarial para la Corte Suprema.....	34

Capítulo 3: Acceso a la función notarial

1. Acceso a la función notarial en los países de notariado de tipo latino.....	37
2. Requisitos comunes para el acceso en el país.....	38
3. Régimen de acceso en la provincia de Buenos Aires.....	45
4. Régimen de acceso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	47
5. Inhabildades e incompatibilidades.....	49
6. Reválida o permanencia en el cargo.....	55
7. Escribanos a cargo de registros notariales.....	56
8. Convenciones entre escribanos titulares y adscriptos.....	59
9. Escribanos sin registro.....	59

10. Escribano de gobierno.....	60
Capítulo 4: Competencia	
1. Concepto.....	63
2. Competencia en razón de la materia.....	65
3. Competencia en razón del territorio.....	66
4. Competencia en razón de las personas.....	69
5. Competencia en razón del tiempo.....	78
Capítulo 5: Operaciones de ejercicio. Derechos y deberes del notario	
1. Concepto.....	81
2. Deberes del notario.....	93
3. Prestación del servicio.....	95
4. Nuevas incumbencias notariales.....	95
5. Reconocimiento de la función del notario creadora de derecho.....	100
6. El derecho del notario al arancel en los países de Notariado de tipo latino.....	101
Capítulo 6: Fe pública	
1. Concepto.....	105
2. Clases.....	107
3. La fe notarial.....	108
4. La fe pública en el documento notarial.....	109
5. Fases de la fe pública.....	111
6. La causa y efectos de la dación de fe.....	111
7. El valor probatorio del documento notarial.....	112
Capítulo 7: Responsabilidad notarial	
1. Concepto. Evolución. Criterios de valoración.....	115
2. Ámbitos de la responsabilidad notarial.....	118
3. Responsabilidad civil notarial.....	118
4. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del notario. Teorías... ..	120
5. Responsabilidad en el Código Civil. Presupuestos de la responsabilidad.....	122
Capítulo 8: Responsabilidad civil del notario en el ejercicio funcional	
1. Principios.....	137
2. Responsabilidad por asesoramiento.....	140
3. Responsabilidad por fe de conocimiento.....	142
4. Responsabilidad por el estudio de títulos.....	166
5. Registros públicos.....	175

6. Tarea documentadora.....	185
7. Responsabilidad por los hechos u omisiones de sus adscriptos.....	196
8. Responsabilidad por los hechos u omisiones de sus empleados.....	201
9. Responsabilidad derivada de documentación de actos nulos.....	201
10. Supuestos en que no se configura la responsabilidad del notario.....	204
Capítulo 9: Responsabilidad penal del notario	
1. Concepto.....	207
2. Procesamiento.....	208
3. Sanciones.....	209
4. Delitos cometidos en ocasión del ejercicio de la función.....	210
Capítulo 10: Responsabilidad disciplinaria	
1. Disciplina. Concepto.....	229
2. Responsabilidad disciplinaria.....	230
3. Diferencias entre el derecho disciplinario y el penal.....	232
4. Órganos de aplicación.....	233
5. Colegios profesionales.....	233
6. Iniciación del proceso disciplinario.....	237
7. Sanciones.....	239
8. Conclusión.....	240
9. Organismos y procedimiento en la provincia de Buenos Aires. Ley 9020.....	240
10. Órganos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley 404.....	245
11. Obligaciones de los escribanos. Colegio de Escribanos. El fondo de garantía.....	253
12. Jurisprudencia agrupada de la Corte Suprema sobre Colegios profesionales.....	259
13. Deontología notarial.....	262
14. Jurisprudencia agrupada sobre responsabilidad disciplinaria.....	268
Apéndice	
1. Conclusiones del XII Congreso Internacional del Notariado Latino Tema III: La deontología notarial frente al cliente, a los colegios y al Estado.....	273
2. Conclusiones del XII Congreso Internacional del Notariado Latino Tema II: Los Derechos Humanos fundamentales del Hombre y la misión del notario.....	275

Conclusiones del XXIV Congreso UINL. Tema 1: la imparcialidad del notario: garantía del orden contractual. Conclusiones.....	277
Conclusiones del XXV Congreso Internacional del Notariado. Tema 1... Tema II: La actividad notarial en los medios rurales y urbanos.....	278 280

Parte segunda: Derecho documental

Capítulo 1: Hechos y actos jurídicos

1. De los hechos	285
2. Acto o negocio jurídico.....	287
3. Imputabilidad	288
4. Declaración de voluntad.....	290
5. Clasificación de los actos o negocios jurídicos	291
6. Presupuestos del acto o negocio jurídico	293
7. Forma de los actos jurídicos.....	293
8. Prueba del acto jurídico	300
9. La autonomía de la voluntad. Problemática actual	303

