

CURSO DE DERECHO NOTARIAL

*Anotaciones efectuadas
durante el cursado de la
Especialización en Derecho
Notarial, realizada en 2008 en
la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional del
Litoral.*

Augusto Diego LAFFERRIERE

CURSO DE DERECHO NOTARIAL

*Anotaciones efectuadas durante el cursado de la Especialización en
Derecho Notarial, realizada en 2008 en la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.*

**Autor:
Augusto Diego LAFFERRIERE**

Negoyá (Prov. Entre Ríos) - 2008.

Augusto Diego LAFFERRIERE

Abogado especialista en Derecho Notarial (Universidad Nacional del Litoral).
Máster en Relaciones Internacionales (FLACSO Argentina 2002/2003).
Ex asesor jurídico de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (2002/2003).
Ex asesor jurídico de la Convención Constituyente de Provincia de Entre Ríos (2008).

CURSO DE DERECHO NOTARIAL

*Anotaciones efectuadas durante el cursado de la Especialización en
Derecho Notarial, realizada en 2008 en la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.*

2008

Lafferriere, Augusto Diego

Curso de derecho notarial : anotaciones efectuadas durante el cursado de la especialización en derecho notarial (FCJS- UNL 2008). - 1a ed. - Entre Ríos: el autor, 2008.

Internet.

ISBN 978-987-05-5373-1

1. Derecho Notarial. I. Título
CDD 347.016

Fecha de catalogación: 28/10/2008

ISBN 978-987-05-5373-1



9 789870 553731

"Curso de Derecho Notarial"

Primera Edición - 2008

ISBN: 978-987-05-5373-1

Id. Ed. Lulu.com: 4571477

Copyright 2008 - Augusto Diego Lafferriere

Autor y Editor: Augusto Diego Lafferriere

augustolafferriere@gmail.com

Editado por el sistema Impreso por Demanda

Solicitar en <http://stores.lulu.com/augustolafferriere>

San Martín N° 654 - Nogoyá (E3150FJN)

Provincia de Entre Ríos - República Argentina

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11.723

Libro de edición argentina

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

INDICE

INDICE DE ABREVIATURAS.....	19
PRÓLOGO.....	21
CAPÍTULO I. Derecho Notarial.....	23
I.1. El derecho notarial.....	23
a) Concepto.....	23
b) Criterios de definición.....	24
I.2. Contenido.....	25
a) Clases de normas.....	25
b) Evolución.....	25
c) El sistema del derecho notarial.....	26
I.3. Autonomía.....	27
a) Clases.....	27
b) Ámbito social y académico.....	27
c) Notariado latino.....	28
I.4. Fuentes.....	28
I.5. Formas jurídicas. Clases y Funciones.....	29
a) La forma como vehículo del pensamiento.....	32
b) Neo formalismo.....	32
c) La forma notarial.....	33
d) Clasificación de la forma.....	34
I.6. El Acto Notarial.....	35
a) Concepto.....	36
b) Estructura.....	39
c) Caracteres.....	39
d) Requisitos esenciales de validez. Efectos.....	39
e) Requisitos de eficacia.....	40
1- La idoneidad del objeto.....	40
2- La competencia del órgano.....	40
3- La legitimidad del órgano.....	42
4- La habilidad y legitimación del agente.....	42
5- La causa del acto notarial.....	42
6- La forma.....	43
f) Colofón.....	43
CAPITULO II. El documento jurídico.....	45

II.1. Concepto	45
a) Clasificación.....	45
b) Documentos e instrumentos.....	47
c) Documento jurídico.....	47
II.2. Elementos	47
a) La corporalidad del documento.....	47
b) El autor del documento.....	49
c) El contenido del documento.....	49
II.3. Clases	50
II.4. El documento privado	50
a) Concepto.....	50
b) Formalidades.....	51
c) Efectos entre partes y respecto de terceros.	
Reconocimiento de firmas y fecha cierta.....	52
II.5. Documentos particulares no firmados	54
II.6. Documentos electrónicos	55
a) El documento informático.....	55
b) Características.....	56
1- Corporalidad.....	56
2- Autor.....	56
3- Firma.....	56
c) Riesgos del documento electrónico.....	57
II.7. Firma digital	57
a) Los certificados.....	58
b) Autoridades certificadoras.....	58
II.8. El documento público	59
a) Concepto.....	60
b) Requisitos comunes a todos los instrumentos	
públicos.....	61
1- Autorización.....	61
2- Competencia material.....	62
3- Competencia territorial.....	64
4- Legitimación o competencia personal.....	65
5- Formalidades. Clases.....	67
CAPITULO III. El documento notarial	71
III.1. Concepto	71
III.2. Naturaleza jurídica	71
III.3. Elementos corporales	72
a) Base escrituraria.....	72

b) Grafía. Aspectos estáticos y dinámicos.....	72
III.4. Elementos personales.....	73
a) Autor.....	73
b) Sujetos instrumentales: comparecientes y otorgantes (escrituras).....	74
c) Requirientes y requeridos (actas).....	75
III.5. Clasificación de los documentos notariales.....	76
 CAPITULO IV. La Escritura pública.....	 79
IV.1. Concepto.....	79
IV.2. Naturaleza jurídica.....	79
IV.3. Elementos corporales.....	80
a) Protocolo notarial.....	80
1- Concepto.....	80
2- Sistemas de formación del Protocolo.....	81
3- Unidad.....	81
4- Contenido.....	81
5- Propiedad.....	82
6- Habilitación.....	82
7- Apertura y Clausura.....	82
8- Foliatura.....	82
9- Índice.....	83
10- Conservación y custodia.....	83
11- Secreto de Protocolo.....	83
12- Archivo.....	83
13- Reconstrucción.....	83
b) Grafía.....	84
c) Firma.....	84
1- Firma a ruego.....	85
2- Impresión digital.....	85
d) Firma y sello del notario.....	85
e) Idioma.....	86
1- Otorgantes que no saben el idioma nacional.....	86
2- Mudos y sordomudos.....	86
 CAPITULO V. La Escritura pública (continuación).....	 89
V.1. Elementos personales.....	89
a) Titulares.....	89
b) Sujetos negociales (partes).....	90

c) Sujetos instrumentales (comparecientes).....	90
V.2. Intervención notarial.....	91
a) El nombre propio.....	91
1- Menores.....	91
2- Emancipados.....	92
3- Los inhabilitados.....	94
4- Sociedades comerciales.....	95
b) El nombre ajeno.....	95
c) Distintos supuestos.....	97
1- Poder irrevocable.....	97
2- Poder post mortem.....	97
3- Mandato con vigencia post mortem.....	98
4- Efectos jurídicos.....	98
d) Documentos habilitantes. Evolución legislativa...	100
e) Acreditación documental y por notoriedad.....	101
 CAPITULO VI. La Escritura pública (continuación).....	103
VI.1. Rogatio o requerimiento.....	103
a) Concepto.....	104
1- Principio de intervención notarial.....	104
2- Causas legítimas para no actuar.....	105
b) Efectos.....	106
VI.2. Audiencia.....	106
a) Concepto.....	108
b) Actos simples que integran la audiencia.....	108
1- La comparencia.....	108
2- La lectura de la escritura.....	111
3- El otorgamiento de la escritura.....	111
4. La suscripción de la escritura.....	112
5. La autorización por el notario.....	113
VI.3. Requisitos formales.....	113
a) Unidad de acto.....	113
1- Tradicional y moderno. Evolución.....	114
2- Testamento y unidad de acto.....	114
b) Fe de conocimiento.....	114
1- Concepto.....	115
2- Alcances: identificación,	
individualización.....	115
.....	116
3- Medios supletorios.....	120
VI.4. Clases de escrituras públicas.....	120

a) Clasificación por el negocio que instrumentan....	121
b) Clasificación por la finalidad.....	
c) Clasificación por la interferencia con el negocio que contiene.....	121 122
1- Constitutivas.....	122
2- De reconocimiento.....	123
3- De elevación a escritura pública.....	123
4- De protocolización.....	123
e) Clasificación por el modo de otorgamiento.....	124
f) Clasificación por el carácter de los intervinientes.	
	125
CAPITULO VII. Actas notariales.....	125
VII.1. Concepto.....	126
VII.2. Fundamento legal.....	127
a) Concepto.....	128
VII.3. El hecho histórico. Distintos supuestos.....	129
VII.4. Actas y actos ilícitos.....	129
VII.5. Principio de matricidad.....	131
a) Formalidades.....	132
VII.6. Elementos personales.....	132
a) Notario.....	
1- Narración y redacción. Distinción de la labor del notario.....	133 134
b) Requirientes y Requeridos.....	134
c) Testigos y auxiliares.....	135
d) Diferencia con las escrituras.....	136
VII.7. Distintos tipos de actas.....	136
a) Actas de protocolización.....	137
1- Clases de protocolización.....	137
2- Protocolización legal.....	140
3- Protocolización judicial.....	140
4- Protocolización privada o particular.....	141
b) Actas de protesta y protesto cambiario.....	141
1- Protesto cambiario.....	145
c) Actas de notificación.....	146
d) Actas de notoriedad.....	148
e) Actas de subsanación.....	150
f) Actas de depósito.....	151
g) Actas de entrega de testamentos cerrados.....	152
h) Otras clases de actas.....	
	155

<u>CAPITULO VIII. Documentos extraprotocolares.....</u>	155
<u>VIII.1. Concepto.....</u>	156
<u>VIII.2. Fundamento legal.....</u>	157
a) Formas de registraci3n.....	158
<u>VIII.3. Clases.....</u>	158
a) Certificados. Concepto.....	159
<u>VIII.4. Registraci3n de la actuaci3n extraprotocolar.....</u>	159
a) Formalidades.....	159
b) Clases de certificados.....	
1- Certificados de Autenticaci3n de firmas e impresiones digitales.....	159
2- Certificaci3n de firmas y documentos total o parcialmente en blanco.....	160 161
3- Documento en otro idioma.....	
4- Certificados de autenticaci3n de impresiones digitales.....	161 162
5- Certificados de existencia de personas...	
6- Certificados de existencia de fotografias y reproducciones.....	162
<u>VIII.5. Principio de comunicaci3n del documento notarial.....</u>	162 163
a) Modalidades.....	164
b) Traslados notariales.....	164
c) Copias. Distintas clases. Efectos.....	165
1- Primer copia.....	166
2- Ulteriores copias.....	167
3- Copias simples.....	167
4- Testimonios.....	
	169
<u>CAPITULO IX. Eficacia del documento notarial.....</u>	169
<u>IX.1. Distintos aspectos.....</u>	
<u>IX.2. Eficacia probatoria del instrumento p3blico en el C3digo Civil.....</u>	170 172
a) Autenticidad subjetiva, corporal e ideol3gica.....	172
1- Autenticidad subjetiva o de autor.....	172
2- Autenticidad corporal.....	173
3- Protecci3n penal del documento.....	174
4- Protecci3n civil del documento.....	174
5- Autenticidad ideol3gica o de contenido...	176
b) Contradocumento.....	176

IX.3. Ejecutoriedad del documento notarial.....	178
a) Título ejecutivo.....	179
IX.4. Eficacia constitutiva.....	179
a) Acto jurídico y forma.....	
1- El documento notarial es forma del acto notarial.....	180
2- El documento notarial es constitutivo del acto o negocio jurídico de las partes.....	180
3- El documento notarial es constitutivo del derecho subjetivo.....	181
b) Conversión formal y sustancial de actos jurídicos.....	183
IX.5. Eficacia de tráfico.....	185
a) Título suficiente, título formal y justo título.....	186
b) Título y documento notarial.....	186
c) Estudio de títulos. Distintas concepciones.....	188
IX.6. Efectos registrales.....	188
a) Obligación de inscribir.....	188
b) Principio de retroprioridad (tutela in itinere).....	189
c) Anotación preventiva.....	189
d) Estabilidad jurídica de los derechos.....	190
e) Publicidad registral.....	190
1- Legitimados.....	190
2- Clases de documentos inscribibles.....	191
3- Requisitos.....	191
f) Prioridad indirecta.....	191
IX.7. Circulación del documento notarial.....	
a) Circulación del documento notarial dentro de la provincia.....	193
b) Circulación del documento notarial dentro del país.....	193
c) Circulación del documento notarial fuera del país.....	193
1- Documento notarial nacional que deba salir del país.....	193
2- Documento notarial extranjero que deba ingresar al país.....	196
3- Documento notarial extranjero que deba salir del país.....	196
d) Colofón.....	
	199
CAPITULO X. Invalidez del documento notarial.....	199
X.1. Concepto.....	199

a) Ineficacia y nulidad.....	201
X.2. Nulidad formal.....	201
a) Nulidad de los instrumentos públicos.....	203
b) Nulidad de las escrituras públicas. Tipificación...	204
1- Tiempo y lugar.....	205
2- Nombre de los otorgantes.....	205
3- Firma de las partes.....	
c) Nulidad de los testamentos por acto público.	206
Tipificación.....	207
d) Clasificación de las nulidades.....	207
1- Actos nulos y anulables.....	207
2- Nulidad absoluta y relativa.....	208
3- Nulidad manifiesta o no manifiesta.....	208
4- Nulidad total o parcial.....	208
X.3. Inexistencia del documento notarial. Supuestos...	209
X.4. Efectos de la nulidad de los actos jurídicos.....	209
a) Entre partes y respecto a terceros.....	210
b) Terceros adquirentes de buena fe.....	
c) Estudio de títulos de buena fe. Distintas	211
concepciones.....	212
X.5. Confirmación de actos jurídicos.....	213
a) Requisitos de la confirmación.....	213
b) Diferencias con la ratificación.....	
	215
CAPITULO XI. Fe pública.....	215
XI.1. Fe pública.....	215
a) Etimología.....	216
b) Concepto jurídico de fe pública.....	217
c) Imperatividad.....	217
d) Fundamento.....	219
e) Clases.....	219
1- Fe pública confianza.....	219
2- Fe pública como calidad.....	220
3- Fe pública como atribución de poderes...	221
XI.2. Fines.....	221
XI.3. Requisitos.....	222
a) Creencia, calidad y Atribución de poderes.....	223
XI.4. Clases.....	224
a) Fe pública notarial. Concepto.....	225
b) Fundamentos.....	225
c) Caracteres.....	225

XI.5. Fe pública notarial y documento.....	225
a) Aspectos que comprende.....	227
b) Acción penal de falsedad. Efectos.....	228
1- Falsedad material (292 CP).....	230
2- Falsedad ideológica (293 CP).....	230
c) Acción civil de falsedad. Efectos.....	
	233
CAPÍTULO XII. Función notarial.....	233
XII.1. El notario.....	233
a) Concepto de función notarial.....	233
b) Caracteres.....	233
1- Carácter jurídico.....	234
2- Carácter precautorio.....	234
3- Carácter imparcial.....	235
4- Carácter público.....	236
5- Carácter técnico.....	236
XII.2. Naturaleza jurídica.....	
a) Doctrina del 1º Congreso Internacional del Notariado latino.....	236 237
XII.3. Fines y funciones.....	237
a) Certeza jurídica.....	239
b) Forma.....	240
c) Ejecutoriedad.....	
XII.4. Competencia notarial. Análisis. Derecho comparado.....	240 241
a) Competencia territorial.....	241
1- Sistemas.....	242
2- Fundamentos.....	243
b) Competencia personal.....	244
1- Naturaleza jurídica de esta prohibición....	245
2- En materia testamentaria.....	
XII.5. La llamada “jurisdicción voluntaria”. Sistemas legales.....	245 247
CAPITULO XIII. El agente de la función.....	247
XIII.1. Aptitudes, incapacidades e incompatibilidades..	248
a) Legislaciones provinciales.....	248
1- Aptitudes.....	248
2- Incapacidades.....	249
3- Incompatibilidades.....	249

XIII.2. Ejercicio de la función.....	249
a) Clases de notariado.....	250
b) Sistemas abiertos y cerrados.....	250
c) Libertad de ejercicio.....	250
XIII.3. Acceso al ejercicio de la función notarial.....	251
a) Sistemas y legislaciones. Evolución.....	251
b) Requisitos para el acceso.....	251
1- Condiciones personales.....	252
2- Condiciones intelectuales.....	252
3- Condiciones morales.....	253
4- Requisitos objetivos.....	
XIII.4. Incapacidades inhabilitantes e incompatibilidades.....	254
a) Inhabilitados.....	255
1- Incapaces de hecho.....	255
2- Procesados en sede penal.....	255
3- Condenados penalmente.....	256
4- Profesional destituido de su función.....	256
5- Fallidos y concursados no rehabilitados...	256
b) Incompatibilidades.....	256
1- Principio.....	257
2- Excepciones.....	257
3- Fundamento.....	258
XIII.5. Registro notarial.....	258
a) Creación.....	258
b) Designación de notarios.....	259
c) Propiedad de registros notariales.....	259
XIII.6. La adscripción.....	260
a) Naturaleza y régimen de adscripto.....	260
b) Subrogancia.....	
	263
<i>CAPITULO XIV. Relaciones notariales.....</i>	263
XIV.1. Origen y clases.....	263
XIV.2. Relaciones de notario con los requirentes.....	263
a) Origen.....	264
b) Naturaleza jurídica.....	265
c) Derecho y obligaciones recíprocas.....	265
1- Deberes.....	269
2- Derechos.....	270
XIV.3. Elección del notario.....	270
a) Criterios.....	270

b) Casos.....	270
c) Legislación.....	271
d) Sistemas de reparto del trabajo oficial.....	271
XIV.4. Relaciones del notario con el Estado.....	272
a) Derechos y obligaciones.....	272
b) Sistemas.....	
XIV.5. Relaciones del notario con el Colegio de	272
Escribanos, Superintendencia y colegas.....	273
XIV.6. Ética profesional y deontología notarial.....	277
CAPÍTULO XV. Organización del notariado.....	277
XV.1. Distintos sistemas.....	278
XV.2. Colegiación.....	
a) Naturaleza jurídica y caracteres. Legislaciones provinciales.....	279
b) Potestades de los colegios.....	281
c) Organización de los colegios.....	
d) Otras formas de organización del notariado (asociaciones, gremios).....	282
XV.3. Organización previsional del notariado.....	282
a) Cajas. Beneficios.....	283
b) Administración de las Cajas.....	283
XV.4. Organización nacional del notariado.....	284
a) Consejo Federal del Notariado argentino.....	284
b) Características.....	284
1- Miembros.....	284
2- Autoridades.....	285
3- Carácter.....	285
4- Funciones.....	285
XV.5. Organización internacional del notariado.....	286
XV.6. Unión internacional del notariado latino.....	286
a) Origen.....	286
b) Carácter y funciones.....	287
c) Principales organismos.....	288
XV.7. Organismos científicos del notariado.....	288
a) Academia Nacional del Notariado.....	288
b) Universidad Notarial Argentina.....	
	291
CAPÍTULO XVI. Responsabilidad del notario.....	291
XVI.1. Fundamentos y clases.....	291

a) Concepto.....	292
b) Clases.....	292
1- Responsabilidad objetiva.....	292
2- Responsabilidad subjetiva.....	293
c) Factor de atribución.....	293
1- Atribución subjetiva.....	293
2- Atribución objetiva.....	294
XVI.2. Responsabilidad civil del notario.....	
a) Naturaleza jurídica: contractual y extracontractual.....	295
b) Obligaciones de medios y resultados. Criterios. Jurisprudencia. Casos.....	296
XVI.3. Responsabilidad penal.....	
a) Delitos vinculados al ejercicio de la función notarial.....	297
1- Falsedad ideológica y material.....	298
2- Estafa.....	299
3- Destrucción o supresión de documentos..	300
4- Violación del secreto profesional.....	300
5- Omisión de funcionario público.....	301
6- Otros casos.....	301
XVI.4. Responsabilidad administrativa.....	
a) Incumplimiento de obligaciones y deberes fiscales.....	301
b) Infracción a los deberes formales.....	303
c) Ley penal tributaria. Leyes referentes al lavado de dinero.....	303
1- Ley penal tributaria.....	304
2- Leyes referentes al lavado de dinero.....	306
XVI.5.- Responsabilidad profesional.....	307
a) Organismos que la juzgan.....	307
1- El Tribunal de Superintendencia.....	
b) Procedimiento, facultades y sanciones disciplinarias.....	309
1- Clases de sanciones.....	309
2- Procedimiento.....	310
3- Aplicación de sanciones.....	
	311
NORMATIVA CITADA.....	311
a) Nacional.....	311
1- Constitución y Códigos.....	311
2- Leyes.....	311

3- Decretos leyes y Decretos.....	311
b) Provincial.....	311
1- Santa	312
Fe.....	312
2- Entre Ríos.....	
c) Internacional	y 313
extranjera.....	

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.....

INDICE DE ABREVIATURAS

ADN	ácido desoxirribonucleico
Anteproyecto	Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales
ap.	Aparlado
art.	Artículo
B.O.	Boletín Oficial de la República Argentina
cc.	concordantes
CC	Código Civil
CIF	Clave de Identificación Fiscal
cm.	centímetros
CN	Constitución Nacional
CNPE	Cámara Nacional en lo Penal Económico
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CPCCSF	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe
CPCCER	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos
CPER	Constitución de la Provincia de Entre Ríos
CUIL	Clave Única de Identificación Laboral
CUIP	Clave Única de Identificación Personal
CUIT	Clave Única de Identificación Tributaria
Dec.	Decreto
DL	Decreto Ley
DNI	Documento Nacional de Identidad
ej.	Ejemplo

ER	Provincia de Entre Ríos
etc.	Etcétera
inc.	Inciso
LOT	Ley Orgánica de Tribunales de la Provincia de Santa Fe
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
modif.	modificado
ONG	Organización no gubernamental
ONPI	Oficina Notarial Permanente de Intercambio
PH	Propiedad Horizontal
RENAPER	Registro Nacional de las Personas
RR.EE.	Relaciones Exteriores
S.A.	Sociedad Anónima
SF	Provincia de Santa Fe
ss.	subsiguientes

PRÓLOGO

Esta obra fue concebida con un objetivo simple: servir de guía orientativa al estudiante que se inicia en el ámbito del derecho notarial. Fue escrita durante el cursado de la especialización en Derecho Notarial que dicta la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina), en 2008.

Por tal motivo, está redactada en un nivel básico, sin citas abundantes, basada principalmente en apuntes tomados durante el cursado y cita directa de los textos legales, con transcripción textual de los artículos básicos que rigen cada tema, y la subdivisión de cada uno de ellos en títulos y subtítulos para facilitar de tal manera la rápida búsqueda de la respuesta a cada interrogante planteado.

Con el mismo fin, seguimos el programa de Derecho Notarial dado por la cátedra del posgrado de la Especialización en Derecho Notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS) de la *Universidad Nacional del Litoral (UNL)*, conformada por los Escribanos Eduardo CURSACK, Rodolfo FRONTERA, Benjamín PIÑON, y demás profesores colaboradores del mismo; así como los programas de las asignaturas "Derecho Notarial I y II (Parte Teórica)", de la Facultad de Derecho y Ciencia Política (FDCP) de la *Universidad Católica de Santa Fe (UCSF)*, aprobado por Res. 118 de fecha 20 de junio de 2001, vigente desde el año 2001, para la carrera de Notariado.

La lectura de este trabajo no reemplaza la lectura de la bibliografía obligatoria establecida por la cátedra. La bibliografía consultada ha sido en primer término la propia legislación, que

muchas veces se transcribe con un objetivo de autosuficiencia de la obra. También se consultaron lecturas básicas de doctrina (véase la sección Bibliografía General) cuyo estudio se sugiere para una profundización de cada tema en particular, así como de las obras que son citadas al pie durante el desarrollo de cada tema. Finalmente, no podemos desconocer las fuentes no formales consultadas, como los comentarios de los académicos durante el cursado, y debates con colegas del posgrado sobre temas puntuales.

Con la colaboración que los lectores nos brinden, a través de sugerencias que recibamos, esta primera edición del Curso será revisada y mejorada, y tales adendas serán volcadas en las próximas ediciones.

Esperamos, pues, contribuir con este trabajo a una amena y sistemática introducción por parte del lector, al estudio del derecho notarial.

Augusto D. Lafferriere

Nogoyá (Prov. Entre Ríos), 23 de diciembre de 2008.

CAPÍTULO I

DERECHO NOTARIAL.

1. El derecho notarial. a) Concepto. b) Criterios de definición. 2. Contenido. a) Clases de normas. b) Evolución. c) El sistema del derecho notarial. 3. Autonomía. a) Clases. b) Ámbito social y académico. c) Notariado latino. 4. Fuentes. 5. Formas jurídicas. Clases y Funciones. a) La forma como vehículo del pensamiento. b) Neo formalismo. c) La forma notarial. d) Clasificación de la forma. 6. El Acto Notarial. a) Concepto. b) Estructura. c) Caracteres. d) Requisitos esenciales de validez. Efectos. e) Requisitos de eficacia. 1- La idoneidad del objeto. 2- La competencia del órgano. 3- La legitimidad del órgano. 4- La habilidad y legitimación del agente. 5- La causa del acto notarial. 6- La forma. f) Colofón.

1.1. El derecho notarial.

1.1.a) Concepto.

Desde el punto de vista ontológico, es decir del "ser", se predica la unidad del Derecho. Pero desde el punto de vista del "conocimiento", se lo divide en ramas (civil, comercial, laboral, etc.), cada vez con mayor intensidad.

El fenómeno notarial es un tema de raíz filosófica (Kant). Como objeto de conocimiento, el derecho notarial está compuesto por todo aquello que es perceptible a través de nuestros sentidos desde que ocurre, como por ejemplo las leyes, los registros, los escribanos, las escrituras, etc.

Se lo define, pues, como el conjunto de normas que regulan sistemáticamente el fenómeno notarial, las cuales se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico vigente¹.

El Derecho Notarial tiene, en principio, tres elementos: el **subjetivo** (agente notarial o escribano), el **objetivo** (documento

¹ Al respecto, basta con observar la enumeración de normas que efectuamos en la Sección "Normativa Citada", al finalizar la presente obra.

notarial del que se trate) y el *dinámico* (la técnica notarial empleada).

De tal modo, el derecho notarial es el conjunto de normas que desarrollan y reglamentan la función notarial desde el punto de vista subjetivo (del agente), objetivo (del documento), y dinámico (de la técnica notarial).

En otros términos, el derecho notarial es el conjunto de normas que regulan subjetiva, objetiva y dinámicamente la función notarial.

1.1.b) Criterios de definición.

Los criterios utilizados para definir el derecho notarial son los siguientes:

- a) Criterio funcionalista (SAVATIER): lo ve desde la sociedad, cómo se desempeña el notario en la sociedad, su función, y estudia también la relación entre el notario y el cliente².
- b) Criterio procesalista (DONA): ante el notario, existe un procedimiento para llegar a la conclusión de un acto auténtico, que no dirime un conflicto, sino que eleva la voluntad de las partes³.
- c) Criterio formalista (NÚÑEZ LAGOS⁴): el derecho notarial es un conjunto de normas que regulan las formalidades de la forma. Crítica: descuida otros aspectos del notariado, se queda sólo con el polo formal y se olvida de la función de asesoramiento y la de garantizar la eficacia.
- d) Criterio finalista: tiene dos vertientes: 1) *Publicista*, en el derecho notarial lo importante es la autenticidad. Crítica: es demasiado estrecho, porque se olvida de la función de asesoramiento privatista, y es demasiado amplio porque también hay otros profesionales que autentican; 2) *Privatista*, cautelar y tutelar los intereses privados.

² Véase SAVATIER, *La profession liberale*, p.317, donde afirma que la relación notarial es un mandato o contrato innominado. en los límites de lo que denomina su 'rol oficial'.

³ DONA, *Elementi di diritto notarile*, 2da edición, Milán, Italia, 1934.

⁴ NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, Argentina, 1967.

- e) Criterio enciclopédico (OLAVARRIA TEVEZ): Comprende la teoría de la función notarial, la teoría del documento notarial, la organización del notariado y la historia del notariado. Crítica: la historia no es parte del derecho notarial.

D'ORAZI FLAVONE nos brinda un criterio integrador: el acto notarial fundamentalmente es la idónea adecuación del paradigma negocial concreto (lo que quieren las partes) al paradigma negocial legislativo abstracto (el querer tipificado por la norma).

Podemos afirmar, así, que el derecho notarial es el conjunto de normas que regulan la institución notarial subjetiva, objetiva y funcionalmente.

1.2. Contenido.

1.2.a) Clases de normas.

El contenido del Derecho Notarial está formado por las normas jurídicas notariales. Existen tres tipos de normas:

- a) Orgánicas: son aquellas que reglamentan la función notarial desde el punto de vista subjetivo (son orgánicas porque regulan al órgano notarial). Regulan la función notarial. Están contenidas en las leyes locales (provinciales).
- b) Formales: son aquellas que regulan las formalidades de la forma. Se encuentran en nuestro Código Civil (en adelante, CC) y en la Ley Orgánica de Tribunales (en adelante, LOT) y Leyes provinciales.
- c) Sustanciales: son aquellas que regulan la relación del notario con los particulares y con el Estado. Son normas que regulan tres relaciones:
 - a. Entre el escribano y el cliente⁵,
 - b. Entre el Escribano y el Estado,
 - c. La responsabilidad del escribano frente al cliente y al Estado.

⁵ Sobre la relación notario – cliente, y su naturaleza jurídica, puede consultarse LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, Buenos Aires, p. 655 y ss.

1.2.b) Evolución.

Según el criterio antiguo, el Derecho Notarial también comprendía el contenido sustancial o de fondo. Era un criterio más amplio que el actual. El español MENGUAL Y MENGUAL, abarcaba en su criterio a la parte material y a la formal:

a) Material o sustancial:

1. Subjetiva (todas las normas referidas a los sujetos, como por ejemplo capacidad, representación, etc.);
2. Objetiva (los actos jurídicos, como por ejemplo la compraventa, la permuta, la donación, el mandato, etc.).

b) Formal:

1. Subjetiva (se refería a los requisitos para el ingreso al Notariado, como las cuestiones del Colegio, la matrícula, etc.);
2. Objetiva (lo referente al documento notarial).

El derecho notarial como rama de estudio del derecho fue desprendiéndose de lo que ya no era necesario, como el derecho sustancial en su totalidad, e incorporó algunos institutos (ej. La teoría del acto notarial, la teoría de la fe pública, etc.).

Así, las partes del derecho notarial serían dos: un derecho notarial *objetivo* (se ocupa de los documentos y lo relacionado), y un derecho notarial *subjetivo* (se ocupa del agente notarial y lo relacionado).

1.2.c) El sistema del derecho notarial.

Para que un conjunto de normas formen un sistema, deben presentarse dos características:

- a) Homogeneidad, pues las normas tienen que tratar de un mismo tema, ser semejantes aunque no iguales; y
- b) Coherencia, pues las normas deben presentar relaciones de fundamentación y subordinación (KELSEN)⁶.

Las normas del derecho notarial presentan estas dos características, y por ello podemos afirmar que forman un sistema.

⁶ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducido al español, Buenos Aires.

1.3. Autonomía.

1.3.a) Clases.

Hay tres clases de autonomía⁷:

- a) Didáctica: pues se enseña como carrera propia de posgrado;
- b) Legislativa: es una autonomía que en Argentina no tiene el derecho notarial, en el sentido de reunión en una ley o en un código, sino que contamos con normas dispersas. Si bien nuestras normas tienen coherencia, no hay un cuerpo orgánico que lo reúna todo. Además, sería difícil lograr esto en nuestra materia, siendo nuestro sistema de gobierno federal (1 CN), acorde al cual todo lo que es policía de las profesiones es de competencia provincial (121 CN).
- c) Científica: para que una rama del derecho sea científicamente autónoma, se requieren tres elementos: normas propias (legislación), materia propia (contenido), y principios propios (directrices)⁸.

1.3.b) Ámbito social y académico.

Hay que distinguir dos cuestiones: por una parte, la existencia del Derecho Notarial se da en la sociedad. Así, el fenómeno notarial tiene los siguientes factores: las normas (elemento normativo), la función notarial o agente notarial (elemento subjetivo), y los documentos notariales (elemento material).

Por otra parte, la autonomía del derecho notarial, es un tema de conciencia de los hechos mencionados *supra*, en cuanto organización del estudio de lo normativo, lo subjetivo y lo material, con principios y método. Es la reflexión sobre esos elementos de hecho. Es ir construyendo, ir clasificando, etc. dos elementos:

⁷ Sobre la autonomía del derecho notarial, véase FRONTERA, Rodolfo, *Autonomía del derecho notarial*, en Gaceta del Notariado, Secc. Doctrina, p. 399 y ss.

⁸ Sobre la autonomía del derecho notarial, véase D'ORAZI FLAVONE, Mario, *La autonomía del derecho notarial*, Separata de Estudios en memoria de F. Vasalli.

- a) La *Materia propia*, toda la teoría del documento y de la función notarial y las normas que las regulan, y
- b) *Principios propios*, pero no exclusivos, como lo son: intermediación (993 CC), imparcialidad (985 CC), fe pública (confiere autenticidad, verdad impuesta, 993-995 CC), matricidad (el original queda en poder del escribano, lo que circula es la copia), comunicación (la entrega de la copia), conservación (del protocolo por parte del escribano por dos años y luego por el Estado), legalidad (hay que cumplir con todas las formalidades de la ley, lo que otorga la validez al documento), y legitimidad (con la que se otorga eficacia).

1.3.c) Notariado latino.

El notario latino se involucra en los efectos jurídicos del negocio. COUTURE creía que la fe pública era un principio exclusivo del notariado, pero no lo es, pues la fe pública es compartida por otros funcionarios además del notario.

Nuestro derecho notarial tiene autonomía, porque tiene legislación, materia y principios propios, que organizan lo normativo, lo subjetivo y lo material de esta rama del derecho.

1.4. Fuentes.

Las fuentes del derecho notarial pueden ser formales (leyes, decretos, tratados, etc.), o bien materiales (hechos históricos, sociales, etc. que empujan al hombre a legislar sobre determinadas materias; así como congresos, jornadas, consultas, etc.).

¿Dónde se ubica esta rama del derecho? Los campos del derecho son público y privado, y también de fondo y de forma. Los criterios de ubicación son los siguientes:

- a) La doctrina *española* mayoritaria, sostiene que el derecho notarial es instrumental y público,
- b) El criterio *privatista*, sostiene que es derecho privado,
- c) El criterio *intermedio*, afirma que es una mezcla de caracteres publicísticos y privatísticos.

En sí, las ubicaciones dependen de la opinión que se tenga de la naturaleza de la función del notario.

- a) Para algunos autores, la profesión es *pública* y el notario es funcionario del Estado.
- b) Para otros, pues, es una profesión eminentemente *privada* y el notario es un profesional del derecho.
- c) Para una tercera opinión, intermedia, el notario es un profesional del derecho que se encuentra *a cargo de una función pública*, pero sin ser un funcionario, y sin formar parte del aparato administrativo del Estado.

El derecho notarial es una unión de intereses públicos y privados. Es una rama del derecho con un perfil propio que no se puede ubicar en el derecho público ni en el privado.

En el caso de la *conversión formal* (987 CC), por ejemplo, el acto público cae, pero sigue vigente el acto privado. Mientras que en la *conversión sustancial* (1185 CC) el contrato privado sigue vigente, si bien cambian sus efectos (se transforma en una obligación de hacer, de escriturar)⁹.

1.5. Formas jurídicas. Clases y Funciones.

El acto humano proviene de la voluntad con conocimiento previo del fin. Así, el acto humano tiene dos elementos: la voluntad de hacerlo, y el conocimiento previo del fin. El Derecho es un acto humano social.

El acto social es el acto humano por el que se participa algo a alguien por medio de un signo exterior. El signo exterior es *la forma*, elemento esencial del acto jurídico. "Ningún hecho tendrá carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste" (913 CC).

Los actos formales tienen forma tasada, y los actos no formales tienen una forma que las partes eligen libremente (914 CC). Los signos exteriores por los que nos manifestamos

⁹ Sobre conversión formal y sustancial del acto, véase Ap. IX.4.b. *Conversión formal y sustancial de actos jurídicos*.

pueden ser gestuales, orales o escritos (917 CC), sólo por excepción el silencio implica un efecto jurídico (919 CC).

La función de la forma es ser vehículo del pensamiento. La grafía, para ello, debe tener ciertas características: visibilidad, expresividad, y reconocibilidad. La forma tiene sus ventajas: implica una reflexión sobre el acto a realizar, tiene una función probatoria, y posibilita el conocimiento de los terceros sobre el acto, además de brindar certeza y seguridad jurídica a las partes.

Según el 973 CC, la forma es definida como las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico.

El acto jurídico es el acto humano social que se cumple dentro de la esfera de lo lícito, por el cual ese algo que se participa al otro, es crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (944 CC).

¿Por qué un acto humano es jurídico? Porque se cumple bajo la égida de una norma jurídica, de donde surge que el comportamiento humano (acto) es pasible de determinación por una norma que lo eleva a la categoría de jurídico. La materia es el acto humano y la norma que lo califica y determina como jurídico es la forma.

Materia sería todo lo que es capaz de recibir alguna determinación, en nuestro caso sería el acto humano. Y forma sería el principio determinante, la norma jurídica. Este acto antes de ser jurídico debe ser social, y antes de ser social debe ser humano. Dicha anterioridad transcurre en el campo lógico. El concepto de acto jurídico es universal, porque abarca un sinnúmero de actos concretos que realiza el hombre en su vida cotidiana.

Materia y forma, potencia y acto, no son lo mismo, si bien se parecen. Se relacionan en el sentido de que la materia siempre está en potencia de recibir alguna forma, y la forma al ser recibida por la materia siempre será una actualización de una

potencia. Pero estos co-principios del ser pertenecen a órdenes diferentes.

ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS¹⁰ hablaban de la "teoría hilemórfica" según la constitución de los entes. El hilemorfismo es la teoría ideada por Aristóteles y seguida por la mayoría de los escolásticos, según la cual todo cuerpo se halla constituido por dos principios esenciales, que son la materia y la forma.

La dogmática moderna entiende a la forma (hechos exteriores, signo exterior, solemnidades del 973 CC) como un elemento del negocio jurídico, por tanto no puede faltar. No hay acto jurídico sin forma.

Las solemnidades, en las que consiste la forma, deben observarse al tiempo de la formación del acto. Las solemnidades del 973 CC son los hechos exteriores del 914 CC, es decir el vehículo materializado del pensamiento que va del emisor al receptor. Esas solemnidades no son más que el mismo pensamiento hecho gesto, sonido o grafía, es decir signo del mismo. Entonces es una tautología, pues, la frase "al tiempo de la formación del acto jurídico", porque es una imposibilidad filosófica que el signo del pensamiento, que es puente entre el emisor y el receptor, que anuda la relación, que perfecciona el acto, sea posterior al acto mismo.

Lo que pasa es que el legislador recargó el concepto para distinguir esas solemnidades (la forma jurídica) de otras solemnidades que se exigen a *posteriori* del acto, para otras finalidades, como por ejemplo la inscripción registral (que es un procedimiento posterior al acto y cuya finalidad es hacerlo conocido o conocible por la sociedad) o la prueba (que también

¹⁰ Santo Tomás fue un autor prolífico en extremo, con cerca de 800 obras atribuidas. Las dos más importantes son *Summa contra Gentiles* (1261-1264), un estudio razonado con la intención de persuadir a los intelectuales musulmanes de la verdad del cristianismo y, sobre todo, *Summa Theologiae*, que comenzó a escribir en 1265 y dejó inconclusa (Microsoft Encarta 2007; Microsoft Corporation).

es un procedimiento posterior para acreditar ante el juez u otra autoridad la existencia de actos ya formados).

La forma, por ser un elemento del acto, le da existencia al mismo. Que luego esa forma, por tener naturaleza sensible (signo exterior) que perdura en el tiempo (grafía), en un momento posterior (prueba) sirva para demostrar la existencia del acto, es una consecuencia lógica y una ventaja de la palabra escrita sobre la palabra oral (esto, por ejemplo, en el caso de un contrato redactado por escrito).

1.5.a) La forma como vehículo del pensamiento.

Antes del signo no hay acto, sólo pensamientos, es decir acto en potencia. Sólo el hombre impulsado por su voluntad y por medio del signo exterior puede traer a la existencia su pensamiento, perfeccionando aquella potencia, transformándola por medio del signo en acto, pero para que ese signo exterior cumpla su función de signo del pensamiento, debe cumplir con tres requisitos indispensables: ser perceptible, expresivo, y reconocible.

- a) La *perceptibilidad* del signo deviene de su exterioridad, pero para nuestro derecho positivo en este tema, lo perceptible se reduce a lo audible y visible.
- b) *Expresividad*, en el sentido de que el signo en su significado se identifique con el pensamiento del emisor, y
- c) *Ser reconocible*, pues esa misma expresión oral o escrita debe provocar en la conciencia del que oye o lee (el receptor) la misma idea que tuvo el emisor al expresarla. He aquí que los signos, hechos exteriores o solemnidades, cumplen su misión dinámica de ser vehículos del pensamiento que va del emisor al receptor.

1.5.b) Neo formalismo.

El CC otorga libertad de formas, por lo que las partes pueden elegir del menú del 914 CC cualquiera para sus actos

jurídicos, en principio¹¹. Pero a pesar de que enfáticamente el artículo citado establece una norma de libertad para las formas, las excepciones son muchas, a tal punto que se puede hablar de un formalismo moderado o un neo formalismo, un punto intermedio entre el rigorismo formal del derecho romano y el espiritualismo del Código Napoleón.

Nuestro CC va introduciendo exigencias formales de acuerdo a la trascendencia social de los actos jurídicos concretos. Hay una gradación en nuestro orden positivo, que va desde los actos o pequeños contratos celebrados verbalmente o gestualmente, pasando por los que deben celebrarse por instrumentos escritos privados o privados con fecha cierta, hasta llegar a la exigencia máxima, la escritura pública, el documento notarial por excelencia.

1.5.c) La forma notarial.

En cuanto al autor de las escrituras públicas, según el 997 CC, sólo pueden ser hechas por escribanos públicos, o por otros funcionarios autorizados para ejercer las mismas funciones.

Hay actos jurídicos en que la forma de los mismos, sus signos exteriores, sus solemnidades, deben ser realizados por un personaje distinto de los propios agentes del acto. En el caso de las escrituras públicas, ese es el notario.

Pareciera como que hay dos causas eficientes de un mismo acto: el notario, y los propios agentes del acto. Pero en realidad, hay dos actos: el acto de las partes, y el acto del notario.

El notario es causa eficiente principal de su acto notarial, que a su vez es causa eficiente instrumental del acto de las partes, porque con su acto pone por medio de su técnica el signo exterior querido por la ley (escritura pública, en el caso de la compraventa de inmuebles) que actualiza, que trae a la

¹¹ Sobre la forma jurídica, el neo formalismo, y la forma notarial, puede consultarse FRONTERA, Rodolfo, *Qué es el acto notarial?*, Ed. de la Cortada, Santa Fe, 2003.

existencia a aquel contrato de compraventa que está en potencia en el querer de las partes, y vive como idea en el orden esencial de las figuras o tipos del CC.

Hay que tener en cuenta, pues, que en nuestro sistema cultural signado por el notariado de tipo latino, el notario colabora con la causa eficiente (los agentes) del acto jurídico, no solamente con la forma del acto jurídico, sino también con la configuración misma del negocio jurídico, como lo dijera D'ORAZI FLAVONI, sintetizando la actividad del notario en dos fases inescindibles: una como funcionario público, la de documentar, y otra como profesional del derecho, que consiste en la idónea adecuación del paradigma negocial concreto al paradigma abstracto legislativo.

1.5.d) Clasificación de la forma.

Los actos pueden ser formales (forma tasada) o no formales. En principio, rige la libertad de formas (974 CC). Además, pueden ser gestuales, orales o escritos (en este último caso, pueden ser autógrafos o heterógrafos, que son aquellos hechos por un tercero, como por ejemplo el notario).

Cuando el CC o las leyes especiales no designen forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes (974 CC).

De acuerdo a la función que cumple la forma, los actos pueden ser: formales *ad solemnitatem* (si no se cumple con la forma exigida por la ley, no existen, ej. 1810 CC, Donación de inmuebles¹²); formales *ad probationem* (donde la forma es exigida para poder probar el acto, si bien el acto existe aunque no se siga la forma legal no es pasible de ser probado); y *no formales* (libertad de formas).

¹² Deben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad: 1 - Las donaciones de bienes inmuebles; 2 - Las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias. Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185. Las donaciones al Estado podrán acreditarse con las constancias de actuaciones administrativas (1810 CC).

La forma es un elemento esencial del acto. En cambio, la prueba es un hecho posterior al acto. Lo que pasa es que la forma puede cumplir una función probatoria. La publicidad, por su parte, al igual que la prueba, es un hecho posterior que produce principalmente la oponibilidad a terceros.

Según GUASTAVINO, los actos pueden ser:

- a) Formales o solemnes: absolutos (1810 CC, la omisión de la forma no da ningún derecho; no se aplica la conversión sustancial del 1185 CC¹³), y relativos (los demás contratos, donde la omisión de la forma trae aparejado el efecto de la conversión sustancial del 1185, salvando así el interés de las partes).
- b) No formales: absolutos (las partes quedan en libertad absoluta para elegir libremente la forma, 974 CC, sin exigirse forma para la prueba; no quedan prácticamente contratos de este tipo en la actualidad), y relativos (exigen alguna formalidad para su prueba, ej. 1193 CC¹⁴).

1.6. El Acto Notarial.

El instrumento público contiene dos actos: el acto notarial (o acto del notario), y el acto de las partes (o negocio jurídico). CARMINO CASTAGNO hace una distinción entre persona, órgano y agente, pues suele confundirse órgano con agente.

Los notarios, como personas físicas, son agentes del órgano "Registro de Contratos Públicos" (ej. con asiento en la ciudad de Santa Fe). El agente es el notario, persona física, que es titular del órgano registral.

¹³ 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 reducirlo 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 (1185 CC).

¹⁴ 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 (1193 CC). Sobre la vigencia del tope legal, véase doctrina y jurisprudencia al respecto.

Para el derecho, "persona" es todo ente físico o ideal que tenga, como sostiene CARMINIO CASTAGNO, una "función jurígena", por lo que es titular de derechos y obligaciones o, como afirma KELSEN, "centro de imputación de derechos y obligaciones"¹⁵.

El "órgano" es el medio del que se vale el ordenamiento jurídico para que la persona de existencia ideal, que no se concreta físicamente en la realidad jurídica, exprese su voluntad. Así, lo que expresa la voluntad de esa persona es un órgano.

Siempre hay órgano, cualesquiera que sea el tipo societario. También tienen este tipo de órganos el Estado. Cualquier persona de existencia ideal tiene un órgano, o al menos un medio por el cual expresa su voluntad. Este medio es algo abstracto, habiendo siempre, en el fondo una persona física que le nutre, pues siempre debe haber un agente titular o una persona física, llenando u ocupando legítimamente este cargo.

El órgano fedacional no es el escribano (persona física). El agente, que es el soporte físico natural, si es una persona física, hombre o mujer, con título habilitante y demás requisitos de nuestra ley orgánica.

El órgano fedacional tiene un ámbito de actuación que se llama competencia, pues los órganos son competentes y no capaces. El órgano tiene competencia material y territorial. La competencia personal (985 CC¹⁶) se refiere al escribano como tal, como persona física, y no como órgano.

1.6.a) Concepto.

Según CARMINIO CASTAGNO, el acto notarial es el ejercicio de la función fedacional, por parte del órgano escribano público, quedando desplazada toda la otra actividad que realiza el notario como profesional del derecho.

¹⁵ Véase KELSEN, Hans, *ob. cit.*

¹⁶ Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto 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 (985 CC).

Critica: adopta una postura eminentemente publicista, pues el acto notarial no se agota en la esfera de lo publicístico, porque si bien es cierto que es importante por la validez y eficacia que le da el CC, no es menos cierto que también entra la restante actividad dentro de la funcionalidad.

ZINNY, afirma que el acto notarial es la dación de fe. El acto notarial debemos entender que es la narración del notario que tiene por objeto el comportamiento humano o el acontecer de la naturaleza jurídicamente relevantes, o sus resultados materiales en cuanto modificaciones del mundo exterior, percibidas y narradas de manera coetánea, para dotarlas de autenticidad.

Critica: la autenticidad no la da el notario sino la ley. Además, la narración del notario no es tal, pues en las escrituras no hay narración sino declaración, si bien en las actas sí se narra. Por otra parte, la coetaneidad es lo que distingue al notario del simple testigo, pues la percepción del notario debe ser coetánea con la narración para que tenga autenticidad.

ZINNY, así, cae en la misma corriente publicística que CARMINIO CASTAGNO. El acto notarial, además de funciones probatorias, tiene funciones ejecutivas, constitutivas, y otras virtualidades acontecidas como las del tráfico jurídico.

RODRÍGUEZ ADRADOS sostiene que una vez llevadas a cabo por el notario las actividades precedentes y redactado en su virtud el escrito documental, es que puede tener lugar el acto notarial.

Critica: el acto notarial es algo más, en realidad lo que describe RODRIGUEZ ADRADOS es la audiencia que tiene lugar para el nacimiento del acto notarial.

Otra posición afirma que el acto notarial consiste en una o varias declaraciones de ciencia, realizadas por parte de un órgano escribano público, en ejercicio de la función fedacional, que tiene por objeto el comportamiento humano (propio o ajeno) o el acontecer de la naturaleza o sus resultados materiales

jurídicamente relevantes, los que al asumir forma escrita, constituyen presupuestos para que el ordenamiento positivo los dote de autenticidad y eficacia.

Ello es así, por cuanto en principio no es una narración, sino que consiste en una declaración de ciencia. Podemos distinguir dos tipos de declaraciones: *de ciencia o conocimiento* (la encontramos por ej. en la opinión de un testigo o en el dictamen de un perito, donde el contenido no es volitivo porque declaran según lo que recuerdan o sobre lo que dominan cognoscitivamente, respectivamente), y *volitivas o de voluntad* (por ej. las declaraciones de vendedor y comprador, respecto de querer vender a tal precio y querer comprar a ese precio, respectivamente). Hay una serie de operadores del derecho cuyas declaraciones son de ciencia, como las de los escribanos.

Además, son realizadas por un órgano público en ejercicio de la función fedataria (notario). El acto notarial es el que va dirigido a la función fedacional, la cual es delegada por el Estado en el notario, y hace adquirir valor de fe a las declaraciones del mismo, cual verdad impuesta.

El objeto del acto notarial es el comportamiento humano, tanto el propio como el ajeno (993 CC¹⁷). Hay fuerza de fe legal hasta tanto prospere una querrela de falsedad¹⁸. Esta serie de comportamientos humanos se declara en cuanto a su emisión, mas no en cuanto a su sinceridad. El objeto del acto notarial también puede ser el acontecer de la naturaleza o sus resultados materiales (ej. actos de constatación).

El acto notarial debe asumir forma escrita, para que el ordenamiento jurídico positivo lo dote de autenticidad y eficacia. No son los escribanos los que dan autenticidad al acto sino el

¹⁷ 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 (993 CC).

¹⁸ Sobre la impugnación de falsedad de las escrituras en sede civil o penal, véase CURSACK, Eduardo V., *La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal*, trabajo distribuido durante el cursado, p. 8.

ordenamiento jurídico positivo. Al concepto brindado, se debe agregar la eficacia, que es una característica del notariado latino.

1.6.b) Estructura.

Según CARMINIO CASTAGNO, que tiene más en vista el Acta que la Escritura, la estructura del acto notarial es la siguiente:

- a) Percepción: percibir por los sentidos superiores (el oído y la vista, que son objetivos), y por los sentidos inferiores (el tacto, el gusto y el olfato, que son subjetivos). En los casos en los que intervienen los sentidos inferiores, es conveniente recurrir a los sujetos auxiliares (bioquímicos, arquitectos, y demás peritos).
- b) Declaración: la cual asume forma escrita.

La faz intermedia entre ambas partes es la "adecuación de los paradigmas". Así, las fases serían tres: la percepción, la adecuación, y la declaración.

1.6.c) Caracteres.

Los caracteres del acto notarial son los siguientes:

- a) Acto jurídico: porque es voluntario y lícito, pero no alcanza a ser un acto jurídico porque no tiene por fin inmediato establecer entre las partes relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (944 CC), sino que tiene un fin técnico. El acto notarial es un "hecho humano voluntario lícito" (897 CC). Es un hecho técnico, pues al acto jurídico lo hacen las partes.
- b) Acto público: pues es pública la función, y público el documento (o resultado), y por tanto público es el acto.
- c) Acto rogado: en tanto el escribano actúa a petición de parte, y nunca de oficio (principio de rogación).
- d) Acto formal: pues la declaración que realiza el escribano después de la percepción efectuada, tiene que asumir forma escrita, desde que no hay actos notariales orales.

1.6.d) Requisitos esenciales de validez. Efectos.

Los requisitos esenciales de validez del acto notarial hacen a la existencia del acto mismo, en el sentido de que si falta alguno de ellos el acto en realidad no existe (acto inexistente). Ellos son:

- a) El autor: que es el escribano o notario. En Santa Fe, la creación del órgano por ley (los Registros), la investidura por decreto (tiene que existir una persona física que sea el agente), y la asunción del cargo ante el Colegio de Escribanos.
- b) El contenido fedacional: siempre es algo respecto del cual se declara algo, y de no tener tal contenido, entonces no es un acto notarial. Es una consecuencia de la estructura del acto: percepción y declaración.
- c) La forma documental (forma escrita).

1.6.e) Requisitos de eficacia.

Además de los requisitos esenciales de validez, encontramos otros requisitos de validez que no hacen a la existencia del acto, sino a su eficacia y su valor, en el sentido de que el acto existe de todos modos, pero disminuido en su eficacia. Los llamamos requisitos de eficacia, y son los siguientes:

1.6.e.1- La idoneidad del objeto.

La idoneidad del objeto, que debe ser un hecho histórico que se pueda percibir por los sentidos. Lo que se necesita es que el hecho tenga consistencia histórica y que se manifieste en la realidad como aprehensible por los sentidos.

1.6.e.2- La competencia del órgano.

La competencia del órgano se aprecia en distintos sentidos:

1. La competencia personal (985 CC): el órgano en sí, como cargo, como institución, no tiene parientes, quien tiene parientes es el agente o persona física titular del dominio. A él se refiere el artículo.

2. La competencia territorial: está dada por el ámbito físico-geográfico dentro del cual el órgano fedacional de que se trate tiene idoneidad, por ley. Las leyes provinciales son las que fijan este tipo de competencia. En Santa Fe, la Ley 6898 establece una competencia territorial de carácter departamental. A pesar que éste es un tema del derecho público provincial, el CC ha regulado estas cuestiones en algunos artículos (ej. 980 y 981 *in fine* CC¹⁹).

Si bien el CC fija un principio, no entra a determinar qué es distrito o cuál es el ámbito físico, pero no obstante ello fija el principio de la nulidad para todo acto que se realice fuera del ámbito físico que le ha sido asignado a un registro. En Santa Fe se asigna por departamento (6 Ley 6898 SF), con una excepción: se extiende a los departamentos limítrofes (límite físico) para testamentos y comprobaciones de hechos (límite material). El caso del 981 CC es difícil que pueda presentarse hoy día²⁰.

La competencia territorial se refiere al lugar donde se celebra el acto, y no al lugar donde están ubicados los bienes.

3. La competencia material: se refiere a aquellos actos jurídicos que los escribanos pueden realizar dentro de sus atribuciones (980 CC). Hay tres teorías al respecto:
- Teoría de la Enunciación* (o de la enumeración): el notario es competente materialmente para aquellos actos respecto de los cuales se hace una enumeración (ej. 1184 CC).
 - Teoría de la Determinación Esencial*: no se debe caer en una enumeración, sino determinar por sus características esenciales qué actos pueden hacer los notarios.

¹⁹ Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (980 CC).

²⁰ Son sin embargo válidos, los instrumentos hechos por funcionarios fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito (981 CC).

- c. *Teoría de la Exclusión* (CARMINIO CASTAGNO): los notarios son competentes en todo, menos en aquello que haya sido distribuido con exclusividad a otro funcionario o a otra función. Los notarios tienen una competencia compartida con otros funcionarios. No se puede hacer aquello que ha sido atribuido exclusivamente a otro funcionario o función, pero sí se puede actuar en cuestiones compartidas con otros funcionarios.

1.6.e.3- La legitimidad del órgano.

Para que tenga legitimidad el órgano, es necesaria únicamente la rogación del requirente, pues debe haberse solicitado su actuación. No existe la actuación notarial de oficio.

1.6.e.4- La habilidad y legitimación del agente.

Se requiere también la habilidad y legitimación del agente, en cuanto la persona física titular del órgano registral debe quedar habilitada y legitimada. La habilidad es una capacidad específica, desde que son las circunstancias psíquico-físicas de la persona del agente las que hacen al ejercicio de la función idóneamente posible.

Puede ocurrir que circunstancias psíquico-físicas sobrevinientes afecten esto (ej. el notario queda sordo, mudo, paralítico, etc.). La legitimación del agente significa que esté habilitado para ejercer la función, además de ser competente el órgano (985 CC). La ilegitimación se refiere a casos concretos, con sujetos y objetos determinados, en el sentido de que un escribano capaz, sin inhabilidades, respecto a una situación objetivo-subjetiva concreta no puede actuar (3664 CC, caso de testamento por acto público²¹).

1.6.e.5- La causa del acto notarial.

La causa del acto notarial es la finalidad del mismo. No hay que confundir la causa del acto de las partes (como puede

²¹ El escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor (3664 CC).

ser por ej. un intercambio de bienes) con la causa del acto del notario, cuya finalidad es cumplir una actividad, que podrá ser probatoria (ej. acta), comprobatoria (ej. certificado), conservatoria, y constitutoria o constitutiva (ej. escritura).

La escritura es constitutiva del negocio jurídico compraventa de inmuebles, y de no hacerse por escritura pública es un contrato, pero no de compraventa de inmuebles, sino de compromiso de escriturar (obligación de hacer). Es un caso de conversión sustancial²² (1185 y 1185 bis CC²³). Distinta es la situación de la donación de inmuebles (1810 CC), en la cual el instrumento privado no tiene ningún efecto, pues la realización del negocio por escritura pública tiene un carácter solemne absoluto.

1.6.e.6- La forma.

La forma es un requisito esencial en cuanto forma escrita, y en tanto no puede el acto de que se trate tener forma oral, pues como requisito de validez la 'forma' se refiere a cómo debe ser ese escrito (serían las formalidades de la forma, entre las que se destaca el Protocolo).

Cuando la forma es un requisito esencial, es también un requisito de validez, y no sólo de eficacia.

1.6.f) Colofón.

En síntesis, lo que tenemos es lo siguiente:

- ✓ **Requisitos esenciales:** a) El autor, b) El contenido, y c) La forma.
- ✓ **Requisitos de validez:** a) La idoneidad del objeto, b) La competencia del órgano, c) La legitimidad del órgano, d) La

²² Sobre conversión formal y sustancial del acto, véase Ap. IX.4.b, *Conversión formal y sustancial de actos jurídicos*.

²³ Los boletos de compraventa de inmuebles otorgados a favor de adquirentes de buena fe serán oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiere abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez podrá disponer en estos casos que se otorgue al comprador la escritura traslativa de dominio (1185 bis CC).

habilidad y legitimación del agente, e) La causa, y f) La forma.

CAPITULO II. EL DOCUMENTO JURÍDICO.

1. Concepto. a) Clasificación. b) Documentos e instrumentos. c) Documento jurídico. 2. Elementos. a) La corporalidad del documento. b) El autor del documento. c) El contenido del documento. 3. Clases. 4. El documento privado. a) Concepto. b) Formalidades. c) Efectos entre partes y respecto de terceros. Reconocimiento de firmas y fecha cierta. 5. Documentos particulares no firmados. 6. Documentos electrónicos. a) El documento informático. b) Características. 1- Corporalidad. 2- Autor. 3- Firma. c) Riesgos del documento electrónico. 7. Firma digital. a) Los certificados. b) Autoridades certificadoras. 8. El documento público. a) Concepto. b) Requisitos comunes a todos los instrumentos públicos. 1- Autorización. 2- Competencia material. 3- Competencia territorial. 4- Legitimación o competencia personal. 5- Formalidades. Clases.

II.1. Concepto.

El documento jurídico es una cosa, pues tiene características sensoriales. Es una porción de materia que tiene un autor y una finalidad. Es una porción de materia a la cual el hombre le ha añadido algo espiritual. Siempre es algo artificial, algo creado por el hombre. No hay documentos naturales.

Documento es una porción de materia a la cual el hombre le ha sobreañadido algo, informándolo.

Es un ente cultural, pues significa algo. Los objetos o entes culturales son porciones de materia que, además de ser cosas, significan algo, en cuanto provocan en la mente del receptor una imagen o una significación.

II.1.a) Clasificación.

De acuerdo a cómo inserte el hombre en el contenido a la materia, los documentos pueden ser:

- a) Gráficos: cuando lo que se incorpora es una grafía, es decir una escritura. En rigor, lo que se incorpora es un sistema de letras y números que significan algo convencionalmente.

- b) Iconográficos: cuando lo que se incorpora es una figura (ej. planos, fotos, etc.).
- c) Plásticos: cuando lo que se incorpora no es una figura plana, sino figuras que tienen tres dimensiones, ya en bajorrelieve o en sobrerrelieve (ej. moneda).
- d) Fónicos: cuando lo que se inserta en la cosa es un procedimiento de ondas que produce un sonido (ej. casetes, discos compactos, etc.).
- e) Visuales: cuando lo que se incorpora es una figura en movimiento.
- f) Audiovisuales: se incorpora una figura con sonido.

Algunas legislaciones han aceptado ya estos documentos. Nosotros todavía no. El Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998 (en adelante, Proyecto 1998) incorpora todos estos documentos²⁴. El 1190 CC clasifica los documentos como: públicos, particulares firmados (documentos privados), y particulares no firmados (documentos particulares).

En la legislación italiana, se los acepta normalmente como medios de prueba y en cualquier procedimiento a estos documentos mecánicos, fónicos y demás. No obstante, se les pone una condición, similar a la vigente en nuestro derecho respecto a los documentos privados: son válidos y serán normalmente admitidos como medios de prueba, siempre que aquel contra quien se alegan los reconozca, en cuanto a que guardan relación de veracidad (esto actúa como una traba o requisito previo).

En nuestro derecho también son medios de prueba, pero librados a la sana crítica racional de los jueces intervinientes. Los únicos medios de prueba regulados en nuestra legislación positiva, son los escritos, ya sean instrumentos públicos o privados. Estos documentos (fónicos, visuales, audiovisuales, etc.) son muy útiles, sobre todo en el campo de las "actas".

²⁴ Son instrumentos particulares, si no están firmados, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información, y en general todo escrito no firmado (art. 264 Proyecto 1998).

II.1.b) Documentos e instrumentos.

La legislación vigente no hace distinción entre documentos e instrumentos, aunque la doctrina sí lo hace: "documento" sería el género, mientras que "instrumento" sería el documento escrito.

II.1.c) Documento jurídico.

El documento adquiere el carácter de jurídico porque está regulado, con lo cual el hombre ha agregado a un documento que significaba algo en general, el que signifique algo también para el derecho.

En el mundo jurídico, normalmente, ese contenido espiritual de los documentos se transforma en declaraciones, ya sea de ciencia o bien de conocimiento. El derecho penal lo analiza desde el punto de vista de la falsedad, el derecho procesal lo estudia como medio de prueba, el derecho civil como forma de los actos jurídicos, y el derecho notarial como las formalidades de la forma exigida para el acto.

Existe documento jurídico cuando el algo espiritual que le ha incorporado el hombre a la materia tiene una importancia y/o produce un efecto jurídico.

II.2. Elementos.

El documento jurídico tiene tres elementos esenciales: la corporalidad, el autor, y el contenido.

II.2.a) La corporalidad del documento

La corporalidad del documento jurídico se pone de manifiesto en cuanto materia, y es porque tiene un cuerpo que es la base o sede en la cual se ha incorporado la grafía. Hoy, esta sede es el papel, en tanto que la grafía se hace con tinta y

formas convencionales (321 LOT²⁵). Es un requisito que la tinta sea indeleble.

Respecto a la grafía, existen dos puntos de vista: a) Estático: en cuanto a los elementos materiales, ya sea la tinta o bien el instrumento que plasma la tinta (ej. birome, pluma, etc.); b) Dinámico: la escritura es el vehículo del pensamiento. El pensamiento va desde el emisor hacia el receptor. La grafía, en este sentido dinámico o espiritual, es un vehículo del pensamiento que va del emisor al receptor, en cuanto el emisor plasma su pensamiento a través de una grafía en un papel, el cual es leído por el receptor, quien es capaz de interpretarlo, pues puede descubrir el significado de los signos gráficos que contiene, recibiendo así en su interior o inteligencia el contenido.

Para que el lenguaje en sentido dinámico cumpla su función, debe reunir tres requisitos: a) Visibilidad: debe ser visible por nuestros sentidos, desde que no es perceptible por nuestros sentidos no se puede hablar de transmisión del pensamiento; b) Expresividad: lo que se escribe tiene que expresar el concepto o idea del pensamiento de que se trate, no pudiendo ser un abracadabra, sino que debe tener un sentido y

²⁵ En la confección y redacción de la Escrituras matrices, los escribanos se ajustarán a las siguientes normas: 1) en la redacción de la Escrituras matrices sólo se usará tinta negra sin ingredientes que pudieran corroer el papel o atenuar, borrar o hacer desaparecer lo escrito; 2) los escribanos podrán, con carácter optativo, redactar en forma manuscrita o mecánica, las escrituras matrices; 3) las escrituras deberán iniciarse en el primer renglón hábil de la foja inmediata siguiente a aquella en que termine la escritura anterior; 4) el escribano deberá anular los espacios en blanco con un cierre tipo contable, poniendo su firma y sello al pie; 5) podrán usarse indistinta o alternativamente para cada escritura, cualquiera de los sistemas, pero en todos los casos las escrituras deberán terminarse por el mismo procedimiento; 6) los escribanos que utilizaren el sistema mecanografiado, deberán denunciar al Colegio de Escribanos las marcas y números de las máquinas en uso, adjuntando reproducción completa de todos los signos gráficos, como así también, comunicar todo cambio parcial o total de los tipos; 7) las enmendaduras, los testados y las entre líneas deberán efectuarse con la misma máquina o de puño y letra del autorizante, salvándolas de su puño y letra; 8) para el mecanografiado podrá usarse cualquier tipo de máquina; 9) será obligatorio el empleo de cinta negra fija, bien entintada, quedando prohibido el uso de cintas copiativas (art. 321 LOT).

expresar el pensamiento en cuestión; c) Reconoscibilidad: en cuanto aquel que lo recibe, también piense en lo mismo que pensó el que lo envió.

II.2.b) El autor del documento.

Existen diversas teorías respecto al autor:

- a) Teoría de la Firma: el autor del documento es quien lo firma.
- b) Teoría corporal: es quien lo hace materialmente, quien lo redacta.
- c) Teoría de la causa: el autor del documento es quien lo causa.
- d) Teoría de la imputación: el autor del documento es quien la ley dice que es.
- e) Teoría del mandato: el autor del documento sería quien lo encarga.

La teoría de los doctrinarios españoles es la sostenida, y afirma que es autor del documento el autor de la declaración en él traducida. En los documentos jurídicos, el contenido espiritual del documento es una declaración.

Por ejemplo, en una escritura pública, el autor del documento notarial es solamente el escribano, según NUÑEZ LAGOS²⁶. Ello, pues en rigor todas las declaraciones contenidas en el documento notarial son técnicamente elaboradas por el escribano, si bien atribuidas a otros sujetos.

Así, NUÑEZ LAGOS sostiene que autor del documento notarial es el escribano, porque aquellas parcelas que aparecen como declaraciones de las partes son elaboradas por el propio escribano, atribuidas a las partes y aceptadas por ellas en el mismo momento de la audiencia.

II.2.c) El contenido del documento.

El contenido es la expresión del pensamiento del autor, incorporada.

²⁶ NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, ob. cit.

Así, en síntesis, podemos concluir afirmando que los tres elementos esenciales del documento notarial son: a) La Corporalidad, es decir el papel y la grafía en sentido estático; b) El Autor del pensamiento incorporado, o sea el autor intelectual; y c) El Contenido, o bien la expresión del pensamiento del autor incorporada.

II.3. Clases.

Como expresáramos *supra*, el 1190 CC clasifica los documentos como: públicos, particulares firmados (documentos privados), y particulares no firmados (documentos particulares). A continuación los analizaremos a cada uno de ellos.

II.4. El documento privado.

II.4.a) Concepto.

Nuestro CC no da una definición de documento privado o instrumento privado, sino que hace un desarrollo de la cuestión sin definirla (1012 a 1036 CC)²⁷.

BUTELER CACERES afirma que documento privado es toda escritura que lleva la firma de los otorgantes y que hace plena fe de su contenido respecto de las partes y de los sucesores a título universal, luego que la firma haya sido reconocida o se tenga por reconocida en virtud de ley.

Instrumento privado sería no aquel elaborado, autorizado, confeccionado ni otorgado por los particulares, sino aquel respecto del cual los particulares asumen su paternidad mediante su firma, siendo que sólo en este sentido es que podemos hablar de quién es autor del mismo.

La doctrina en general, ha definido al documento privado por lo que no es. Así, se afirma que documento privado es la expresión positiva de la voluntad (914 CC) manifestada por escrito, y que con su firma la persona queda vinculada a lo que dice el mismo.

²⁷ LIBRO SEGUNDO "De los derechos personales en las relaciones civiles". SECCIÓN SEGUNDA "De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones". TÍTULO V "De los instrumentos privados".

II.4.b) Formalidades.

El requisito esencial del documento privado es la firma (1012 CC). Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos. Sin embargo, la firma puede ser *regular* (el nombre y apellido completos) o *irregular* (cuando no es legible), 3633 CC. La firma irregular, para que tenga valor de firma, tiene que ser el modo habitual de expresar la voluntad²⁸.

El derecho vigente permite firmar documentos en blanco (1016 CC)²⁹. La sustracción del papel y el llenado fraudulento se puede probar con testigos (1019 CC). Se pueden firmar documentos cualquier día, incluso feriados o domingos (1015 CC).

El doble ejemplar es un requisito para la prueba, pues no se exige en principio (1020 CC)³⁰; además, no es un requisito para todos los instrumentos privados, sino sólo para aquellos que contengan negocios perfectamente bilaterales (1021 CC)³¹, donde haya prestaciones recíprocas, no así en los contratos reales (ej. mutuo, comodato, depósito, etc., 1022 CC). El documento puede redactarse en cualquier idioma (principio de "libertad de formas", 974 CC).

Los contratos bilaterales requieren doble ejemplar. La firma de los mismos no es necesario que esté en todos los ejemplares, siendo lo esencial que la firma de uno esté en el ejemplar del otro, y viceversa (1013 CC).

²⁸ Una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviere acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados (3633 in fine CC).

²⁹ La firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma (1016 CC).

³⁰ Para los actos bajo firma privada no hay forma alguna especial. Las partes pueden formarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes (1020 CC).

³¹ Deben ser redactados en tantos originales, como partes haya con un interés distinto (1021 in fine CC).

Se puede omitir el doble ejemplar siempre que se pruebe que una de las partes ya hubiese cumplido con todas sus prestaciones. Mientras la firma es esencial, el doble ejemplar no lo es, porque no acarrea nulidad su falta, no obstante obligará a probar.

Si el instrumento bilateral redactado en un solo ejemplar se deposita en poder de un escribano o de otra persona encargado de conservarlo, de común acuerdo entre las partes, queda purgado el vicio (1025 CC). Es requisito que sea de común acuerdo por ambas partes, y si es hecho por sólo una parte, la irregularidad queda cubierta sólo respecto de ella.

Este remedio del 1025 CC es notarial, en cuanto salva el instrumento como cosa que contiene el acto en cuestión, y lógicamente que este depósito purga totalmente el vicio, porque ocurre que ambas partes van ante el escribano de que se trate y manifiestan que lo depositan.

11.4.c) Efectos entre partes y respecto de terceros. Reconocimiento de firmas y fecha cierta.

Con respecto a las partes y sus sucesores universales, para que el instrumento privado tenga efectos es necesario un procedimiento posterior a la redacción del documento mismo, que es el reconocimiento judicial de la firma.

El reconocimiento de firmas es un procedimiento judicial que le otorga al instrumento autenticidad subjetiva. Este procedimiento judicial debe hacerlo la propia persona involucrada, pero puede suceder: a) que dicha persona haya fallecido a la fecha de la citación, o b) que no concurra por alguna otra causa.

Ante estos casos, encontramos procedimientos supletorios para determinar la autenticidad de las firmas (1033 CC), como la *pericia caligráfica*³².

³² Si el que aparece firmado negare su firma, o los sucesores de él declarasen que no la conocen, se ordenará el cotejo y comparación de letra. Pueden también admitirse otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto (1033 CC).

Con ello, el instrumento privado no se transforma en público, sino que sucede es que es válido y adquiere una de las cualidades de los instrumentos públicos, que es la autenticidad subjetiva (1026 CC), pero el instrumento público tiene más que eso, pues también tiene fecha cierta, cualidad que no otorga el reconocimiento de la firma al documento privado (1034 CC).

Si un firmante es incapaz a la fecha de reconocer su firma, no es admitido dicho reconocimiento, aunque al firmarlo haya sido capaz (1027 CC). Reconocida la firma, queda reconocido todo el documento (1028 CC). Así, el hecho de reconocer la firma, trae aparejado: a) la autenticidad *subjetiva*, y b) el reconocimiento del contenido del documento, o autenticidad *ideológica*.

Con respecto a los terceros y sucesores singulares, es necesario que el instrumento privado adquiera fecha cierta (1035 CC), la que será:

- a) *La de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública, si allí quedase archivado;*
- b) *La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren.*

Este procedimiento notarial para otorgar fecha cierta, pero no autenticidad subjetiva, consiste en labrar un acta breve que es incorporada al protocolo, con lo cual la fecha cierta será la del día de la protocolización. Este caso es distinto a la certificación de firmas, pues ésta se hace en el momento en que se estampa la firma, mientras que en aquél el documento ya ha sido firmado con anterioridad, y las partes lo traen ante el escribano con dos testigos que vienen a reconocer que la firma que está ahí es de las partes.

Según la doctrina actual, esta acta es protocolar como el resto de las actas; si se aceptase la actuación extraprotocolar, igualmente tendría que dejarse sentado en el registro de intervenciones, donde en un acta consta el requerimiento realizado por las partes en forma sintética. Lo

correcto sería citar esta acta en el dorso del documento privado cuya firma se procede a reconocer.

Aunque el CC no lo diga, es útil, conveniente y prudente que esta acta sea hecha en el registro de intervenciones, o directamente en el protocolo.

c) *La de su transcripción en cualquier registro público;*

Si esto mismo se hace en un protocolo notarial, además de adquirir fecha cierta, la transcripción le brinda seguridad física, al guardar la integridad material del documento privado del que se trate.

d) *La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del que firmó como testigo.* No así la del fallecimiento del que lo escribió (esto es un error del codificador). No sólo la muerte, sino también puede haber otras circunstancias (ej. pérdida de brazo, etc.).

La enumeración del 1035 CC es meramente *enunciativa*, por lo que admite otros casos que habrá que valorar singularmente. También puede agregarse a estas situaciones enunciadas, la certificación de firmas por los escribanos.

II.5. Documentos particulares no firmados.

Por el principio de 'libertad de formas', si el CC o las leyes especiales no designan forma para algún acto jurídico, las partes pueden usar las formas que juzgaren convenientes (974 CC).

En los casos en que la expresión por escrito fuere exclusivamente ordenada o convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba: aunque las partes se hayan obligado a hacerlo por escrito posteriormente, y se haya impuesto cualquier pena, el acto y la convención sobre la pena son nulos (975 CC).

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 (976 CC). Y si el CC ordena exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por otra diferente (977 CC).

El documento escrito podrá ser instrumento público o privado, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta (976 CC).

El 987 CC otorga valor de documento privado a aquel que emana de un oficial público incompetente, o bien que no tenga las formas debidas, en cuanto se encuentre firmado por las partes, aunque no tenga las condiciones y formalidades requeridas para los actos extendidos bajo formas privadas.

Así, la firma se convierte en un requisito esencial para la validez como privado del documento público inválido. De todas maneras, el documento particular no firmado podrá valer como principio de prueba por escrito (1191 CC), en tanto emane de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso (1192 CC).

II.6. Documentos electrónicos.

II.6.a) El documento informático.

El concepto de documento se ha ampliado, hoy día se admite como documento cualquier cuerpo que contenga información (ej. un programa de televisión, un juego interactivo, un archivo con texto imágenes y sonido, etc.).

Uno de los aspectos más potentes de esta nueva realidad, es la posibilidad de interactuar, es decir de modificarlo a voluntad. El cambio del papel al libro electrónico ya está en marcha, con la particularidad de que el aspecto más excitante de la documentación digital es la redefinición del documento mismo. Tendremos que preguntarnos por la noción de documento, de autor, de editor, oficina, aula y libro de texto. En los aspectos jurídicos, la trascendencia del cambio se evidencia en la contratación a distancia, la posibilidad de constar las enmiendas con fecha, autor, propuesta y destacado de la enmienda, por ejemplo.

El documento será polidimensional. Podrá ser una película, una canción, y ni siquiera ser impreso. Una ventaja de lo electrónico es, en cuanto al acceso, índices, palabras, claves,

autores, etc., lo que permite una rapidez casi instantánea. Otra ventaja sobresaliente es su calidad interactiva.

GIANANTONIO desarrolla su enfoque respecto al documento informático, afirmando que el documento electrónico en sentido amplio es aquel perceptible y legible directamente por el hombre sin necesidad de intervenciones por parte de máquinas traductoras; mientras que en sentido estricto es el que no puede ser conocido o leído por el hombre sino como consecuencia de la intervención de adecuadas máquinas traductoras que hacen perceptible y comprensible las señales digitales, en general magnéticas, en que están constituidas. El documento, en este sentido estricto, es el que reside en el interior del ordenador.

II.6.b) Características.

Las características del documento informático son: a) No corporalidad, b) Falta de firma manuscrita, y c) Autoría.

II.6.b.1- Corporalidad.

El documento escrito tradicional representa el hecho mediante signos, gráficos, y es una cosa. Es materia física, asequible por los sentidos naturales del hombre. La cosa que constituye el documento escrito generalmente es el papel.

El documento electrónico, por su parte, si bien es deducible que tiene alguna materialidad, no es una cosa en el sentido técnico-jurídico del término (2311 CC)³³, pues la materialidad electrónica o magnética no puede ser directamente percibida por los sentidos humanos.

II.6.b.2- Autor.

En este sentido, el documento informático no tiene diferencias con el documento clásico escrito.

II.6.b.3- Firma.

³³ Se llaman cosas en el CC, los objetos materiales susceptibles de tener un valor (2311 CC).

En el documento clásico, podemos describirla como los caracteres idiomáticos mediante los cuales, en forma manuscrita, de una manera particular y según el modo habitual, una persona se individualiza y expresa su voluntad y asentimiento con los actos sometidos a esa formalidad.

En el documento informático encontramos la firma digital, la cual es vertida en un dispositivo electrónico que individualiza al autor, ya sea a través de un tablero electrónico que capta múltiples aspectos del movimiento de la mano del firmante (rasgos, presión, inclinación, etc.) con singular precisión, o ya sea a través de algún procedimiento de identificación con signos antropomórficos, tales como la fotografía de la retina ocular, el ADN, inserta en el documento con procedimientos informáticos, integrando así el mismo y asignando la autoría.

En síntesis, el documento informático se aparta esencialmente de las características del documento escrito clásico.

II.6.c) Riesgos del documento electrónico.

Los riesgos particulares que presentan esta clase de documentos son:

- a) defectos basados en la técnica o en la ejecución,
- b) errores de manejo, entradas equivocadas, incompletas u omitidas,
- c) medidas deliberadas (fraude informático),
- d) medidas de seguridad (técnicas del documento informático):
tienden a asegurar la identidad del autor, la inalterabilidad del texto, y en caso de contratación a distancia, el envío y la recepción del mensaje en fecha y hora auténticas. Los dos recursos técnicos utilizados para ello, son: la firma digital, y la intervención de un tercer garante imparcial.

II.7. Firma digital.

DEVOTO define la firma digital como la transformación de un mensaje, empleando un criptograma asimétrico, tal que una persona que posee el mensaje inicial y la clave pública pueda

determinar con certeza: a) si la transformación se creó usando la clave privada que corresponde a la clave pública del firmante, y b) si el mensaje ha sido modificado desde que se efectuó la transformación.

La firma digital utiliza un “criptograma asimétrico”, que comprende dos procesos:

- a) La creación de la firma por el suscriptor, utilizando la clave privada. Esta es sólo conocida por el suscriptor, y es el único responsable de su guarda.
- b) La verificación de la firma por la otra parte. El receptor del mensaje comprueba su autenticidad utilizando la clave pública, que surge del certificado del suscriptor, comunicándose con el repositorio o registro donde el referido certificado se encuentra.

11.7.a) Los certificados.

Los certificados son los registros electrónicos que prueban que una clave pública pertenece a determinado individuo o entidad. Contienen una clave pública, la fecha de su vencimiento, el nombre de la autoridad certificante, el número de serie del certificado, y la firma digital del que otorga el certificado.

Los certificados se inscriben en un registro considerado como una base de datos, a la que el público puede acceder para conocer acerca de la validez de los mismos.

Los firmantes o usuarios son aquellas personas que poseen la clave privada correspondiente a la clave pública identificada en el certificado. La función del certificado es identificar el par de claves con el usuario o firmante, de forma tal que quien pretende verificar una firma digital con la clave pública que surge de un certificado, tenga la seguridad de que el firmante posee la correspondiente clave privada.

11.7.b) Autoridades certificadoras.

Son las personas facultadas para emitir certificados, mediante la ley. Pueden ser personas físicas, empresas, o instituciones públicas o privadas, y obtienen su legitimación de disposiciones normativas.

Los "registros" son la base de datos a la que el público puede acceder para conocer acerca de la validez de los certificados, su vigencia, o cualquier otra situación que se relacione con los mismos.

Respecto al valor probatorio, el documento informático es un documento, y cabe considerarlo por extensión del concepto, como un medio de prueba. Esta cuestión tiene diferente encuadre según el país de que se trate.

Se deduce fácilmente que la recepción de documentos informáticos ha sido mucho más rápida en los países que tienen instituido un sistema de pruebas libres, que en los países de prueba tasada, que necesitan de una expresa inclusión legislativa del documento informático como medio de prueba. Resulta evidente el avance, en cuanto al valor probatorio, en el mundo del documento informático. De todos modos, este avance es cauteloso.

No puede sino avizorarse un crecimiento inexcusable en cuanto al valor probatorio, pero necesariamente secundarizado a un doble juego de garantías: de tipo técnico, y de tipo jurídico. El tema del buen manejo y recepción del documento informático no es sólo un tema de la técnica, sino un tema de encuadre jurídico.

La firma digital no es una firma escaneada. Es un conjunto de signos, una clave privada. También hay una clave pública, para que el tercero pueda controlar que esa firma sea de la persona que dice ser.

La "legalización" de la firma digital: los colegios profesionales son órganos de certificaciones.

El sistema de clave asimétrica consiste en dos claves: la pública y la privada. El documento digital, por ahora, es un documento privado. Está regulada la firma digital en la Ley 25.506.

II.8. El documento público.

El documento público se encuentra legislado en el CC (979 y ss.). El instrumento jurídico puede ser privado o bien público. Siempre es prueba documental³⁴.

El CC lo trata dentro de las formas de los actos jurídicos. Luego, en el tema de los contratos, se los ve desde el punto de vista probatorio. La prueba no es un tema exclusivo y excluyente del proceso, sino que se da todo el tiempo en la vida jurídica.

Para el derecho argentino, los términos documento e instrumento son equivalentes. En el derecho español, documento público es el género (son aquellos autorizados por notarios y demás funcionarios públicos) e instrumento público es una especie (son aquellos sólo autorizados por notarios). En el derecho italiano, el término general es documento público.

Hay tres teorías para determinar qué es un documento público:

- a) Por su contenido: si se refiere a hechos y a actos regulados por el derecho público.
- b) Por el carácter que le asigna la ley (979 CC).
- c) Por la calidad de su autor: si quien lo autoriza está en ejercicio de una función pública, el documento es público, aunque su contenido sea de derecho privado (esta es la posición de la doctrina mayoritaria).

II.8.a) Concepto.

El instrumento público es el que autoriza un oficial público, firmándolo. Es un documento jurídico autorizado por quien ejerce una función pública, es competente y observa las solemnidades legalmente establecidas y requeridas³⁵.

³⁴ Un análisis del articulado del CC, en lo referente a instrumentos públicos y escrituras públicas (arts. 979 a 1011 CC), lo encontramos en PIÑÓN, Benjamín Pablo, *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios a los artículos 979 al 1011 del Código Civil*, Instituto de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1978.

³⁵ Sobre el instrumento público, véase NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1967.

II.8.b) Requisitos comunes a todos los instrumentos públicos.

Todos los instrumentos públicos tienen, como requisitos, los siguientes: a) autorización, b) competencia material, territorial y personal, y c) formalidades.

II.8.b.1- Autorización.

El instrumento tiene que ser hecho "en ejercicio" de una función pública. Por tanto, tiene que haber un acto de la persona que ejerce la función pública (por ej. el escribano), que es la firma. "Autorizar" es hacerse autor del instrumento público.

El notario no otorga, autoriza el instrumento público (es autorizante). Es necesario que actúe quien es titular de una función pública. Lo que convierte al acto de que se trate en público, es el acto de autoría o autorización, el cual se configura con la firma, en el sentido de que si no hay firma no hay instrumento público.

Se distingue hoy el ejercicio de funciones públicas por personas privadas que no son funcionarios públicos. En el notariado latino, el notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública.

Para que haya instrumento público, pues, el autorizante aunque no sea funcionario público debe, al menos, estar en ejercicio de una función pública. No todo acto de un oficial público es instrumento público, sino sólo lo serán aquellos que impliquen el ejercicio de una función pública.

Creación del cargo y designación. Para ejercer una función pública, tiene que estar creado el cargo que habilite el ejercicio, y la persona tiene que estar investida del ejercicio del cargo. No puede haber ejercicio de la función notarial hasta que no se cree el cargo. Al cargo (el Registro) lo crea el Estado. En la provincia de Santa Fe, es por ley, mientras que en otras provincias es por decreto del Poder Ejecutivo; esto depende del derecho público provincial aplicable.

Se requiere, pues: a) un acto público por el cual se crea el cargo, y b) un acto de designación por el que una persona ocupa el cargo,

La persona investida del cargo requiere precisamente de esta investidura para quedar autorizada a hacer desempeño de esta función pública. El problema se plantea cuando se hubiere designado a alguien que no reúne las condiciones necesarias para el ejercicio del cargo. En estos supuestos, la falta de cualidades o condiciones necesarias para el nombramiento de tal persona no quita a sus actos el carácter de instrumentos públicos (982 CC).

Casos de suspensión o licencia. Distinto sería el caso de que una persona sea designada para ocupar un cargo reuniendo todas las condiciones establecidas en la ley para el mismo, y que luego es suspendida, le es acordada una licencia previamente solicitada, o se da otra circunstancia contemplada por la ley por la cual es privada temporal o definitivamente del ejercicio. En tal supuesto, el 983 CC establece que los actos autorizados desde que le hayan hecho saber la suspensión, destitución o reemplazo, serán de ningún valor, pero serán válidos los actos anteriores a la noticia de la cesación de sus funciones.

En las leyes locales, se tiende a que se publiquen tales situaciones, pero el problema es que las publicaciones legales parten de la presunción *iuris et de jure* de que, a pesar de que no son leídas, todos saben del hecho y nadie puede alegar la ignorancia de lo publicado. Además, la licencia generalmente no se publica, dificultándose la cuestión.

Aquí, un examen literal diría que es nulo lo realizado porque durante la licencia la persona está privada del ejercicio de la función pública. No obstante, doctrina y jurisprudencia, con muy buen criterio, han dicho que la licencia de ningún modo significa dejar el ejercicio de la función pública, pues toda función pública es de ejercicio obligatorio.

11.8.b.2- Competencia material.

Desde un punto de vista documental, el notario tiene competencia exclusiva para: autorizar escrituras públicas, autorizar actas notariales, y autorizar certificados notariales. Para la validez del acto, es necesario que el notario obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto (980 CC)³⁶.

Las competencias materiales son determinadas directamente por la ley, siendo las leyes provinciales en el caso específico de los notarios, las que regulan la materia. El ejercicio de la función notarial es provincial, desde que cada provincia organiza su notariado como lo estima conveniente.

Cuando hablamos de competencia material, resulta la de los escribanos directamente asignada por leyes provinciales: las leyes orgánicas del notariado y demás de cada provincia. Estos temas se encuentran normados en las leyes orgánicas de cada provincia (en Santa Fe, es la Ley 6898). El CC también hace una determinación (1184 CC).

Hay otros funcionarios que ejercen las mismas funciones notariales que los escribanos. Ellos son los miembros del Servicio Exterior de la Nación. Tienen funciones fedatarias, si bien no exactamente las mismas que los notarios.

Nuestro CC hace una determinación *indirecta* de competencia material, en todos aquellos artículos en que exige la escritura pública como forma de realización del acto (ej. 1184 CC). También existe determinación material en otras leyes nacionales.

Así, la competencia material es una asignación que hace la ley notarial local, así como también el CC y toda legislación nacional, provincial o municipal, que le esté encomendando al escribano, en forma exclusiva o concurrente, la realización de actos.

³⁶ PIÑÓN, Benjamín Pablo, *Instrumentos públicos y escrituras públicas*, ob. cit.

Puede haber también una asignación *residual*, no expresa, como por ejemplo la que hace la legislación entrerriana al establecer que compete al notario todo lo que es materia extrajurisdiccional y que no esté asignado exclusivamente a otra función o profesión.

II.8.b.3- Competencia territorial.

Para la validez de los instrumentos públicos, es necesario que el oficial público actúe dentro del territorio que le ha sido asignado para el ejercicio de su función.

Para el ejercicio de la función notarial, no hay competencia de la Nación, sino que cada provincia es la que determina el o los ámbitos de actuación de su notariado local, estableciendo que los escribanos deben actuar dentro de un departamento o partido específico, acorde a las subdivisiones políticas de cada provincia.

Ésta, como toda competencia, en principio es improrrogable, lo que significa que el escribano no puede actuar fuera del territorio que le ha sido asignado. No obstante, hay situaciones llamadas *prórroga de competencia*, tanto en la provincia de Santa Fe como en Entre Ríos, donde les es posible a los notarios actuar fuera del territorio que se les ha asignado por ley para el ejercicio de su función, pero sólo para actuar en los departamentos vecinos, y siempre que se trate de realizar comprobaciones de hechos sin solución de continuidad, o bien actos de última voluntad.

Se duda sobre si estos casos enunciados constituyen estrictamente casos de *prórroga de competencia*, pues en rigor lo concreto es que el notario tiene una competencia material limitada al Departamento, y otra competencia limitada geográfica y sustancialmente: por el contenido del acto (lugar) y para los Departamentos vecinos (contenido).

El acto debe ser otorgado en el departamento dentro del cual uno es escribano, salvo las excepciones citadas anteriormente, aunque las cosas estén en otro lugar. Cuando uno sale de su provincia, el acto es inexistente. La competencia

territorial es estrictamente geográfica, es absolutamente independiente de la legislación aplicable y de la jurisdicción competente.

Se exige que la *percepción* y la *declaración* que hace el notario acontezcan dentro del mismo territorio asignado por la ley para el ejercicio de la función fedacional. Ambas secuencias deben necesariamente llevarse a cabo dentro del mismo territorio. Sin embargo, el CC reputa válidos a los instrumentos hechos por un funcionario fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito (981 CC).

II. B. b. 4- Legitimación o competencia personal.

El CC establece que son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados (985 CC). Siempre detrás de una sanción hay un interés protegido. Si ese interés es de un particular, encontramos una nulidad relativa; pero si el interés protegido es general, la nulidad es absoluta, y por ende no subsanable.

El interés protegido, en este caso del 985 CC, es el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública, por lo que al ser un interés general, su nulidad es absoluta. Para proteger este principio de imparcialidad, la ley lo hace:

- a) Con la invalidez (nulidad absoluta) del acto del funcionario público, pero no del acto jurídico de las partes. Ej.: es necesario volver a escriturar, pero no volver a comprar y vender (1185 CC). Debe haber una sentencia que declare la nulidad, o bien un reconocimiento de la misma por las partes.
- b) La presunción *iure et de iure*, absoluta y sin admitir prueba en contrario, que si actuó un pariente dentro del cuarto grado y tiene interés en el acto instrumentado, el mismo es nulo. La doctrina y jurisprudencia han interpretado, aunque no esté expresamente aclarado en la ley, que debe entenderse también incluido al cónyuge, aunque no sea un pariente y la

norma no lo nombre. Asimismo, se entiende incluido al concubino o concubina.

La ley dice "parentesco", sin distinguir si es por consanguinidad, afinidad, línea recta o colateral, ante lo cual se debe aplicar el principio interpretativo que establece que si la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir. Así, quedan comprendidos en esta prohibición todos los tipos de parentesco, incluido el de adopción, con la excepción de la adopción simple.

El 985 CC *in fine* establece que los actos en que intervengan parientes tendrán valor, como excepción, cuando el interés lo fuera sólo por tener parte en una sociedad anónima, o ser gerentes o directores de ellas.

El CC sólo dispone respecto a la S.A., según redacción originaria de VÉLEZ SÁRSFIELD, que en esa época era la única clase de sociedad que tenía personalidad diferenciada de sus socios. Luego de la sanción de las leyes de sociedades, hasta la actualidad, otros tipos societarios consagraron también la diferenciación entre la personalidad jurídica del socio y de la sociedad creada. Frente a esta realidad legislativa, la interpretación sistemática y racional de que la parte final del artículo en cuestión incluye estas situaciones, es válida.

De *lege ferenda*, se propone una reforma del CC en este sentido, para que quede expresamente establecida tal circunstancia. No obstante, por ahora, sostenemos esta opinión interpretativa: lo importante es que encontremos personalidad jurídica diferenciada, y en ese caso si corre la excepción del 985 CC *in fine*.

Respecto a la naturaleza jurídica de esta prohibición, si bien se ha sostenido antiguamente que era una incapacidad de derecho relativa, así como también un caso de incompetencia, o de incompatibilidad, lo cierto es que encontramos una ilegitimación objetiva (por el acto) y subjetiva (por los parientes). Además, para la mejor defensa del principio de imparcialidad, no

sólo se debe tener en cuenta el 985 CC, sino también dos factores:

- a) En esta economía globalizada, los consumidores son sujetos jurídicos protegidos. Por tanto, el notariado afirma que se debe tener en cuenta a la parte débil en los contratos con cláusulas predispuestas o de adhesión.
- b) El consumidor frente al banco: si bien hay siempre un escribano del banco, el consumidor puede elegir el escribano para la venta, así como el banco designar el escribano para la hipoteca, para el caso de que otorgue un préstamo para la compra del inmueble.

II. B. b. 5- Formalidades. Clases.

El 986 CC afirma que “para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”. Ello, como principio general, debe entenderse complementariamente con las formalidades de cada tipo de instrumento público (véase 1001, 1004, 989 CC)³⁷.

No toda inobservancia de formalidades genera necesariamente algún grado de ineficacia, sino que sí en algunos casos, y en otros no. Hay sanciones ante la inobservancia de formalidades: unas recaen sobre el escribano y sobre el documento, mientras que otras lo hacen sólo sobre el escribano y no sobre el documento (si bien siempre recae la responsabilidad sobre el notario).

Hay formalidades generales establecidas en el CC para todos los instrumentos públicos, y existen luego formalidades específicas para cada tipo de documento público en particular.

Las formalidades comunes a todos los instrumentos públicos (sean notariales, administrativos o judiciales) son:

1.- La firma del oficial público: es una formalidad que nace de la propia esencia y existencia del instrumento público, la firma del oficial público autorizante. Sin ella, el documento es inexistente.

³⁷ PIÑÓN, Benjamín Pablo, *Instrumentos públicos y escrituras públicas*, ob. cit.

El 987 CC consagra la *conversión formal*, por la 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 formas privadas.

La conversión formal funciona en la medida en que haya un escrito que llegue a ser firmado por las partes, pero no el notario actuante. Según la nota al 987 CC, no habría apariencia de nada, desde que como instrumento público no vale ni existe (pero lo que vale y tiene fuerza legal es el artículo, no la nota).

El primer requisito a destacar es la firma del oficial público. El sello, por su parte, de faltar sólo implica la inobservancia de la normativa local provincial, y no de la ley nacional, por lo cual corresponde sólo una sanción disciplinaria al notario, pero no afecta la validez del documento.

2.- La data: consiste en ubicar el documento en el tiempo y el espacio, es decir indicar lugar y fecha.

No hay una norma que expresamente esté indicando que sea necesario agregar lugar y fecha de otorgamiento de un instrumento público en general, pero sí encontramos respectos de algunos instrumentos públicos en particular, como acontece por ejemplo con las escrituras públicas (1004 CC), el cual declara nulas las escrituras que no tuvieran la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas. Así, si una escritura no tiene lugar y fecha en su redacción, es nula.

El instrumento privado puede no tener fecha, y si la tiene no es cierta. Para que adquiriera fecha cierta, deben ocurrir ciertos hechos o darse determinados supuestos (1035 CC). El instrumento público tiene fecha cierta o auténtica de origen. La única manera de hacer caer dicha fecha es mediante una acción civil o penal de falsedad.

3.- La firma de las partes interesadas en el instrumento público de que se trate (988 CC). La firma de los que estén interesados, ya en forma mancomunada o solidaria, es un requisito.

El instrumento público vincula, probando y organizando hechos y actos jurídicos generadores de obligaciones jurídicas para los interesados, no bastando en estos casos la mera declaración formal y oral de asumir una obligación, sino que hay, además, que firmar.

El otro problema no es específico de los instrumentos públicos, sino de la escritura pública, y es el caso de que alguien no pueda o no sepa firmar. El CC establece para estos supuestos el instituto de la *firma a ruego*, por el cual el firmante a ruego es un apoderado que está actuando por poder que le confiere para tal acto el que no sabe o no puede firmar.

Las legislaciones locales exigen en estos casos que la persona que no sabe o no puede firmar deje su impresión dígito pulgar, como signo de presencia. El 1004 CC establece la nulidad para las escrituras que le falten la firma o firma a ruego, pero nada dice respecto a la falta de impresión dígito pulgar. Ocurre que ello es una exigencia de las legislaciones locales, por lo cual el documento mantiene su eficacia, si bien se puede sancionar al notario que ha incumplido con un deber funcional.

En las escrituras públicas, no será necesario que el escribano exprese la causa por la cual no puede firmar el interesado (1001 CC), pero sí es requerida la expresión de causa en los casos de testamento por acto público (3662 CC).

4.- Las correcciones que el escribano haga en el instrumento público, deben ser salvadas al final. Si no se salvan, y son correcciones que versan sobre partes esenciales del documento público, entonces el mismo será anulable (989 CC).

El primer paso será determinar la existencia de la corrección no salvada al final, y luego si la misma es o no esencial. Que sea o no esencial la parte no salvada, dependerá del prudente arbitrio judicial, no de las partes ni del notario.

El salvado de los instrumentos públicos implica transcribir al final de los mismos aquello que es corregido, diciendo qué vale y qué no vale. En el caso de los documentos protocolares (ej. escrituras públicas), el CC establece que todo aquello que el

notario corrige en un protocolo, debe ser salvado al final de su puño y letra. En materia notarial, si bien el notario puede corregir a máquina o computadora, debe salvar al final únicamente a mano, de su puño y letra, y esto también porque lo exige la ley (1001 CC).

Si el error se detecta antes de la firma de los interesados, se puede corregir el error y salvarlo al final, y luego firman. Si el error se detecta una vez que los interesados firmaron, pero el escribano aun no, se puede subsanar y las partes deben volver a firmar, para firmar luego el notario. Pero si el error se detecta luego de la firma del notario, la subsanación posterior debe efectuarse mediante escrituras complementarias o aclaratorias³⁸.

5.- Los testigos instrumentales: son un vestigio de las primeras épocas de la instrumentación. Sólo presencian y firman, pero no declaran nada (992 CC). Si hay testigos, éstos deben ser capaces y firmar. Si no firman, la escritura es nula, al igual que si son incapaces (990 CC).

El testigo debe ser vecino del lugar donde se autoriza la escritura. Sólo en los testamentos se justifican parcialmente los testigos. En nuestro derecho, los testigos instrumentales sólo persisten como necesidad en tanto y en cuanto: a) una ley especialmente lo exija para un caso determinado (ej. testamentos); b) así lo determine el *notario* autorizante, también para un caso específico; o c) lo requiera así alguna de las *partes* en el negocio jurídico de que se trate.

³⁸ Sobre subsanación de los documentos notariales, véase ZAVALA, Gastón Augusto, *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Buenos Aires, p. 219 y ss. Asimismo, puede consultarse CURSACK, Eduardo V., *Subsanación de escrituras públicas*, trabajo distribuido durante el cursado, Corrientes, 1999.

CAPITULO III. EL DOCUMENTO NOTARIAL.

1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Elementos corporales. a) Base escrituraria. b) Grafía. Aspectos estáticos y dinámicos. 4. Elementos personales. a) Autor. b) Sujetos instrumentales: comparecientes y otorgantes (escrituras). c) Requirientes y requeridos (actas). 5. Clasificación de los documentos notariales.

III.1. Concepto.

Conforme el art. 4 del Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales³⁹, documento notarial es el instrumento público autorizado por notario, en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia, y con las formalidades de ley⁴⁰.

La palabra instrumento deviene del vocablo latino '*instruere*', que significa enseñar, instruir, o educar; se refiere a todo aquel elemento que sirve para fijar o enseñar, o especificar las circunstancias en que ocurrió un acontecimiento.

III.2. Naturaleza jurídica.

El documento notarial es siempre un documento público escrito. Es una especie, dentro del género "documento público".

Recordemos que las cosas pueden clasificarse *por su naturaleza*, en cosas muebles e inmuebles (2313, 2314 CC), o bien *por su carácter representativo* (2317 CC)⁴¹. El documento

³⁹ Véase INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*. Ed. de la Revista del Notariado. Separata de la Revista Nº 765, Buenos Aires.

⁴⁰ Sobre el documento notarial, véase PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997.

⁴¹ Las cosas son muebles e inmuebles por su naturaleza, o por accesión, o por su carácter representativo (2313 CC). Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre (2314 CC). Son inmuebles por su

notarial es una cosa mueble por su naturaleza, pues puede ser trasladado de un lugar a otro sin que se modifique su naturaleza. Sin embargo, es una cosa inmueble por su carácter representativo, cuando es título de derechos reales sobre inmuebles como el dominio (ej. escritura de compraventa de inmueble), no así respecto de hipotecas o anticresis, donde tiene naturaleza mueble (2317 CC).

III.3. Elementos corporales.

III.3.a) Base escrituraria.

Según el 978 CC, la expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta.

Las *escrituras* no se hacen en cualquier papel (998 CC), sino en el Libro de Protocolo⁴². Las *actas*, por su parte, se redactan en el protocolo en principio, aunque existen algunas excepciones (3366, 3367, 979 inc. 2 CC), siendo su regulación genérica de carácter provincial, sin perjuicio de las leyes nacionales que regulan algunos tipos de actas (ej. testamento cerrado, protesto de pagaré, etc.). Los *certificados*, finalmente, se hacen en fojas que vende el Colegio de Escribanos (cuando se trata de certificados de firmas), o en cualquier clase de hojas (casos de certificados de fe de vida).

III.3.b) Grafía. Aspectos estáticos y dinámicos.

En sentido dinámico, la grafía es un vehículo del pensamiento. El pensamiento se dirige del emisor al receptor, y siempre debe cumplir tres requisitos: visibilidad, expresividad, y reconocibilidad.

En sentido estático, en cuanto a los elementos materiales utilizados (tinta, e instrumento para plasmarla, ej. lapicera o impresora), está regulado en principio por las leyes locales (393

carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis (2317 CC).

⁴² PIÑÓN, Benjamín Pablo, *Instrumentos públicos y escrituras públicas*, ob. cit.

y ss. LOT). El documento, en principio, debe hacerse en idioma nacional (999 CC), aunque si se hace en otro idioma, la escritura no es nula (1004 CC).

Existen diversas formas de incorporar materialmente la escritura al papel: a) en forma manuscrita; b) en forma mecánica, con máquina de escribir; o c) a través de la impresión vía computadora, que podrá ser a chorro de tinta o a puntos, por su carácter indeleble, pero nunca con impresora láser, pues esta última no modifica la estructura molecular del papel y con el tiempo lo impreso puede borrarse. La tinta indeleble debe ser color negra o azul-negra. Si la tinta es de otro color, la escritura no es nula, pero puede imponerse una sanción al notario si lo hace reiteradamente (406 LOT).

III.4. Elementos personales.

Los elementos personales del documento público son todos los sujetos mencionados en el documento notarial, aunque no comparezcan a la audiencia.

Hay personas que comparecen, y otras que están simplemente mencionadas pero que no comparecen (ej.: en el corresponde, quien era anterior propietario o quien intervino como escribano autorizante, etc.). La mención se efectúa para hacer constar el tracto sucesivo. Así, los elementos personales son los sujetos a los cuales el documento notarial se refiere sea directa o sea indirectamente.

III.4.a) Autor.

El notario es el autor del documento notarial. Es la figura imprescindible. Si no consta el nombre del autor, el documento es anónimo, y por tanto no hay autenticidad. Si es mencionado pero no firma, el documento público es inexistente (987 CC y su nota)⁴³.

⁴³ 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 (987 CC). Asimismo, véase PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, ob. cit.

III.4.b) Sujetos instrumentales: comparecientes y otorgantes (escrituras).

Son sujetos de derechos, los titulares del derecho. Son sujetos negociales, las partes del negocio jurídico en cuestión. Los sujetos que actúan ante el notario, son sujetos instrumentales, que podrán o no ser partes, y podrán o no ser titulares de derechos.

El que comparece por sí debe estar legitimado. El notario debe analizar tal situación. Así, sujetos instrumentales son todos aquellos que comparecen ante el notario en algún momento de la autorización del instrumento público de que se trate. El que no sabe o no puede firmar también es sujeto instrumental, pues lo importante es la presencia ante el escribano, sea que firme o que no lo haga. No hay sujetos instrumentales que sean personas jurídicas, sino sólo personas humanas, personas físicas.

El escribano debe dar fe de conocimiento de quien comparece ante él, o solicitar identificación (1001 y 1002 CC)⁴⁴. Lo que caracteriza la comprobación de hechos es la celeridad del notario. Cuando una persona actúa en materia de actas, es un compareciente; mientras que en materia de escrituras, la persona es un otorgante.

El **otorgamiento** es una declaración del sujeto instrumental por la cual asume como propia la declaración que le atribuye el escribano. Los otorgantes son los que otorgan la escritura, y al comparecer pueden actuar en nombre propio o en nombre ajeno. El notario debe relacionar al sujeto instrumental con el sujeto del negocio; a ese acto se lo llama **intervención**.

Si el que interviene es un sujeto instrumental y a su vez es parte, actúa en nombre propio. Pero si actúa en nombre y representación de otra persona, no basta con invocarlo, sino que debe acreditarse con la respectiva documentación.

⁴⁴ Véase Ap. VI.2, Audiencia.

La representación normalmente es *convencional*. Hay que calificar los poderes y ver si las facultades en él conferidas están de acuerdo con el CC; interpretándose siempre a favor del poderdante, pues en caso de duda debe interpretarse que se carece de poder para actuar. También existe la representación *legal* (ej. menor de edad, que es representado por sus padres), y la representación *orgánica* (ej. gerente general de una sociedad).

Así, tenemos que los otorgantes intervienen en nombre propio, o en nombre ajeno. En este último caso, deben acreditar la legitimación suficiente para realizar el acto de que se trate (1003 CC)⁴⁵.

III.4.c) Requirientes y requeridos (actas).

En el caso de las actas notariales, encontramos requirientes y requeridos. El **requiriente** es quien solicita el acta (ej. escribano que va a comprobar un hecho, como una rajadura en una pared, el requirente es quien solicitó tal intervención).

Hay personas que promueven la actuación notarial, pues el notario nunca actúa de oficio, debe existir siempre una rogatoria previa como hecho imprescindible. Tal rogatoria no puede ser nunca posterior. Ante la rogación, el notario requerido tiene la obligación legal de actuar.

Los sujetos instrumentales que promueven la actuación notarial son los denominados requirientes. El requerido es aquella persona cuya actuación es solicitada por el escribano o por el requirente, pero que no intervienen voluntariamente en el acto notarial, en el sentido de que no son ellos quienes han solicitado la intervención del notario.

Los **testigos** son aquellas personas que declaran sobre hechos pasados que pasan en su presencia, pero de los cuales no son parte ni autores. En derecho notarial, testigo es quien presencia, pero nada declara.

⁴⁵ La jurisprudencia ha sostenido, respecto a una sociedad extranjera, que "no puede representar en juicio a una sociedad extranjera quien está investido de un poder amplio de representación y administración" (C. Nac. Com., sala C, 2/2/2001, - *Dresdner Bank Lateinamerika A.G. v. Monis, Ricardo J. y otro*).

Existen testigos *instrumentales*, cuya exigencia fue suprimida por Ley 15.875 en las escrituras, salvo que la ley, las partes, o el notario expresen que son necesarios. Actualmente, existen pocos casos de testigos instrumentales (ej. en los testamentos, 3654 CC⁴⁶).

Los testigos pueden ser también *de conocimiento*, los cuales se relacionan con la fe de conocimiento. Cuando el notario no conocía a una persona, debía llamar a dos testigos que conocieran a la primera personal, que eran los testigos de conocimiento, y a los cuales el notario debía conocer. El testigo de conocimiento declaraba que conoce, pero el responsable siempre era el notario. Ahora, ello cambió con el nuevo 1002 CC, que hace responsable al testigo de su aseveración (inc. B).

Finalmente, los testigos rogados, son aquellos que tienen un conocimiento especial sobre un asunto determinado, y que son solicitados por el notario para intervenir como sujetos instrumentales (ej. caso de un acta de comprobación de una rajadura en la pared, un arquitecto). Es un dictamen pericial a instancia de parte, pero que luego se podrá introducir a juicio como prueba documental.

III.5. Clasificación de los documentos notariales.

Los documentos notariales, pueden ser originales o reproducidos. Los *documentos notariales originales* pueden ser *protocolares*, es decir aquellos que se autorizan por notario en el Protocolo (ej. escrituras públicas, actas notariales), o bien *extraprotocolares*, es decir aquellos hechos en fojas no pertenecientes al protocolo (ej. certificados, algunas clases de actas autorizadas por ley).

Los *documentos notariales reproducidos* se llaman así porque tiene fe pública derivada, no originaria. Es el caso de los llamados "traslados". Tienen fe pública en cuanto coincidan con el documento original. Acreditan la existencia de un documento original. Pueden ser copias (primera y ulteriores copias), copias

⁴⁶ El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar (3654 CC).

simples (para fines jurídicos determinados), y fotocopias simples sin autorizar (no son instrumentos públicos).

CAPITULO IV. LA ESCRITURA PÚBLICA.

1. Concepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Elementos corporales. a) Protocolo notarial. 1- Concepto. 2- Sistemas de formación del Protocolo. 3- Unidad. 4- Contenido. 5- Propiedad. 6- Habilitación. 7- Apertura y Clausura. 8- Foliatura. 9- Índice. 10- Conservación y custodia. 11- Secreto de Protocolo. 12- Archivo. 13- Reconstrucción. b) Grafía. c) Firma. 1- Firma a ruego. 2- Impresión digital. d) Firma y sello del notario. e) Idioma. 1- Otorgantes que no saben el idioma nacional. 2- Mudos y sordomudos.

IV.1. Concepto.

El CC no define qué es una escritura pública. No obstante, nos otorga dos pautas o elementos a tener en cuenta: un elemento subjetivo (debe ser autorizada por un escribano público u oficial público, 997 CC), y un elemento objetivo (debe ser hecha en el protocolo, 998 CC). El 979 inc. 1º CC sostiene que la escritura es un instrumento público.

La doctrina ha ensayado una definición, donde ha predominado su definición por el contenido de la escritura, para diferenciarla de las actas notariales. Así, el Anteproyecto en su art. 22 la define como "todo documento matriz que contiene (o formaliza) un acto o negocio jurídico", mientras que define el acta notarial en su art. 40⁴⁷.

IV.2. Naturaleza jurídica.

Respecto a su naturaleza jurídica, la escritura pública es: una especie de instrumento público (979, inc. 1º CC)⁴⁸, el principal documento notarial (art. 4 Anteproyecto), es original (por su intermediación entre el fedatario y el hecho histórico), protocolar (pues debe hacerse en el protocolo), matriz (es decir

⁴⁷ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

⁴⁸ PIÑÓN, Benjamín Pablo, *Instrumentos públicos y escrituras públicas*, ob. cit.

autónomo) y cuya diferencia específica es que formaliza un negocio o acto jurídico.

Entendemos por documentos autónomos tanto a las escrituras como a las actas, pues las notas marginales, por el contrario, no tienen vida por sí mismas, sino que remiten siempre a un documento autónomo.

IV.3. Elementos corporales.

IV.3.a) Protocolo notarial.

IV.3.a.1- Concepto.

La palabra *protocolo* proviene de las palabras griegas 'proto' que significa primero, y 'colao' que significa pegar. Protocolo es la serie ordenada de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escribano autoriza y custodia con ciertas formalidades.

La LOT regula el protocolo notarial en sus artículos 393 a 410. Sostiene PELOSI que no se puede dar una definición universal de "protocolo". La LOT afirma que las escrituras públicas deberán extenderse en el Protocolo, que se formará con la colección ordenada de todos los otorgamientos efectuados durante el año. Esta definición fue tomada de la legislación de Buenos Aires, que a su vez siguió a la legislación española.

El Anteproyecto trae una definición analítica (por sus elementos) del Protocolo, en su artículo 16: los folios, originariamente móviles, habilitados para el uso exclusivo de cada registro, y numerados correlativamente en cada año calendario⁴⁹.

En Santa Fe, el protocolo contiene tres numeraciones diferentes: la que viene impresa, que es la numeración fiscal correlativa; la foliatura que realiza el escribano, en letras en el margen superior derecho; y los documentos que se van agregando, que son enumerados correlativamente a medida que se registran. A la clausura del protocolo, éste debe ser enviado a encuadernar con todo su contenido (398 LOT); aquí se le coloca

⁴⁹ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

la tercera numeración, que la realiza el Colegio de Escribanos, pero materialmente la hace el encuadernador con un sello numerador.

IV.3.a.2- Sistemas de formación del Protocolo.

El protocolo puede formarse de diversos modos, según el sistema que se aplique: a) A posteriori: se forma después de que se autoriza la escritura (España); b) A priori: se forma antes de que se otorguen las escrituras, el papel es protocolo desde el momento de la habilitación. Este sistema a priori puede ser, a su vez: abierto (hojas sueltas que luego se encuadernan, ej. Santa Fe) o cerrado (se vende como Libro, ej. Brasil, México).

El sistema santafecino es "a priori abierto", pues el protocolo se va formando con hojas móviles. El mínimo es de 10 hojas (un libro) y el máximo 50 hojas (5 libros).

IV.3.a.3- Unidad.

Sólo puede haber un protocolo por cada registro notarial. No importa que pueda dividirse en secciones, como ocurre en algunas provincias (ej. Córdoba, Mendoza); el protocolo siempre es único por registro.

IV.3.a.4- Contenido.

El protocolo, como hemos visto, contiene:

- a) Los folios móviles agregados y utilizados por el notario,
- b) El conjunto de documentos escritos en aquellos folios durante el lapso mencionado, aunque no hayan sido firmados,
- c) 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 otra circunstancia,
- d) Los documentos que incorporen por imperio de las leyes o a requerimiento expreso o implícito de los comparecientes, y por disposición del notario,

e) Los índices que deban unirse (en Entre Ríos sí, pero en Santa Fe no integran el protocolo).

Así, tenemos que para la legislación entrerriana, el protocolo integra el índice, mientras que para el Anteproyecto y la legislación santafecina no (400 LOT).

IV.3.a.5- Propiedad.

Existen diversas posturas respecto a la propiedad del protocolo. Hay quienes afirman que es del Estado, y quienes sostienen que es del escribano. Pero según la Ley 6.898 de Santa Fe, el protocolo y los registros notariales son propiedad estatal, mientras que los notarios son meros custodios del protocolo.

IV.3.a.6- Habilitación.

La habilitación del protocolo es el procedimiento por el cual se le coloca un selio al protocolo en el Colegio de Escribanos, y se hace un asiento donde se deja constancia. El selio tiene la fecha en que se venden las hojas del protocolo al notario.

IV.3.a.7- Apertura y Clausura.

Lo primero que debe hacerse en el protocolo es la apertura (312 LOT). El Colegio, en los últimos días del año, vende las hojas de protocolo para el año siguiente. La apertura es un escrito que se realiza en el folio primero. Después de ella, comienzan a redactarse las escrituras. El 31 de diciembre se realiza la clausura del protocolo (998 CC). Las escrituras que se hacen después de la clausura no son hechas en el protocolo, pues el protocolo es lo que hay entre la apertura y la clausura (314 LOT).

IV.3.a.8- Foliatura.

Los notarios deben foliar las hojas de protocolo que van comprando, comenzando por el número uno en adelante. Los números deben ir en letras en el margen superior derecho (309 LOT).

IV.3.a.9- Índice.

Respecto al índice, hemos dicho que en Santa Fe no integra el protocolo (315 LOT), mientras en Entre Ríos sí.

IV.3.a.10- Conservación y custodia.

El protocolo y los registros, como hemos adelantado⁵⁰, son propiedad del Estado. Los notarios tienen el deber de conservar el protocolo en un lugar seguro (317 LOT). En cuanto a la encuadernación (316 LOT), se lleva a cabo en el mismo Colegio, por personal contratado.

IV.3.a.11- Secreto de Protocolo.

Uno de los deberes del notario es mantener el secreto del protocolo (11 Ley 6898 SF). A pesar de que la ley habla de registros públicos, la misma limita su exhibición: a) límite *subjetivo*: sólo los otorgantes y sus sucesores (universales y particulares) así como otros escribanos para efectuar estudio de títulos, y otros profesionales que también realicen estudio de títulos; y b) límite *objetivo*: el acto motivo de estudio, y el anterior y posterior (para controlar el orden cronológico de los mismos), art. 12.

En el 319 LOT se consagra una especie de exhibición forzosa, mientras que el 320 LOT regula el caso que se presenta cuando el protocolo sale naturalmente de la escribanía, por la naturaleza del acto (ej. actas de constatación).

IV.3.a.12- Archivo.

El protocolo puede quedar en poder del escribano por un lapso temporal que es fijado por la legislación provincial, luego debe quedar en el registro público de la propiedad, para futuras consultas (318 LOT).

IV.3.a.13- Reconstrucción.

En el caso de que el protocolo se pierda o se destruya, por circunstancias diversas, se debe proceder a la

⁵⁰ Véase IV.3.a.5, *Propiedad*.

reconstrucción del mismo. Lo que generalmente puede suceder es que se destruyan algunas hojas, y no todo el protocolo. En tal caso, se debe realizar un procedimiento que el juez puede ordenar, con citación de los interesados (ej. comprador y vendedor). El juez pedirá la copia, y va a agregar al protocolo dicha copia el lugar del original que se extravió. Esa copia va a officiar de protocolo, siempre que la misma esté en buenas condiciones.

Así, el requisito subjetivo es la citación de partes, y el requisito objetivo es que la copia se encuentre en buen estado. Si la copia no está en buenas condiciones, o no existe, se utilizará la ficha de transferencia; ello, en cuanto lo establece la legislación nacional registral (art. 29 Ley 17.801), que habla de "asiento registral". El registrador tiene una facultad calificadora, y ese asiento registral sirve para suplir la escritura que se ha extraviado.

Si la escritura no está inscripta, o se trata de un acto no registrable, se deberá citar a las partes y reconstruir el protocolo en base a otros datos (ej. documentos catastrales, etc.).

IV.3.b) Grafía.

Desde el punto de vista estático, la grafía es el elemento con el cual incorporamos al papel el pensamiento del notario⁵¹. Nuestras leyes la regulan detalladamente. En la LOT encontramos normas técnicas que han sido elevadas a la categoría de normas jurídicas (406 LOT). Se permite utilizar punto y aparte en la confección de escrituras, así como números para las fechas, medidas del inmueble, números de documento, etc., pero las cantidades de dinero deben escribirse siempre en letras (1001 CC, 407 LOT).

IV.3.c) Firma.

La firma es un elemento esencial del documento notarial, en especial la firma del escribano (988 y 1001 CC). El CC habla de "sujetos interesados", pero se refiere a los sujetos

⁵¹ PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, ob. cit.

“instrumentales” (1001 CC), donde también se menciona que el documento debe ser “autorizado por escribano”, es decir firmado, pues se autoriza firmando el documento.

El 1004 CC habla de la firma de las “partes”, aunque en realidad se refiere a la firma de los “otorgantes”, que si faltan la escritura es nula (1004 CC). Pero si no está la firma del escribano, la escritura es inexistente, aunque si tiene las firmas de las partes será un instrumento privado (véase 987 CC y su nota); éste es un caso de “conversión formal” (diferente al caso de conversión “sustancial”, que encontramos por ej. en el 1185 CC)⁵².

IV.3.c.1- Firma a ruego.

Los sujetos que no saben o no pueden firmar, pueden acudir a este instituto que sólo existe para los instrumentos públicos. La firma a ruego se utiliza cuando no se sabe o no se puede firmar (ver 1001 y 1004 CC)⁵³.

IV.3.c.2- Impresión digital.

La impresión digital es una exigencia de la ley local (408 LOT). El 408 LOT regula el caso de personas analfabetas, pero debemos entender que se refiere a personas que no saben o no pueden firmar.

Si falta la impresión digital, la escritura tiene plena validez jurídica, pues es una cuestión regulada por la legislación local, que no afecta la validez jurídica del acto, si bien será pasible luego el escribano de sanciones por su incumplimiento al deber formal. Pero si falta la firma, o la firma a ruego de los otorgantes, la escritura será nula (1004 CC). La impresión digital, así, tiene por objeto dejar constancia de la presencia de la persona en el acto de la audiencia notarial.

IV.3.d) Firma y sello del notario.

⁵² Véase Ap. IX.4.b, *Conversión formal y sustancial de actos jurídicos*.

⁵³ PIÑÓN, Benjamin Pablo, *Instrumentos públicos y escrituras públicas*, ob. cit.

El CC habla de escritura "autorizada" por el notario, lo que significa que el notario deberá firmar la misma (1001 CC). El sello, por el contrario, es un requisito de las leyes locales (ej. art. 10 inc. E, Ley 6200 ER). La legislación santafecina sólo lo nombra, pero las resoluciones del Colegio complementaron la ley, y el sello debe denunciarse ante el Colegio.

Por tanto, si falta la firma del escribano en la escritura, la misma es inexistente. Pero si lo que falta es el sello, sólo puede llegar a presentarse un caso de sanción disciplinaria al notario autorizante⁵⁴.

IV.3.e) Idioma.

El CC establece que las escrituras deben hacerse en idioma nacional, es decir el español (999 CC).

IV.3.e.1- Otorgantes que no saben el idioma nacional.

No obstante, se puede presentar el caso de otorgantes que no saben el idioma nacional. En tal situación, si los otorgantes no hablasen el idioma nacional, el notario debe hacer la escritura conforme a una minuta en el idioma que hablen las partes, traducida por un traductor oficial, o en su defecto por un traductor nombrado por el juez. Esa minuta y su traducción deben firmarse ante el escribano, y si ya viniesen firmadas deberán reconocerse las firmas (1035 inc. 2 CC). En general, lo que suele hacerse es volver a firmarlas. La minuta y su traducción deberán ser protocolizadas.

En el caso de los testamentos, se necesitan dos intérpretes que hagan la traducción al castellano (3673 CC), y se deberá hacer la escritura en los dos idiomas. Los testigos, además, deberán saber los dos idiomas. Recordemos que para el testamento por acto público, son necesarios tres testigos.

IV.3.e.2- Mudos y sordomudos.

El 1000 CC establece que si las partes fueren sordomudos o mudos que saben escribir, la escritura debe

⁵⁴ Véase Ap. XVI.4, *Responsabilidad administrativa*.

hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada.

El sordomudo debe saber darse a entender por escrito, pues de lo contrario será un incapaz de hecho absoluto. La minuta puede firmarse ante el escribano, y si está firmada con anterioridad deberán reconocerse las firmas (1035 inc. 2 CC). Luego, debe quedar protocolizada (1000 CC).

CAPITULO V. LA ESCRITURA PÚBLICA (continuación)

1. Elementos personales. a) Titulares. b) Sujetos negociales (partes). c) Sujetos instrumentales (comparecientes). 2. Intervención notarial. a) El nombre propio. 1- Menores. 2- Emancipados. 3- Los inhabilitados. 4- Sociedades comerciales. b) El nombre ajeno. c) Distintos supuestos. 1- Poder Irrevocable. 2- Poder post mortem. 3- Mandato con vigencia post mortem. 4- Efectos jurídicos. d) Documentos habilitantes. Evolución legislativa. e) Acreditación documental y por notoriedad.

V.1. Elementos personales.

Por 'elementos personales' de la escritura pública, entendemos al género amplio que incluye a todas las personas referidas o nombradas en la misma. Ellos, pueden ser titulares, sujetos negociales, sujetos instrumentales, etc⁵⁵.

V.1.a) Titulares.

Lo primero que se debe observar es que la persona que va a disponer de un derecho sea titular del mismo. Para acreditar dicha titularidad, el notario deberá solicitar el título (art. 27, Ley 17.801). La titularidad es la conexión *actual* entre un sujeto y un derecho.

El título, en sentido *sustancial*, será el título causa, es decir el acto o hecho por el cual una persona se hace titular de un derecho subjetivo (ej. la compraventa de inmueble); mientras que en sentido *instrumental*, será el documento que la formaliza (ej. escritura traslativa de dominio).

⁵⁵ Sobre aspectos personales de la escritura pública, intervención notarial, y documentos habilitantes, véase FRONTERA, Rodolfo, *Derecho Notarial. Unidad 5*, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, 25-VI-2008.

Lo que el notario deberá requerirle es el título en sentido instrumental, que es el que acredita su título causa: ningún escribano o funcionario público puede 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 registradas (art. 23, Ley 17.801)⁵⁶.

Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación. La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes (art. 4 Ley 17.801).

Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable (1051 CC).

V.1.b) Sujetos negociales (partes).

Los sujetos negociales son las personas, físicas o jurídicas, sobre quienes recaen los efectos jurídicos del acto o negocio jurídico.

V.1.c) Sujetos instrumentales (comparecientes).

Los sujetos instrumentales son las personas físicas que están presentes durante la audiencia notarial. El titular o el sujeto negocial puede ser una persona jurídica, en cambio el sujeto instrumental siempre será una persona física.

⁵⁶ 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 registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación (23 Ley 17.801)

Puede presentarse el caso de que un sujeto instrumental no coincida con el sujeto negocial, como son los casos de apoderamiento.

V.2. Intervención notarial.

La intervención notarial consiste en relacionar el sujeto instrumental con el sujeto negocial. Según NÚÑEZ LAGOS⁵⁷, puede ser contemporánea o extemporánea. La intervención, así, podrá ser: en nombre propio, o en nombre ajeno. A continuación, analizaremos cada caso en particular.

V.2.a) El nombre propio.

La intervención en nombre propio se presenta cuando el sujeto instrumental coincide con el sujeto negocial. Hay ciertas situaciones especiales que debemos tener presente, y ellas se presentan cuando intervienen los menores, los emancipados, los inhabilitados, y las sociedades comerciales.

V.2.a.1- Menores.

Desde los dieciocho años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto 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 previa autorización.

En los dos supuestos precedentes, el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (128 CC).

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse (ej. un menor de edad), y el mandante está obligado por la ejecución del mandato, tanto respecto al mandatario,

⁵⁷ NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, ob. cit.

como respecto a terceros con los cuales éste hubiese contratado (1897 CC).

V.2.a.2- *Emancipados.*

Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores (128 CC). Así, la emancipación puede ser por matrimonio, o dativa (por habilitación de edad)⁵⁸.

Según el 131 CC, los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el 134 CC. Si se hubieren casado sin autorización no tendrán, hasta los veintiún años, 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, salvo ulterior habilitación.

Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada. Pero en el caso del matrimonio putativo subsistirá la emancipación respecto del cónyuge de buena fe (132 CC). Así, en caso de matrimonio anulado, queda sin efecto la emancipación; pero en caso de matrimonio putativo, la emancipación subsiste para el cónyuge de buena fe.

La emancipación por matrimonio es irrevocable, y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, salvo lo dispuesto en los artículos 134 y 135, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad, tengan o no hijos. No obstante ello, la nueva aptitud nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad (133 CC).

Los emancipados no pueden, ni con autorización judicial:
a) aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; b) hacer

⁵⁸ Sobre la minoridad, capacidad y representación de los menores adultos, véase PARMA, Ana María y REPETTO GRONDONA, Elisa, *Principio de incapacidad de los menores adultos. Representación. Habilitación por trabajo y emancipación*, Gaceta del Notariado, Secc. Doctrina, presentada en la XII Jornada Nacional Argentina, Resistencia (Chaco), Septiembre de 1968, p. 409 y ss.

donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; y c) afianzar obligaciones (134 CC)⁵⁹.

En principio, los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes (135 CC), pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad.

La autorización judicial será dada en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente, y las ventas que se hicieren de sus bienes, serán siempre en pública subasta (136 CC). Los bienes muebles e inmuebles no podrán ser vendidos sino en remate público, excepto cuando los primeros sean de poco valor, y haya quien ofrezca un precio razonable por la totalidad de ellos, a juicio del tutor y del juez (441 CC). El juez puede dispensar que la venta de muebles e inmuebles se haga en remate público, cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación (442 CC).

El CC favorece la emancipación, pues el que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor o menor emancipado, según las leyes argentina, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior (138 CC). Pero si fuese ya mayor o menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes argentinas, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable (139 CC).

⁵⁹ No será válida, por ejemplo, la escritura de donación de inmueble recibido por el menor a título gratuito (inc. B), ni la intervención como garante por parte del menor en un contrato de alquiler (inc. C).

Además, las particiones de herencia deben ser judiciales cuando haya menores, aunque estén emancipados (3465, inc. 1º CC).

Finalmente, se debe destacar que si bien los menores no pueden hacer donaciones sin licencia de los padres (134 inc. 2º CC), pueden sin embargo hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesión o industria (1807 inc. 7º CC).

V.2.a.3- Los inhabilitados.

El 152 CC establece que podrá inhabilitarse judicialmente:

- a) A quienes por *embriaguez* habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;
- b) A los *disminuidos* en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el 141 CC⁶⁰, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio;
- c) A quienes por la *prodigalidad* en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

⁶⁰ Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (141 CC)

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Se deberá dar una "comparencia compleja": la del inhabilitado y la de su curador, para los actos de disposición y actos entre vivos. También podrá ser necesario para algún acto de administración que disponga la sentencia que lo declare como tal.

Pero el inhabilitado podrá disponer por sí solo por actos de última voluntad (ej. testamento), pues el CC sólo se refiere a actos entre vivos.

V.2.a.4- Sociedades comerciales.

Conforme a la *teoría del órgano* (GIERKE), quienes declaran la voluntad son los órganos de la propia sociedad, es la misma sociedad, por lo que nos encontraríamos frente a un caso de actuación en nombre propio.

No obstante, en la práctica se acostumbra a proceder como un caso de actuación en nombre ajeno, pues el notario debe estudiar, ver, calificar, y agregar los documentos habilitantes.

En cuanto a las sociedades civiles, se aplica la *teoría de la ficción* (SAVIGNY), que considera que el único sujeto natural de derechos y obligaciones es el hombre.

V.2.b) El nombre ajeno.

En los casos de actuación en nombre ajeno, se deben distinguir los supuestos de representación, mandato, y apoderamiento.

La **representación** es un instituto jurídico por el cual la declaración de una persona surte efectos en la esfera de otra. Se actúa en nombre ajeno. La representación es el género, donde quedan incluidas distintas especies como la representación voluntaria, la legal, y la orgánica.

El **mandato** es un contrato bilateral. Es de su esencia el actuar "por cuenta ajena". Puede ser representativo, o no

representativo. El mandato no puede hacerse con un menor, pero un menor sí podrá ser apoderado (1897 CC), ello porque el **apoderamiento es unilateral**.

El mandato es general o especial. El *general* comprende todos los negocios del mandante, y el *especial* uno o ciertos negocios determinados (1879 CC). El mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración, aunque el mandante declare que no se reserva ningún poder, y que el mandatario puede hacer todo lo que juzgare conveniente, o aunque el mandato contenga la cláusula de general y libre administración (1880 CC).

Son necesarios poderes especiales para: 1) hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración; 2) hacer novaciones que extingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato; 3) transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, o a prescripciones adquiridas; 4) cualquier renuncia gratuita, o remisión, o quita de deudas, a no ser en caso de falencia del deudor; 5) el reconocimiento de hijos; 6) cualquier contrato que tenga por objeto transferir o adquirir el dominio de bienes raíces, por título oneroso o gratuito; 7) hacer donaciones, que no sean gratificaciones de pequeñas sumas, a los empleados o personas del servicio de la administración; 8) prestar dinero, o tomar prestado, a no ser que la administración consista en dar y tomar dinero a intereses, o que los empréstitos sean una consecuencia de la administración, o que sea enteramente necesario tomar dinero para conservar las cosas que se administran; 9) dar en arrendamiento por más de seis años inmuebles que estén a su cargo; 10) constituir al mandante en depositario, a no ser que el mandato consista en recibir depósitos o consignaciones; o que el depósito sea una consecuencia de la administración; 11) constituir al mandante en la obligación de prestar cualquier servicio, como locador, o gratuitamente; 12) formar sociedad; 13) constituir al mandante en fiador; 14) constituir o ceder derechos reales sobre inmuebles; 15) aceptar herencias; y 16) reconocer o confesar obligaciones anteriores al mandato (1881 CC).

Así, resumiendo, tenemos que: la *representación* es la actuación en nombre ajeno; el *mandato* es la actuación por cuenta ajena, y puede ser representativo (cuando también lo es en nombre ajeno), o no representativo (ej. comisionista, actúa en nombre propio pero por cuenta ajena). El *apoderamiento*, por su parte, es un acto unilateral, que es aceptado tácitamente con su ejercicio.

V.2.c) Distintos supuestos.

V.2.c.1- Poder irrevocable.

El propio poderdante puede renunciar a su facultad de revocar el poder (1977 CC). Para que proceda, deben darse tres requisitos, y no obstante ello igualmente podrá ser revocado por justa causa.

Los requisitos son: a) ser para negocios especiales, determinados, pues tiene que haber un negocio base anterior (ej. boleto de compraventa y poder irrevocable para escriturar); b) ser limitado en el tiempo, pues no puede ser eterno; y c) ser en interés del mandante y mandatario, o de un tercero, pero nunca podrá ser en interés exclusivo del mandante, porque entonces carecería de sentido alguno.

V.2.c.2- Poder post mortem.

No está permitido que el poder comience a regir después de la muerte del mandante (1983 CC). En tal caso, el poder será nulo, si no puede servir como disposición de última voluntad.

En este último supuesto, se presenta el caso de "conversión sustancial", pues si puede valer como disposición de última voluntad, surte un efecto jurídico aunque diverso al pretendido por los interesados⁶¹. Para ello, el *apoderamiento*

⁶¹ Véase Ap. IX.4.b. *Conversión formal y material de actos jurídicos.*

deberá serlo de puño y letra, y firmado por el poderdante, para que valga como testamento ológrafo (3639 CC)⁶².

V.2.c.3- Mandato con vigencia post mortem.

Para el supuesto de mandato con vigencia post mortem, la ley exige que lo sea en interés común de las partes, o de un tercero (1982 CC). También debería serlo para un negocio determinado. Este mandato es un caso de *voluntad* de las partes.

Pueden presentarse casos por expresa disposición *legal* (ej. negocio que debe continuar, cuando comenzado hubiese peligro en demorarlo, 1980 CC), si bien limitado a que no existan incapaces o menores (en tal caso, el contrato quedará resuelto, 1981 CC).

V.2.c.4- Efectos jurídicos.

Se presentan, así, tres supuestos diferentes:

- a) Mandatario con poder: Como regla, el mandatario contratando en nombre del mandante, no queda personalmente obligado para con los terceros con quienes contrató, ni contra ellos adquiere derecho alguno personal, siempre que haya contratado de conformidad con el mandato; o que el mandante en caso contrario hubiese ratificado el contrato (1930 CC).

Los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes, y a nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese contraído, son considerados como hechos por éste personalmente (1946 CC). Además, los terceros con quienes el mandatario quiera contratar a nombre del mandante, tienen derecho a exigir que se les presente el instrumento de la procuración, las cartas órdenes, o instrucciones que se refieran al mandato. Las órdenes reservadas, o las instrucciones secretas del

⁶² El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido (3639 CC).

mandante, no tendrán influencia alguna sobre los derechos de terceros que contrataron en vista de la procuración, órdenes o instrucciones, que les fueron presentadas (1938 CC).

- b) Mandatario sin poder: En principio, nadie puede contratar a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación. El contrato celebrado a nombre de otro, de quien no se tenga autorización o representación legal, es de ningún valor, y no obliga ni al que lo hizo. El contrato valdrá si el tercero lo ratificase expresamente o ejecutase el contrato (1161 CC).

Pero el que se obliga por un tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e intereses, si el tercero se negare a cumplir el contrato (1163 CC).

- c) Mandatario sin poder suficiente: es el caso en que existe poder, pero el mandatario se excede en su ejecución. Cuando contratase en nombre del mandante, pasando los límites del mandato, y el mandante no ratificare el contrato, será éste nulo, si la parte con quien contrató el mandatario conoce los poderes dados por el mandante (1931 CC).

Pero quedará personalmente obligado el mandatario, y podrá ser demandado por el cumplimiento del contrato o por indemnización de pérdidas e intereses, si la parte con quien contrató no conocía los poderes dados por el mandante (1933 CC).

La ratificación equivale al mandato, y tiene entre las partes efecto retroactivo al día del acto, por todas las consecuencias del mandato; pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiese constituido a terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación (1936 CC).

Así, la regla es que si se excede el mandatario, no obliga al mandante, con las excepciones de que obliga si la gestión beneficia al mandante (1906 CC), o está dentro de la procuración pero se excede en el ejercicio de la misma (1934 CC), o el pago efectuado a un tercero es ratificado por el mandante o se beneficia del mismo (733 CC).

Debemos distinguir, finalmente, entre "ratificación", que es el acto jurídico unilateral recepticio, para el caso de falta de poder o de poder insuficiente; de la "confirmación", que se presenta en el caso de nulidad relativa; y de la "rectificación", que sirve para subsanar un error material.

V.2.d) Documentos habilitantes. Evolución legislativa.

Los documentos habilitantes son aquellos documentos que acreditan y legitiman la actuación de los sujetos instrumentales.

Lo más frecuente es que sean utilizados en el caso de actuación en nombre ajeno (ej. poder), pero a veces, cuando hay actuación en nombre propio, también son necesarios documentos habilitantes (ej. el inhabilitado y su curador, que necesitarán de la sentencia de inhabilitación).

Así, la representación podrá ser: necesaria (ej. patria potestad, acreditable con partida de nacimiento; o tutor y curador, acreditables con la resolución de nombramiento); voluntaria (ej. mandato o poder); u orgánica (ej. en el caso de sociedades).

El título o documento habilitante es aquel que legitima la actuación de una persona, cuya actuación repercutirá jurídicamente en la esfera de interés de otra persona. Los mismos deben exhibirse al notario (1003 CC), el que agregará una copia certificada si el poder es general; pero si ya se encuentra agregado en el mismo registro, se deberá relacionar,

citando número de escritura, folio y año⁶³. Si el documento fue autorizado por el notario, también deberá relacionarse.

Respecto a ello, la legislación ha evolucionado notablemente. En una primera etapa, el CC originario exigía que se debía transcribir todo el poder en la escritura, cuando la representación era voluntaria. En una segunda etapa, con la Ley 9151, se debía transcribir la "parte pertinente", con lo cual la determinación de la misma quedaba sujeta a decisión judicial, lo que llevó a un aumento de los pleitos sobre la cuestión, pues castigaba con nulidad la falta a tal obligación legal. Finalmente, en el sistema vigente, la Ley 15.875 elimina el requisito de transcripción, y modifica el 1004 CC eliminando la sanción de nulidad de la escritura, generando solamente una sanción disciplinaria al notario.

Como deberes del notario, el primero será leer y calificar los documentos habilitantes. Luego, agregar copias y relacionarias, o simplemente relacionar, según el caso (se agregará el original sólo en caso de poderes especiales).

V.2.e) Acreditación documental y por notoriedad.

La acreditación y expresión documental la hemos desarrollado *supra*⁶⁴. Pero hay situaciones en las que no es necesario esta acreditación documental, como es el caso de la acreditación por notoriedad, que se presenta cuando actúan

⁶³ Se ha sostenido jurisprudencialmente, que "En la redacción del poder atacado, el escribano autorizante menciona que quien se presenta para tal acto acredita su carácter de apoderado con "... el poder general amplio, otorgado el ..., ante la Escribana ...", lo cual resulta suficiente a la luz de los términos establecidos por el art. 1003 del código civil, en cuya virtud no resulta exigible transcribir en el cuerpo de la escritura el documento habilitante que justifique la personería del representante, encontrándose correctamente cumplidas las formalidades legales con las declaraciones realizadas por el Escribano (conf. Falcón, e. m., código procesal civil y comercial de la nación, tomo iii, pág. 41, letra f)" (C. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 1ª, 23/04/1998, - *Olce consultores de Empresas S.R.L. v. Empresa Nacional de Correos y Telégrafos S.A. s/Cobro de Pesos*) Magistrados: Pérez Delgado, Farrell, De Las Carreras.

⁶⁴ Véase Ap. V.2.d, Documentos habilitantes. Evolución legislativa.

personas de derecho público a través de sus representantes (ej. el Estado Nacional, Provincial o Municipal, o la Iglesia Católica).

En tal caso, lo que si puede solicitar el notario autorizante será la acreditación de la autorización para realizar un determinado acto (ej. una ordenanza que permita la compraventa).

CAPITULO VI. LA ESCRITURA PÚBLICA (continuación)

1. Rogatio o requerimiento. a) Concepto. 1- Principio de intervención notarial. 2- Causas legítimas para no actuar. b) Efectos. 2. Audiencia. a) Concepto. b) Actos simples que integran la audiencia. 1- La comparencia. 2- La lectura de la escritura. 3- El otorgamiento de la escritura. 4. La suscripción de la escritura. 3. Requisitos formales. a) Unidad de acto. 1- Tradicional y moderno. Evolución. 2- Testamento y unidad de acto. b) Fe de conocimiento. 1- Concepto. 2- Alcances: identificación, individualización. 3- Medios supletorios. 4. Clases de escrituras públicas. a) Clasificación por el negocio que instrumentan. b) Clasificación por la finalidad. c) Clasificación por la interferencia con el negocio que contiene. 1- Constitutivas. 2- De reconocimiento. 3- De elevación a escritura pública. 4- De protocolización. e) Clasificación por el modo de otorgamiento. f) Clasificación por el carácter de los intervinientes.

VI.1. Rogatio o requerimiento.

La función notarial siempre es requerida, nunca de oficio (6, Ley ER 6200)⁶⁵. El requerimiento siempre deberá ser *previo* al hecho o al acto de que se trate. Todo notario investido está en “estado de disponibilidad” en potencia, pues tiene la obligación de actuar frente a un requerimiento, salvo excusas legítimas previstas normativamente (10 inc. “c”, Ley ER 6200)⁶⁶.

No será necesario que en el texto del instrumento conste expresamente el requerimiento, pues éste se entenderá implícito. No lo exige ninguna ley en materia de escrituras públicas. Pero en materia de actas, por el contrario, es necesario dejar constancia en el instrumento público de dicho

⁶⁵ “Son funciones notariales de los escribanos de registro, a requerimiento de parte: ...”.

⁶⁶ “...son deberes de los escribanos de Registro: ... c) Prestar su función cada vez que se le solicite, salvo que se encuentre impedido por otras obligaciones de igual o mayor urgencia, o cuando el acto para el cual sea requerido fuere contrario a la Ley, la moral o las buenas costumbres”.

requerimiento, el cual deberá ser expreso, preciso y determinado (57 inc. "a", Ley ER 6200)⁶⁷.

La legitimación para actuar del escribano, llega hasta donde llega el requerimiento⁶⁸. No se aceptan supuestos de "comedido notarial". Así, el acta consta de dos momentos: a) el requerimiento al notario, y b) la diligencia comprobatoria.

VI.1.a) Concepto.

VI.1.a.1- Principio de intervención notarial.

El principio de intervención notarial solicitada establece que el requirente es un solicitante de la actuación notarial. El requerimiento es la solicitud que se le efectúa al notario para que éste actúe.

Tal solicitud puede ser hecha por ambas partes, en los negocios bilaterales (ej. comprador y vendedor). Se deben diferenciar dos momentos: a) la elección del escribano, y b) el requerimiento. El notario se elige, en principio, de común acuerdo. En España, no obstante, es elegido por quien paga el precio o el servicio.

Lo razonable es que elija el notario el sujeto para quien deberá la escritura ser luego el título de su derecho subjetivo (ej. el comprador que paga el precio al contado, o el vendedor que vende en cuotas un inmueble). En el supuesto de que un banco preste dinero para la compra de una casa, y se hace una hipoteca sobre la misma, el banco elegirá el notario. Y cuando es el Estado una de las partes, según la ley deberá actuar la Escribanía del Gobierno, que por lo general están desbordadas, y delegan ciertos trabajos en notarios particulares.

⁶⁷ "Además de los requisitos consignados para las escrituras públicas y con las excepciones que se detallan en este Capítulo, se observará lo siguiente: a) Se hará constar el requerimiento que motiva la intervención notarial..."

⁶⁸ Se debe tener presente la interpretación que hace la doctrina actual respecto al alcance del requerimiento, para los casos de errores en las escrituras otorgadas. Véase Ap. VII.7.e), *Actas de Subsanación*.

Se pueden dar casos de escrituras o documentos notariales sin comparecientes⁶⁹. Ello se presenta cuando el notario comete errores materiales, que puede modificarlos por sí solo, mediante un “acta de subsanación”. En este supuesto, no estamos frente a una actuación *de oficio*, pues persiste el requerimiento dado para el primer acto, hasta la subsanación del mismo.

Debemos distinguir, sin embargo, la escritura “complementaria” de la escritura “rectificatoria”, pues en aquélla agregamos cosas que debimos haber dicho, y no dijimos (ej. 1246 CC⁷⁰).

VI.1.a.2- Causas legítimas para no actuar.

El notario puede negarse a actuar, ante un requerimiento, en diferentes supuestos:

- a) para un acto ilícito;
- b) cuando no se puede determinar la identidad del requirente;
- c) por tener requerimientos pendientes solicitados con anterioridad;
- d) sospecha de lavado de dinero o situaciones ilícitas, en cuyo caso deberá denunciar la situación;
- e) por cuestiones de ética (ej. cuando hay otro notario designado en el boleto de compraventa);
- f) si la persona no tiene CUIT, CUIL, CUIP o CIF.

Si se alegan alguna de estas razones, y el requirente no se conforma, puede éste ir ante el Colegio de Escribanos, para que el Colegio controle si fue correctamente denegada la actuación.

⁶⁹ ETCHEGARAY, Natalio P., *Documentos protocolares sin compareciente*, Rev. Not. 919-581, *Escrituras y actas notariales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997. Asimismo, ZAVALA, Gastón Augusto, *El documento notarial sin compareciente*, Tesis Doctoral, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1998.

⁷⁰ Art 1246 CC. Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer.

Los requirentes son siempre las partes. No es necesario que sean las partes del negocio, porque pueden actuar mediante representantes. Es decir, requirentes serán quienes tienen interés legítimo en el negocio, o sus representantes.

El requerimiento es un acto informal. En las ciudades pequeñas o pueblos no se acostumbra a seguir formalidades, pero en las ciudades grandes suele haber ciertas formalidades para su presentación.

VI.1.b) Efectos.

El principal efecto del requerimiento es la traba de la relación jurídico-notarial. Esta relación nace, según parte de la doctrina, desde el requerimiento (responsabilidad extracontractual), mientras que otro sector sostiene que nace desde la aceptación del requerimiento (responsabilidad contractual).

Las partes expresarán su querer práctico, con sus propias palabras, y luego será el notario quien deberá traducirlo al vocabulario jurídico. Eso es el requerimiento. Luego, el notario pedirá certificados, y hará otras diligencias, para finalmente realizar la audiencia notarial en la que el escribano les leerá a las partes el documento, quienes si están de acuerdo lo firmarán, y si no se negarán.

En principio, el requerimiento no integra la audiencia notarial. Pero hay situaciones particulares en que es posible que el requerimiento y la audiencia se lleven a cabo en un mismo acto, aunque esto no es lo habitual.

VI.2. Audiencia.

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 (1001 CC).

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; o 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 (1002 CC).

Se deben destacar dos planos, según NÚÑEZ LAGOS: a) el *plano del negocio*, que es de derecho privado civil y comercial; y b) el *plano del documento*, que es de derecho notarial, y que comprende la dimensión *papel* y la dimensión *acto*.

A la audiencia, llega un proyecto de escritura, que es leído a las partes, quienes lo otorgan (es decir, lo firman) si están de acuerdo, y así se convierte en instrumento privado (987 CC). Luego, cuando es autorizado (firmado) por el notario, se convierte en instrumento público (1004 CC).

Son nulas las escrituras que no tuvieron la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida. La

inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos, pueden ser penados por sus omisiones con una multa (1004 CC).

VI.2.a) Concepto.

La audiencia es un acto complejo, integrado por varios actos simples, conectados con una misma finalidad, cual es la de autorizar una escritura válida y eficaz en el plano jurídico, tanto en su aspecto formal como en el sustancial.

VI.2.b) Actos simples que integran la audiencia.

Los cinco actos simples que conforman la audiencia son: 1) comparencia de los sujetos instrumentales, 2) lectura por el escribano, 3) otorgamiento por las partes, 4) suscripción por las partes, y 5) autorización por el notario.

VI.2.b.1- La comparencia.

La comparencia es la presencia física de una persona ante el notario, en el momento de la autorización de la escritura.

En su dimensión acto, ante el escribano nunca comparecen personas jurídicas, sino sus representantes (personas físicas), quienes deberán tener capacidad para ser comparecientes, la cual puede ser distinta a la capacidad para celebrar el negocio.

En su dimensión papel, la comparencia consta en el título de la escritura (encabezamiento con la naturaleza del acto y el objeto, con el nombre de las partes). Se debe colocar el lugar, día mes y año, para la ubicación de la comparencia en el tiempo y el espacio. La escritura pública y los instrumentos públicos hacen plena fe del lugar y fecha de su otorgamiento. Si esto no se consigna, la escritura es nula (nulidad formal, 1004 CC).

Si se coloca la ciudad y no el departamento o partido, o la provincia, no es nula en cuanto se pueda inferir de tales datos o de la competencia territorial del notario (ej. se escribe "en la ciudad capital de la provincia de...", es válido pues se puede inferir de qué ciudad se trata). No se debe escribir necesariamente que la escritura se autoriza en la escribanía y

colocando la dirección en el texto de la misma, pero sí es necesario hacer constar cuando el notario debe salir de la escribanía y constituirse en otro lugar. Esto último es exigido en las actas, principalmente.

El CC dice "día, mes y año", pero a veces también es necesario escribir el horario, pues el orden cronológico de las escrituras se determina: a) por la fecha, b) por el número de las escrituras. Y si se varía el orden cronológico, la escritura es nula (1004 CC).

El horario será necesario hacerlo constar para dejar asentado de que se cumple con el requisito del orden cronológico. CARMINIO CASTAGNO nos habla de "fecha inferida", que se presenta si por ej. la escritura N° 14 y la N° 16 tienen la misma fecha, y la N° 15 no tiene fecha: se infiere sin lugar a dudas que la fecha de tal escritura es la misma que la de las otras dos.

Exigencias del Código Civil. El CC exige que, respecto a los comparecientes, se haga constar los nombres y apellidos, si son mayores de edad, su estado de familia, el domicilio o vecindad. Pero de acuerdo al carácter en que las personas comparezcan, estos datos pueden no ser suficientes:

- a) nombre y apellidos completos: como figura identificada la persona en el DNI es la mejor opción;
- b) mayoría de edad: es indistinto consignar la fecha de nacimiento, o la edad que tiene la persona;
- c) estado de familia: si la persona es casada, hay que poner en qué nupcias, y con quién es casada. Es conveniente pedir la libreta de matrimonio o la partida de matrimonio. Si es divorciada, es conveniente pedir copia de la sentencia de divorcio. Si es separada de hecho, la doctrina se divide respecto al asentimiento conyugal, si bien lo más práctico es pedir el asentimiento supletorio al juez. Si es viudo, hay que hacer constar de qué nupcias y de quién.
- d) Domicilio o vecindad: el CC no reguló la vecindad, sino el domicilio. La expresión vecindad no coincide con la

residencia. Lo mejor es consignar el domicilio, legal o real, siempre que sea un domicilio general.

Exigencias de otras leyes. Otras leyes, agregan los siguientes datos:

- e) **DNI:** Ley 17.671, art. 11. Crea el RENAPER, exige identificación con el DNI. No es nula la escritura si no se coloca, pero si hay sustitución de persona porque el notario no fue diligente y no pidió DNI, le puede acarrear responsabilidad al escribano.
- f) **CUIT, CUIL o CDI (o bien CUIP):** lo exige la Ley de Emergencia Nº 25.561. Es requisito para inscribir el título en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 3 bis, Ley 17.801). Si no se coloca, se hace una inscripción provisional. No es un requisito que hace a la validez de las escrituras, pero sí es un requisito para la inscripción, en los actos que son registrables⁷¹.
- g) **La nacionalidad:** en alguna época, hubo un tratamiento fiscal diferente de acuerdo a la nacionalidad, pero hoy día lo que importa es si la persona está domiciliada en el país o en el extranjero⁷².
- h) **Apellido materno:** se agrega para evitar la homonimia, pero no es una cuestión esencial.

⁷¹ Art. 3 bis, Ley 17.801: No se inscribirán o anotarán los documentos mencionados en el artículo 2 inciso a) si no constare la clave o código de identificación de las partes intervinientes otorgado por la Administración Federal de Ingresos Públicos o por la Administración Nacional de la Seguridad Social, de corresponder. (Texto según ley 25.345). Así, la no inscripción impedirá posteriormente el tráfico jurídico del bien, pues la misma norma establece la obligación del notario de "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 registradas", para autorizar una posterior venta del inmueble (art. 23).

⁷² La importancia se presenta a los efectos de determinar la tributación en el Impuesto a las ganancias, del cual el notario oficia como agente de recaudación, pues los extranjeros tienen un tratamiento diferenciado respecto a las personas de existencia física y/o jurídicas nacionales. Al respecto, véase DI PIETROMICA, Viviana, *Régimen tributario de la actuación notarial*, Ciudadela, 2008.

El Anteproyecto (art. 23 inc. 2º) establece que el principio de intervención consiste en relacionar al compareciente con la parte. El notario debe dar fe de conocimiento de los que comparecen, que pueden o no ser partes⁷³.

VI.2.b.2- La lectura de la escritura.

La lectura y posterior explicación del notario, de los términos que emplea (1001 CC). La lectura comprende, como mínimo, el documento que se otorga. El compareciente tiene el derecho de leer por sí mismo, también, luego de que haya leído el notario. El consentimiento debe ser lo más informado posible.

Se pueden presentar situaciones especiales (ej. persona que habla en otro idioma, o persona sorda). En la dimensión papel, se debe dejar constancia de que se leyó, pues si no se pone que fue leída se supone que igualmente se leyó si las partes la otorgaron. Así, la lectura no es una solemnidad invalidante, en caso de no consignarla. En casos de testamentos por acto público, se establece la obligación de leer el testamento (3658 CC), bajo pena de nulidad.

En el Derecho Español, la escritura puede leerla el notario o las partes, pero aquí en Argentina la lectura por el notario es obligatoria (1001 CC).

VI.2.b.3- El otorgamiento de la escritura.

En su *dimensión acto*, terminada la lectura, le sucede la explicación de qué se trata, y las partes podrán hacer sus preguntas. A esto le llamamos "advertencia notarial". Si las partes están de acuerdo con tales declaraciones que les atribuye el notario, las asumen como propias. Eso es el "otorgamiento": un acto de los sujetos instrumentales, de los otorgantes, mediante el cual asumen como propias las declaraciones que les atribuye el notario, y dan conformidad a todo el texto que las contiene.

⁷³ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

No necesariamente los otorgantes son las partes, como ya lo hemos visto. No puede ser otorgante, además, la persona jurídica, aunque sí puede ser parte.

Si las partes no están de acuerdo, la escritura no se otorga. El escribano deberá individualizar a los otorgantes (1001 y 1002 CC), pero no a las partes (1004 CC). En realidad, se deberá siempre identificar a los otorgantes, que son quienes comparecen a instrumentar el negocio.

En su *dimensión papel*, no es necesario hacer constar que las personas otorgan la escritura, sino que es suficiente con que la misma esté firmada.

VI.2.b.4. La suscripción de la escritura.

Los otorgantes deben firmar la escritura, bajo pena de nulidad (1004 CC). En el DNI está la firma que utiliza el sujeto. A veces, puede suceder que quien debe firmar no sabe o no puede. No es suficiente, en principio, que una persona diga que no sabe firmar. Si tal situación es sospechosa, el notario puede denegar su servicio, como ya se analizó *supra*⁷⁴.

Firma a ruego. En materia testamentaria, el CC prevé que cuando el testador no sabe o no puede firmar, uno de los testigos puede ser firmante a ruego (3661, 3662 CC). Si una persona afirma que no sabía firmar, y luego se acredita que sí sabía, la escritura será nula, el testamento será nulo (3660 CC). En otros tipos de actos, no ocurre lo mismo (1001 CC).

El documento privado no puede ser firmado a ruego. La firma a ruego sólo existe para los casos de instrumentos públicos. Sólo se acepta la impresión digital en documentos privados en los casos de recibos laborales, o en materia previsional, cuando la persona no sabe firmar.

El CC regula la firma a ruego en las escrituras públicas (1001 CC). El firmante a ruego es un apoderado especial para firmar. Los testigos instrumentales no pueden ser firmantes a

⁷⁴ Véase Ap. VI.1.a.2, *Causas legítimas para no actuar*.

ruego (1001 CC), con excepción del caso de testamento por acto público, donde expresamente se permite (3661 y 3662 CC).

Si comprador y vendedor eligen a la misma persona para que firme a ruego por todos, la legislación no regula tal caso, pero no es conveniente que ello suceda, porque sería un apoderamiento de personas con intereses contrapuestos.

El CC exige que el notario diga que la persona no sabe o no puede firmar, pero no exige en general que se exprese la causal, si bien sí lo exige en materia testamentaria (3662 CC): el testador deberá manifestar cuál es la causal, y el notario deberá estarse a lo que el testador diga y que sea perceptible a sus sentidos, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

Impresión dígito pulgar. El CC no establece que la persona que no sabe o no pueda firmar deba dejar su impresión dígito pulgar, sino que es una exigencia de la legislación provincial (LOT). Se toma si es posible, y si ello no fuere posible se dejará constancia de tal circunstancia (ej. persona que le faltan las dos manos). En este último supuesto, es conveniente solicitar dos testigos instrumentales, para acreditar la presencia física de la persona en tal lugar.

Si falta la firma a ruego, la escritura es nula (1004 CC), pero si lo que falta es la impresión dígito pulgar, la sanción es meramente disciplinaria y recaerá sobre el notario.

VI.2.b.5- La autorización por el notario.

La autorización de la escritura es un acto exclusivo y excluyente del notario, quien debe firmarla. Si no hay firma del escribano, pero sí de las partes, podrá valer como instrumento privado (987 CC). La dación de fe final no es suficiente, pues en definitiva la fe la otorga la ley.

La única forma de autorizar una escritura es por el acto de la firma. La ley local le agrega el requisito del sello. La autorización es indelegable: el escribano no puede dar un poder a otro para que firme sus escrituras, y tampoco tiene la opción de la firma a ruego.

VI.3. Requisitos formales.

VI.3.a) Unidad de acto.

Concepto. El CC no regula nada respecto a la unidad de acto de la audiencia. La unidad de acto se vincula con la unidad de tiempo, y juega en materia de escrituras públicas, referido a la audiencia notarial. Son cinco actos simples, no simultáneos, pero sí sucesivos.

Debemos distinguir, pues, la unidad de acto formal (que se refiere a la audiencia), de la unidad de acto sustancial (referida al negocio, ej. compraventa). No se requiere unidad de acto sustancial, y por ello puede haber escritura de oferta y luego escritura de aceptación.

VI.3 a. 1- Tradicional y moderno. Evolución.

Existen diversas teorías al respecto:

- a) La Concepción Tradicional: atendía a que los cinco actos simples que integran la audiencia se sucedieran sin interrupciones, todos en unidad de texto, personas, tiempo, acción y lugar;
- b) La Concepción Moderna (art. 34 Anteproyecto): afirma que en los casos de pluralidad de otorgantes, y en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados podrán suscribir las escrituras en distintas horas del mismo día del otorgamiento, siempre y cuando no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma, dejándose constancia en el protocolo. No tiene que haber interrupción entre la lectura, el otorgamiento y la firma. Cuando hay entrega de cosas (ej. dinero), deben estar todos presentes, y se exige la unidad de acto en sentido tradicional.

VI.3 a. 2- Testamento y unidad de acto.

Para el caso de los testamentos, es necesaria la copresencia en el testamento por acto público (3658 CC), y en el testamento cerrado (3666 CC).

VI.3. b) Fe de conocimiento.

VI.3.b.1- Concepto.

Antes de la reforma de la Ley 26.140, GATTARI señalaba que el 1001 CC exigía que el notario de fe de conocer a los comparecientes. Por la fe de conocimiento, se legitiman los sujetos instrumentales atribuyéndoles una identidad consigo mismos y una individualización que los distingue de los demás: son ellos y no otros⁷⁵.

Coincide con PONDÉ acerca de que esta fe de individualización no tiene porqué ser anterior al acto notarial. La conceptúa como "el medio técnico jurídico notarial por el cual el oficial público identifica, física y documentalmente, a las personas con el fin de individualizarlas en el instrumento respectivo. Estaba regulado, en principio, como deber funcional y como requisito intradocumental del instrumento o documento escritura pública, específicamente en el 1001 CC.

Actualmente, con la reforma de la Ley 26.140, se suprimió en el 1001 CC la necesidad de dar fe de conocer a los otorgantes, por parte del notario; así como se modificó el 1002 CC respecto a la forma de acreditar la identidad de los comparecientes, los cuales deberán justificar su identidad 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 (1002 CC)⁷⁶.

VI.3.b.2- Alcances: identificación, individualización.

La extensión de la fe de conocimiento se limita única y exclusivamente a la individualización de la persona por sus nombres y apellidos. En consecuencia, todos los demás datos se

⁷⁵ Véase GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires.

⁷⁶ Sobre la modificación de los arts. 1001 y 1002, véase ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, *Ley 26.140. Reforma de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil. Dictamen*, en Revista La Ley Actualidad, Año LXXI, N° 234, Buenos Aires, 2007.

hallan fuera de esta fe: edad, nacionalidad, estado civil, nombre del cónyuge, nupcias, apellido materno, nombre de los padres, documento de identidad, domicilio.

El 341 LOT dispone que, además de los requisitos exigidos por las leyes de fondo, en la escritura se debe expresar que al notario le consta la verdadera identidad de la persona.

La fe de conocimiento ha sido mantenida legislativamente a través del tiempo, dado que a la sociedad le interesa la auténtica imputación de una declaración a una persona determinada, en cuanto auténtica procedencia de la declaración efectuada. El interés protegido sería el valor autenticidad.

“Conocer” es llegar a la convicción de que una persona es efectivamente la persona que dice ser, es decir, llegar a un juicio comparativo. Toda persona en sociedad, es una persona nominada, y lo que el notario debe garantizar es que el nombre y apellido que declara sea el realmente asignado, socialmente, a la persona de que se trate, garantizándose así una coincidencia entre la persona física y el apellido.

No es éste un juicio de “verdad”, sino de “conformidad”, en tanto el notario tenga por cierto que una persona es la que dice ser.

Conocer significa, pues, tener trato y comunicación. El notario debe conocer al requirente y saber quién es, por trato o relación de amistad, vecindad, parentesco, comerciales y demás, o por la fama de este requirente, aunque no haya nunca tenido trato con él, que le permite identificarlo. No obstante, de atenernos literalmente a tal interpretación, estaríamos en una posición que nos haría sostener el mal otorgamiento de escrituras por lo notarios que no tienen trato ni conocen por fama a sus requirentes, desde que estarían mintiendo al dar fe de conocimiento.

VI.3.b.3- Medios supletorios.

Fe de conocimiento. Existen otros medios para individualizar a los comparecientes. Según Carlos Emérito GONZÁLEZ, la fe de conocimiento consiste en la afirmación

hecha por el notario de que el sujeto de que se trate es en sí, en su esencia, el mismo que se afirma, en su identidad personal e idoneidad subjetiva, y no otro distinto del mismo y de posible confusión. NEGRI la califica como la garantía dada por el notario, en base a su propia convicción, que determinada persona se identifica con el nombre con que es conocida.

Hay tres elementos: el sujeto; su nombre; y el notario, encargado de afirmar la perfecta coincidencia de los dos primeros, en base a su propia convicción.

El DNI. La Ley 17.671 de Registro Nacional de las Personas (RENAPER), señala que la presentación del DNI expedido por el RENAPER será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas, comprendidas en dicha ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera que fuese su naturaleza y origen (art. 13).

Es comprensible lo que sostenía VELEZ SANSFIELD cuando no existían los DNI actuales, respecto de recurrir a testigos (1002 CC originario), pero actualmente es también comprensible que abundante jurisprudencia haya regulado la cuestión de otro modo y hasta declarado que ya no es derecho aplicable para justificar la identidad de una persona. Asimismo, la legislación ha sido modificada (1002 CC, según Ley 26.140).

Testigos de conocimiento. Según GONZÁLEZ, los medios de que se vale el notario para formar su conocimiento respecto de los otorgantes son: a) *medios directos*, cuando conoce que una persona es quien dice ser, sin necesidad de ayuda externa alguna; y b) *medios indirectos*, cuando no existe conocimiento anterior, sino necesidad de adquirirlo. Estos medios indirectos no deben estar en la ley, no es posible catalogarlos, siendo el límite el razonable celo del notario.

Los "testigos de conocimiento" son aquellos a los que, por facultad legal, el notario que no conociere a las partes puede recurrir, para lograr el conocimiento del compareciente. Estos testigos sólo actúan a requerimiento del notario, quien debe dar

fe de la circunstancia de que les conoce (1002, inc. B, CC). Su utilización es excepcional, desde que generalmente se sule por otros medios dicho inconveniente.

Efectos. Ninguna norma del CC establece que deba constar en la escritura el número de DNI de la persona compareciente, a tenor de lo cual, su falta de indicación no provoca nulidad alguna al documento notarial en cuestión, si bien no debemos olvidar que la Ley RENAPER indica que toda persona debe justificar su identidad con él.

En rigor, no debe exigirse al notario más de lo que la ley pide, y el modo actual de justificar la identidad es mediante el DNI correspondiente. El derecho civil nos señala que es sólo uno de los medios a utilizar por el notario a este respecto, desde que si tiene dudas no bastará para acreditar la identidad con la exhibición del mismo, sino que se deberá cotejar el título, el carné de conducir, la escritura anterior, y demás documentos que se presenten, para establecer si hay una correcta coincidencia entre los mismos. Recordemos, pues, que el notario tiene el deber de actuar con prudencia y cautela en su función.

Conocer, individualizar, e identificar. Hoy se asigna a la palabra "conocimiento" la significación no de identidad total, sino la propia de un "juicio de calificación jurídica" a la cual el escribano llega racionalmente. El criterio imperante no es el de trato y/o fama, sino el del juicio al que llega el notario, tomando los recaudos del caso, con libertad de demostrar que fue diligente.

Tanto conocer, como individualizar e identificar, se reduce a una misma cuestión: un juicio deductivo, pues se observa el documento, la persona, y se deduce, es decir se sacan las consecuencias o conclusiones.

"Conocer" es tener la idea o noción de una persona o cosa, andar en relaciones o frecuentar, es distinguir y reconocer. "Individualizar" es especificar una cosa o determinar individuos de una misma especie, es considerar aisladamente a una

persona respecto a una colectividad, es ubicar la persona propia, cuidando bien su individualidad. "Identificar" es hacer idénticas cosas distintas, es reconocer si una persona es la que se busca, es señalar el conjunto de circunstancias que distinguen a una persona de las demás. Por el principio lógico de identidad, una persona es idéntica a ella misma.

Fe pública notarial y fe de conocimiento. La fe pública no es de todo el documento, sino de una parte del mismo (993 CC). Es un juicio o calificación jurídica que el notario realiza. La fe de conocimiento es una derivación de la fe pública en general, en cuanto asentimiento o certeza de verdad que se presta a la manifestación del funcionario que por delegación del Estado la ejerce o reviste.

Importancia de la fe de conocimiento. La omisión de la fe de conocer no provoca la nulidad del acto, ya que el CC no establece dicha sanción (1004 CC), y las nulidades deben ser expresas (principio "no hay nulidad sin norma que la establezca"), no pudiéndose crear las mismas por analogía. No obstante, se responsabiliza al notario con una multa, para el caso de omitir su deber formal de dar fe de conocimiento, pues es un deber funcional del notario⁷⁷.

Desde el punto de vista probatorio, existen tres corrientes al respecto:

- a) VILLALBA WELSH y MUSTAPICH⁷⁸, entre otros, sostienen que si el notario omitió dar en el documento la fe de conocimiento, pero autorizó el documento, debe entonces suponerse que conocía a los otorgantes, porque caso contrario no lo habría hecho. Esto así, el hecho de la autorización significa que se conocía a los otorgantes. Consideran la dación de fe en forma *implícita*.
- b) Otros autores, afirman que no, pues se debe dar fe de conocimiento *expresamente*. En España, RODRÍGUEZ

⁷⁷ Véase Ap. XVI.4.a, *Incumplimiento de obligaciones y deberes fiscales*.

⁷⁸ MUSTAPICH, José María. *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*. Buenos Aires.

ADRADOS sostiene que la falta de fe de conocimiento hace atacable el documento por simple prueba en contrario, sin necesidad de querrela de falsedad; en tanto que su presencia otorga otro valor probatorio: vale hasta que prospere la querrela de falsedad.

- c) RODRÍGUEZ ADRADOS plantea una tercera alternativa: que por ej. un requirente del servicio notarial releve al notario de este deber funcional, indicándose que señale el no conocimiento, a tenor de la urgente necesidad del servicio notarial que le aqueja. En este caso, el dilema sería aquí que cómo un particular puede relevar del cumplimiento de un deber legal. El maestro español responde que, en estos casos, el valor probatorio del documento sería de "principio de prueba", por lo que por ej. la prueba correrá por cuenta de quien va a vender, no teniendo porqué el comprador aceptar el sólo poder especial al respecto, debiéndose por esto acreditar, con pericia mediante, la autenticidad de ese poder en cuestión. En rigor, con esta teoría, se pierde: la autosuficiencia del documento y la fuerza o valor del documento notarial, sirviendo el mismo de simple principio de prueba por escrito. Ocurre, en estos casos, que el problema siempre se presentará con los terceros, no con los requirentes.

VI.4. Clases de escrituras públicas.

Existen diversos criterios para la clasificación de las escrituras públicas: a) por el negocio que instrumentan, b) por la finalidad, c) por la interferencia con el negocio que contiene, d) por el modo de otorgamiento, y e) por el carácter de los intervinientes.

VI.4.a) Clasificación por el negocio que instrumentan.

Con esta clasificación, no estamos haciendo una clasificación de las escrituras públicas, sino una clasificación de los negocios que las mismas pueden contener. Así, pueden ser:

- a) *inter vivos* (no dependen para sus efectos de la muerte de alguna de las partes, ej. permuta, donación, etc.), o *mortis causa* (destinados a tener efectos después de la muerte, siendo ésta la causa de que el mismo comience a regir o desplegar sus efectos, ej. testamento).
- b) A título gratuito (ej. donación), o a título oneroso (ej. compraventa o permuta, etc.).
- c) Unilaterales (ej. testamento, apoderamiento, etc.), bilaterales (ej. compraventa, permuta, etc.), o multilaterales (ej. sociedades).
- d) Reales (en los cuales se agrega al consentimiento de parte, la entrega de la cosa objeto del contrato, como requisito para que comience a desplegar sus efectos el contrato, ej. depósito, mutuo, comodato), o consensuales (se perfeccionan con el sólo consentimiento, ej. compraventa).
- e) Formales (por tener las formas tasadas normalmente), o no formales (las partes pueden elegir la forma que deseen).
- f) Nominados (tipificados en el CC) o innominados (no tipificados por el CC).

VI.4.b) Clasificación por la finalidad.

Son actos subsidiarios, accesorios de otro acto principal.

Tales escrituras pueden ser:

- a) Confirmatoria: acto jurídico unilateral que subsana una nulidad relativa, ej. falta del asentimiento conyugal.
- b) Aclaratoria: si la escritura principal tiene un vicio de oscuridad, respecto de cosas que no hacen a la esencia del negocio que instrumentan, ej. el origen del dinero, etc.
- c) Rectificatoria: ante errores materiales, ej. números de partida inmobiliaria.
- d) Complementaria: si para completar un negocio es necesario una escritura posterior, ej. estipulación a favor de un tercero, o aceptación de una oferta de donación, etc.
- e) Modificadorias o ampliatorias: ej. para refinanciación.

VI.4.c) Clasificación por la interferencia con el negocio que contiene.

Según NÚÑEZ LAGOS, debe haber una relación jurídica previa a la escrituración, para esta clasificación (ej. boleto de compraventa). La escritura contiene un negocio jurídico, a diferencia del acta, que contiene una comprobación de hecho u otro acto.

La escritura interfiere el negocio de que se trate, especialmente cuando transcurre un lapso entre los acuerdos previos o antecedentes, y la formalización definitiva de la escritura. Y es el sentido de cómo interfiere con el negocio que contiene lo que da lugar a la siguiente clasificación que responde a una escala ascendente en el sentido de que aumenta la interferencia del negocio previo.

VI.4.c.1- Constitutivas.

En las escrituras constitutivas, la interferencia del negocio previo es *nula*, respecto de la escritura. En ellas, se constituye, nace el negocio jurídico determinado: en la escritura y con la escritura. Nace dentro de la propia escritura, al momento de su autorización (ej. caso de donación de inmuebles, 1810 CC, contrato formal absoluto; y contratos formales relativos, caso de escritura traslativa de dominio, 1185 CC, la escritura también es constitutiva, si bien el boleto tendrá el efecto de obligar a escriturar).

VI.4.c.2- De reconocimiento.

En las escrituras de reconocimiento, el negocio jurídico va a interferir con poca intensidad en la escritura en cuestión; ej. cuando por un acto unilateral se reconoce una obligación anterior, que por éste reconocimiento por escritura pública va a tener nuevas cualidades (ej. título ejecutivo).

El reconocimiento de una obligación es la declaración por la cual una persona reconoce que está sometida a una obligación respecto de otra persona (718 CC). El acto del reconocimiento de las obligaciones está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos (719 CC). El reconocimiento puede hacerse por actos entre vivos o por

disposición de última voluntad, por instrumentos públicos o por instrumentos privados, y puede ser expreso o tácito (720 CC). El reconocimiento tácito resultará de pagos hechos por el deudor (721 CC).

El acto del reconocimiento debe contener la causa de la obligación original (ej. una deuda de juego), su importancia (el monto), y el tiempo en que fue contraída (porque interrumpe la prescripción) (722 CC). Así, la interferencia es *expresa y sintética*.

Si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber (723 CC).

VI.4.c.3- De elevación a escritura pública.

En las escrituras de elevación de documento a escritura pública, si bien hay contratos que haciéndose en forma privada ya son perfectos, las partes optan por elevarlo a escritura pública (ej. contrato de locación). Aquí, la interferencia es *literal*.

VI.4.c.4- De protocolización.

En los casos de escrituras de protocolización, hay agregación física, material, al protocolo. Es un caso de interferencia *material*, pues a partir de la protocolización, lo que circula en el tráfico jurídico será una copia de dicho documento, y si se pierde esa copia se podrá obtener otra que la reemplace en el tráfico jurídico. En este caso, el documento adquiere los beneficios de la conservación y la custodia segura.

VI.4.e) Clasificación por el modo de otorgamiento.

Según el modo de otorgamiento de la escritura, podrán ser:

- a) Como negocio primario: en los negocios solemnes absolutos, junto a la escritura, nace el negocio, ej. donación de inmuebles (1810 CC).

- b) Como negocio de pago o de cumplimiento: en la elevación a escritura pública de un documento privado, puede estar un negocio de pago, ej. respecto de la última cuota adeudada de un negocio, se efectúa la escritura de cumplimiento.
- c) Como *renovatio contractus*: en aquellos negocios donde hay diferencias entre los acuerdos preliminares, que pueden haber existido entre los ahora otorgantes, y que expresa el contenido actual de la escritura constitutiva, vale este negocio nuevo, conociéndose esto en doctrina como teoría del "*renovatio contractus*".
- d) Como negocio de fijación jurídica: en cuanto la escritura fija las relaciones jurídicas que existen entre los otorgantes, ej. escritura de reconocimiento.

VI.4.f) Clasificación por el carácter de los intervinientes.

Por el carácter de los intervinientes en la escritura, se pueden clasificar en:

- a) Privadas: es el caso normal en que los particulares vienen al escribano, para que formalice la escritura. Es privada por su contenido, y pública por su forma.
- b) Administrativas: serán aquellas en las que interviene la Administración Pública, ej. ex Banco Hipotecario, Banco provincial, etc. Son casos en que interviene la Administración Pública a través de una de sus reparticiones, u órganos autárquicos. La escritura administrativa, comúnmente, es un contrato de adhesión.
- c) Judiciales: según la postura *subjetiva*, son aquellas en que interviene un juez como otorgante (ej. juicios de escrituración); según la postura *objetiva*, son aquellos que nacen en un proceso judicial, con independencia de que sea firmada por el juez.

CAPITULO VII. ACTAS NOTARIALES.

1. Concepto. 2. Fundamento legal. a) Concepto. 3. El hecho histórico. Distintos supuestos. 4. Actas y actos ilícitos. 5. Principio de matricidad. a) Formalidades. 6. Elementos personales. a) Notario. 1- Narración y redacción. Distinción de la labor del notario. b) Requirentes y Requeridos. c) Testigos y auxiliares. d) Diferencia con las escrituras. 7. Distintos tipos de actas. a) Actas de protocolización. 1- Clases de protocolización. 2- Protocolización legal. 3- Protocolización judicial. 4- Protocolización privada o particular. b) Actas de protesta y protesto cambiario. 1- Protesto cambiario. c) Actas de notificación. d) Actas de notoriedad. e) Actas de subsanación. f) Actas de depósito. g) Actas de entrega de testamentos cerrados. h) Otras clases de actas.

VII.1. Concepto.

Los documentos notariales, como hemos analizado *supra*⁷⁹, pueden clasificarse en originales y en reproducidos. Los documentos notariales originales, a su vez, pueden ser protocolares o extraprotocolares.

El acta notarial es un documento notarial original, que en principio es protocolar, pero que puede ser extraprotocolar como excepción. Desde luego, pues, es un documento público⁸⁰.

El CC en su redacción originaria no desconocía el acta notarial, aunque no la reguló en forma general, como sí lo hizo con la escritura pública. Sólo reguló un caso específico (3666 CC): el caso del testamento cerrado.

Actualmente, en el CC hay dos clases de actas reguladas: la originaria del testamento cerrado (3666 CC), que es extraprotocolar, y la de protocolización (Ley 15.875), que es protocolar. En el orden nacional, asimismo, hay otro tipo de acta

⁷⁹ Véase Ap. III.5. *Clasificación de los documentos notariales*.

⁸⁰ Sobre actas notariales, puede consultarse CURSACK, Eduardo Víctor, *Instrumentos públicos: actas notariales*. 10º Aniversario de la Academia Nacional del Notariado, p. 263 y ss.

regulada en el Código de Comercio (modif. por Decreto Ley 5965/63): el acta de protesto, de carácter protocolar.

VII.2. Fundamento legal.

Para asignarle el carácter de instrumento público a las actas, el 979 inc. 2º CC afirma que "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: ... Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado".

Las "leyes" a que hace mención tal inciso pueden ser nacionales o provinciales, siendo nacionales en la medida en que haya quedado dentro de la competencia específica de un funcionario nacional. La fuente de este artículo es el 688 inc. 2º del Esbozo de FREITAS, que expresa "son instrumentos públicos los documentos 'extraprotocolares' que hicieren 'los mismos' escribanos y otros funcionarios autorizados, en la forma y en los casos en que determine la ley.

Hay variaciones entre FREITAS y la redacción del CC. VÉLEZ SÁRSFIELD suprimió 'extraprotocolares', dando la posibilidad de que las actas sean de confección protocolar o extraprotocolar. Además, no habla de que sean hechas por 'los mismos' escribanos, sino que hace una extensión subjetiva en cuanto a quiénes pueden ser autores de los actos. Finalmente, no lo establece sólo para 'los casos' y con las formas que las leyes ordenen, pues se ha tratado de evitar el principio de tipicidad en materia documental.

Así, para VÉLEZ SÁRSFIELD, es instrumento público aquel que se encuentre regulado, sea nominado o innominado.

Por otra parte, el 979 inc. 2º CC remite a "las leyes". Se debe tener presente que las provincias pueden regular las solemnidades de los instrumentos públicos no regulados por el Estado nacional. En principio, la legislación de las actas está contenida en la ley local.

Todos los proyectos de CC, hasta el momento, han incluido la legislación de las actas. Encontramos en la legislación

nacional, además, la regulación de ciertos tipos de actas, casos sobre los cuales no pueden legislar las provincias.

Las formalidades propias de las actas están reguladas en la legislación provincial, que es la regulación general en este caso; mientras que la legislación nacional regula ciertos aspectos de acuerdo al tipo de acta de que se trate.

Las provincias tienen libertad de disponer que las actas deban hacerse en el protocolo, o que deban hacerse fuera del protocolo, pero actualmente todas las provincias coinciden en que se efectúen de manera protocolar.

VII.2.a) Concepto.

El Anteproyecto de documentos notariales (art. 40) conceptualiza las actas como "los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación, fijación y autenticación de hechos jurídicos, con excepción de los documentos cuyo contenido es propio de las escrituras públicas, y los que tienen designación específica"⁸¹.

La diferencia importante entre actas y escrituras no está en las formalidades, sino en su objeto, su contenido: las escrituras, formalizan declaraciones de carácter negocial; mientras que las actas, comprobaciones y fijación de hechos.

El Anteproyecto dice "autenticación". La autenticidad es un valor probatorio que otorga la ley; está insito, por lo que si no lo diría, igualmente sería auténtico. Hoy, existen actas que exceden el ámbito de la mera comprobación y fijación de hechos, pues existen actas de "calificación jurídica". Ellas, tienen que ver con la notoriedad de los hechos⁸². Hechos notorios son aquellos a los cuales no es necesario probarlos.

Hay situaciones de notoriedad no general, sino restringida (ej. una sumaria información, es un juicio de calificación jurídica). La tendencia actual es quitar estos casos de la órbita del Poder Judicial, para que éste se avoque

⁸¹ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

⁸² Véase Ap. VII.7.d, *Actas de notoriedad*.

exclusivamente a resolver conflictos. Actualmente, pues, los escribanos realizan actas de notoriedad.

Se debe agregar al concepto brindado, "que tengan por objeto la comprobación y fijación de hechos, y emitir juicios de calificación jurídica, en la medida en que tengan atribuida esa función. 'Comprobar' es percibir sensorialmente, y 'fijar' es declarar por escrito.

Continúa la definición excluyendo "aquellos 'documentos' cuyo contenido es propio de las escrituras públicas, y los que tienen designación específica". En realidad, se refiere a 'declaraciones de carácter negocial', y no a 'documentos'. Además, quedan excluidos otros documentos que tengan designación específica.

Otra definición de acta notarial es la que expresa que son "documentos notariales originales, que tienen por objeto comprobar y fijar hechos jurídicos, y en su caso, calificar la notoriedad de los mismos".

VII.3. El hecho histórico. Distintos supuestos.

Este punto se encuentra relacionado con la competencia del notario, en razón de la materia. Los hechos jurídicos son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones (896 CC), que pueden ser humanos (del hombre) o naturales.

El notario puede comprobar y fijar hechos de la naturaleza (ej. caída de granizo), pero lo que comprueba generalmente y fija son sus efectos o consecuencias (ej. el daño en la cosecha).

En cuanto a los hechos del hombre, éstos pueden ser voluntarios (realizados con discernimiento, intención y libertad), o involuntarios (realizados sin dichos elementos). El notario puede comprobar actos involuntarios (ej. de un demente), y también puede comprobar actos humanos voluntarios, siendo esto lo más frecuente.

VII.4. Actas y actos ilícitos.

Los actos humanos voluntarios pueden ser lícitos, o ilícitos. Los ilícitos pueden, a su vez, ser civiles o penales.

El notario puede comprobar el acto ilícito civil (ej. el deudor que no quiere pagar, o el acreedor que no quiere recibir el pago, labrar un acta de protesto por un pagaré, etc.). No obstante, no podrá el notario ser requerido para comprobar un ilícito penal que va a cometer el requirente (ej. un homicidio).

Siempre el escribano deberá expresamente demostrar que procederá a comprobar un ilícito de terceros, pues no debe actuar de manera clandestina o como cámara oculta.

En síntesis, el notario es competente para comprobar: a) hechos de la naturaleza, b) actos involuntarios, c) actos voluntarios lícitos, d) actos voluntarios ilícitos civiles, e) actos voluntarios ilícitos penales dependientes de instancia privada (72 CP⁸³), y de acción privada (73 CP⁸⁴).

VII.5. Principio de matricidad.

Las actas pueden ser extraprotocolares, por la posibilidad que tienen las provincias, en base a la remisión que hace

⁸³ Art. 72 CP: Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91. 2º) Lesiones leves, sean dolosas o culposas. Sin embargo, en los casos de este inciso se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. 3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando así resultare más conveniente para el interés superior de aquél. (redacción según Ley 25.087).

⁸⁴ Art. 73 CP: Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1. Calumnias e injurias; 2. Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3. Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge. (redacción según Ley 24.453).

nuestro CC (979 inc. 2º) hacia las jurisdicciones locales, en cuanto a regular el acta como documento extraprotocolar.

Desde el punto de vista doctrinario, y con evidente recepción jurisprudencial, es conveniente que sean reguladas por las leyes provinciales como documentos 'protocolares', ya que en principio la actuación del notario es siempre en el protocolo, y sólo en forma excepcional puede actuar fuera del protocolo, siempre que lo determine la ley.

La matricidad se concreta, en definitiva, en que el documento original que autoriza al notario queda archivado en dependencias del Estado provincial, y lo que circula en el tráfico jurídico no es este original, sino el traslado auténtico, o copia auténtica de ese original, que no es entregado al requirente, sino aquel que queda archivado temporalmente en el Registro Notarial, para posteriormente reservarse en los archivos del Estado provincial.

Casi todas las leyes provinciales, en la actualidad, regulan las actas como documentos 'protocolares', en el sentido de que sólo podrán hacerse fuera del protocolo aquellas actas que expresamente la ley autorice a realizar fuera de él, como acontece por ejemplo con el acta que se realiza en la cubierta del sobre que contiene el testamento cerrado (3666 CC).

El caso normado en el 1035 inc. 2º CC regula la fecha cierta para el caso de un reconocimiento de instrumento privado mediante un "reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren". Tal caso de documento notarial no se utiliza en la práctica, pues directamente se vuelve a firmar por la parte el documento al que se le pretende dar fecha cierta.

Se discutió doctrinalmente si la firma se debía reconocer con una escritura o con un acta: quienes sostienen que debe hacerse en acta, están divididos entre quienes promueven el acta protocolar, y quienes apoyan el acta extraprotocolar para el caso.

Pero lo cierto es que de la letra del artículo no surge que el reconocimiento deba hacerse en acta, aunque de hacerse en

acta ésta deberá ser protocolar. Por tanto, no es una excepción al principio de matricidad.

VII.5.a) Formalidades.

Son reguladas en el art. 57 de la Ley de Entre Ríos, y en el art. 42 del Anteproyecto⁸⁵. Para las actas, en principio, se aplican los requisitos de las escrituras públicas, salvo las excepciones que establezca la ley:

- a) *Se debe dejar constancia del requerimiento*, el cual debe ser preciso y determinado. No se debe actuar más allá de lo que se está autorizado.
- b) *Los requirentes no necesitan acreditar la representación o legitimación invocada.*
- c) *No se requiere unidad de acto ni de contexto*, en tanto un acta notarial puede separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico y dentro de un mismo día. Según el Anteproyecto, no se requiere unidad de acto, y los hechos pueden narrarse coetáneamente o con posterioridad en la escribanía, lo cual si bien será válido, no es lo más eficaz, pues es mejor percibir y narrar en el lugar, coetáneamente, para cumplir con el principio de inmediación. Esta es también la opinión de la jurisprudencia.

Si el acta se hace en base a notas, hay que guardarlas y tienen que coincidir perfectamente. Desde el punto de vista probatorio, lo peor es que el notario asista al lugar a percibir los hechos, y luego vuelva a la escribanía a redactar el acta sin nota alguna. La redacción en el lugar nos brinda la unidad de acto, mientras que el redactarlo luego en la escribanía no.

- d) Respecto a la identificación de requirentes y requeridos (Ley 6200 ER), *se deben hacer constar los datos del requirente que pide el CC*, es decir se debe acreditar la identidad (1001 y 1002 CC), y respecto del requerido colocar nombre y apellido, pudiendo el mismo no firmar el acta. El Anteproyecto no regula esta cuestión, por lo que se remite a

⁸⁵ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

lo normado para las escrituras públicas, si bien hay que ser más flexibles en este caso.

- e) *El notario deberá informar a los requeridos el carácter en que actúa*, pues la actuación notarial en ningún caso deberá ser clandestina.
- f) En las diligencias comprobatorias, *el notario puede estar solo*, pero siempre es mejor ir acompañado por el requirente, para el caso de que sea necesaria una ampliación del requerimiento.
- g) *Las actas son objeto de conformidad, y no de otorgamiento*, pues el requirente presta conformidad, o eventualmente disconformidad, con la diligencia comprobatoria realizada por el notario y el texto que la contiene. En cambio, las escrituras son materia de otorgamiento⁸⁶.

VII.6. Elementos personales.

Elemento personal del acta notarial es toda aquella persona referida en el documento notarial, y elemento instrumental sólo son las personas presentes en momentos de la audiencia en materia de escrituras, y respecto de las actas en algunos momentos en que se realizan las diligencias notariales.

VII.6.a) Notario.

El notario es el elemento personal imprescindible del acta notarial. Sin él, el documento es inexistente.

La función notarial tiene un aspecto fedacional o funcional, y un aspecto profesional. El primero está ligado al carácter de funcionario público, mientras que el profesional está vinculado a la labor de asesoramiento que, necesariamente, debe prestar el notario cada vez que actúa.

En las actas, frente al hecho o acto, el notario deja que transcurra declarando tal cual ocurren los hechos, sin ningún tipo de interferencias. En cambio, respecto de hechos y actos a formalizar en las escrituras públicas, el notario penetra en ellos, tratando de dilucidar cuál es el verdadero querer de las partes,

⁸⁶ Véase Ap. VI.2.b.3, *El otorgamiento de la escritura*.

para enmarcarlo en lo que el ordenamiento jurídico permite y admite, para que con ello sus declaraciones de voluntad otorguen plenitud de efectos, en actitud inherente.

En las actas, pues, respecto del asesoramiento, la labor del notario no es sólo labor fedataria, sino que entran en juego valoraciones y calificaciones jurídicas que el notario necesariamente deberá realizar, y que tienen relación con la licitud del hecho y con una correcta actuación profesional.

Generalmente, en la mayoría de los casos de actas, hay una prevalencia del aspecto fedatario sobre el profesional, cuestión que no acontece respecto de las escrituras públicas, donde hay un perfecto equilibrio entre uno y otro aspecto.

VII.6.a.1- Narración y redacción. Distinción de la labor del notario.

Se justifica esta distinción en función del distinto rol que asume el notario cuando comprueba los hechos y actos que darán lugar al acta, en cuanto contenido, en comparación a los que son las declaraciones de hechos o actos constitutivos de negocios jurídicos.

De realizar el notario su trabajo de forma similar a un grabador o a una filmadora o cámara fotográfica, sin ninguna dosis de subjetivismo ni apreciación personal, ni de valoraciones de ningún tipo, sino señalando las cosas como son, tal cual ocurren en su presencia o él mismo realiza, hasta con sus mismas imperfecciones, entonces se dice que en estos casos el escribano "narra".

En cambio, cuando la actitud del escribano es inherente, penetrando en o reformulando las declaraciones del requirente, y lo hace conforme a lo que el ordenamiento jurídico exige, escribiendo las expresiones correctas en boca de quienes corresponda y demás, en estos casos se dice que el notario "redacta".

En rigor, no se puede decir que en las escrituras sólo haya redacción, y en las actas sólo narración, desde que por ej. cuando el notario expresa en una escritura que 'están presentes A y B', o que 'tiene a la vista un certificado registral', o que 'en su

presencia se entrega dinero a B por A', está narrando. De todos modos, en rigor, en las actas es más importante el aspecto narrativo que el de redacción.

VII.6.b) Requirientes y Requeridos.

El **requiriente** es quien solicita la actuación notarial (principio de rogación). No hay función notarial de oficio, pues ésta siempre debe ser rogada. En materia de actas, el requerimiento debe ser expreso y circunstanciado, porque es la medida de la actuación del escribano en la diligencia comprobatoria de que se trate: su función tiene como límite el requerimiento.

Puede faltar la firma del requerido, pero en ningún caso la del requirente. El requerimiento debe ser previo, aunque sea por segundos, pero nunca posterior al estilo de una 'ratificación'.

El **requerido** es aquel sujeto instrumental que actúa en el documento, no por propia determinación, sino porque se lo solicita el escribano, o porque se lo solicitan otros sujetos instrumentales (los requirentes).

En virtud de esas circunstancias, la mayoría de las leyes notariales regulan su función en materia de actas, dándole facultad de identificarse o no al comparecer, de contestar o de no hacerlo, así como de firmar o no el acta de que se trate.

El escribano debe: a) identificar su carácter ante el requerido y señalarle lo que éste puede hacer; b) entregarle una copia posteriormente; c) lograr que el requerido reciba, dejando constancia.

Ante el caso de una comprobación en un lugar privado, sólo se podrá efectuar si el propietario lo posibilita, en cuyo caso se tendrá libertad de actuar. Pero si el titular se niega, se debe dejar constancia de ello, señalando las causas que pudiese o no indicar, respecto de las cuales cabe opinar si son o no justificadas, a criterio del escribano.

VII.6.c) Testigos y auxiliares.

Los testigos instrumentales actúan cuando lo pide el requirente, o lo entiende necesario el notario⁸⁷.

Los testigos rogados, por su parte, son aquellos que complementan la comprobación del escribano. Son peritos extrajudiciales nombrados por una sola de las partes, sin el contralor de la otra (ej. arquitecto que dictamina). Se utilizarán o no de acuerdo a las circunstancias del caso. Ello no impide que luego en un juicio se designe un nuevo perito que pueda emitir un dictamen diferente.

VII.6.d) Diferencia con las escrituras.

La distinción más importante entre las actas y las escrituras es que éstas formalizan actos o negocios jurídicos, mientras que las actas formalizan la comprobación y fijación de hechos o actos de carácter no comercial, o emisión de juicios de calificación jurídica⁸⁸.

A continuación, presentamos un cuadro comparativo de diferencias entre ambos instrumentos públicos:

ESCRITURAS	ACTAS
1.- Prevalece la redacción sobre la narración.	1.- Prevalece la narración sobre la redacción.
2.- Tienen unidad de acto y de contexto.	2.- No tienen unidad de acto ni de contexto.
3.- No es necesario que conste el requerimiento expresamente, porque puede estar implícito.	3.- Es necesario que conste en ellas el requerimiento de manera expresa y determinada.
4.- No presentan generalmente diligencias.	4.- Presentan, generalmente, diligencias previas.
5.- Son protocolares, en todos los casos.	5.- Pueden ser tanto protocolares como extraprotocolares.
6.- Presentan un equilibrio	6.- Presentan una prevalencia

⁸⁷ Véase Ap. VI.3.b.3, párrafo tercero, *Medios supletorios. Testigos de conocimiento.*

⁸⁸ Para un estudio de las diferencias entre ambos instrumentos, puede verse NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el documento público*, Buenos Aires.

entre el aspecto fedatario y el aspecto de asesoramiento profesional.	del aspecto fedatario por sobre el de asesoramiento profesional.
7.- Hay otorgamiento.	7.- No hay otorgamiento, sino prestación de conformidad o disconformidad.
8.- Es necesario en ellas no sólo invocar, sino también acreditar la representación que se invoca.	8.- No es necesario acreditar la representación que se invoca.
9.- El escribano interviniente debe exigir la acreditación de la identidad de