Capítulo 2: Documento. Instrumento

1. Concepto.....	305
2. Evolución.....	307
3. Instrumento y documento en el Código Civil	307
4. Instrumentos privados.....	307
5. Instrumentos particulares.....	318
6. Forma y prueba de los actos jurídicos en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 1998.....	321
7. El documento en la actualidad	322
8. Ley 25.506. La firma digital	327
9. La tecnología al servicio del notario	340
10. Contratos por medios informáticos	342
11. Instrumentos públicos	350

Capítulo 3: Documento notarial

1. El acto notarial	361
2. Documento notarial	363
3. Circulación del documento notarial y sus efectos como título legitimador en el tráfico jurídico.....	384
4. Legalizaciones.....	386

Capítulo 4: Protocolo

1. Concepto.....	391
------------------	-----

2. Protocolo y registro.....	392
3. Papel, rúbrica y sellado	392
4. Formación del protocolo	393
5. Integración del protocolo	394
6. Índice.....	394
7. Orden del protocolo.....	395
8. Conservación y guarda.....	395
9. Clases de protocolo	395
10. Encuadernación	395
11. Inspección de protocolo	396
12. Retiro del protocolo de la notaría.....	397
13. Exhibición del protocolo	397
14. Consultas de protocolo	399
15. Tintas y procedimiento de escritura.....	399
16. Documentos que no se concluyen.....	400
17. Pérdida y destrucción del protocolo	400

Capítulo 5: Escritura pública

1. Concepto.....	405
2. Formalidades.....	406
3. Contenido	406
4. Otros funcionarios autorizados.....	407
5. Requisitos de la escritura	407
6. Encabezamiento. Numeración y epígrafe	408
7. Comparecencia	410
8. Fe de conocimiento. Individualización de los comparecientes. Identidad de los comparecientes	413
9. Capacidad o mayoría de edad	414
10. Intervención.....	415
11. Exposición y estipulación.....	430
12. Constancias notariales	461
13. Cierre documental.....	461
14. La firma	463
15. Escrituras que pueden carecer de firma.....	466
16. La autorización.....	467
17. Formalidades de lectura y firma en la ley 404 CABA	468
18. Enmiendas	468

19. Unidad de acto.....	469
20. Valor probatorio de las escrituras.....	470
21. Formas instrumentales de subsanación.....	470
22. Copia de la escritura.....	484
23. Copia simple.....	491
24. Simple copia.....	491
25. Ley 404 Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Expedición de copias, testimonios y copias simples.....	491
26. Copias. Ley 9020, provincia de Buenos Aires.....	493
Capítulo 6: Representación	
1. Teoría de la representación.....	495
2. Representación, mandato, poder.....	495
3. Clases de representación.....	496
4. Documentación habilitante.....	516
5. Jurisprudencia.....	517
Capítulo 7: Acta notarial	
1. Concepto. Naturaleza jurídica. Requisitos.....	519
2. Estructura.....	521
3. Expresión documental.....	522
4. Valor probatorio.....	522
5. Clases de actas.....	523
6. Reseña jurisprudencial.....	538
Capítulo 8: Invalidez del acto jurídico	
1. Invalidez e ineficacia.....	543
2. Clasificación de las nulidades.....	545
3. Nulidades expresas y nulidades implícitas o virtuales.....	546
4. Nulidades manifiestas y no manifiestas. Actos nulos y anulables.....	547
5. Enumeración de los actos nulos.....	550
6. Enumeración legal y ejemplificaciones de los actos anulables.....	552
7. Nulidad absoluta y relativa.....	553
8. Nulidad total o parcial.....	555
9. Nulidad e inexistencia.....	556
10. Nulidad e inoponibilidad.....	557
11. Invalidez del acto y del documento.....	558
12. Invalidez de la escritura pública.....	559

13. Acción de redargución de falsedad. Trámite procesal.....	564
14. Jurisprudencia. Falsedad de título.....	566
15. Relaciones entre las acciones civil y criminal.....	568
16. Opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el instrumento falsificado y los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso.....	572
17. Simulación en los actos o negocios jurídicos.....	576
18. Fraude.....	583
19. Formas de saneamiento del acto nulo.....	598
20. Heredero aparente. Sucesión: deber de restituir de la heredera aparente; buena fe.....	605
Apéndice	
XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino	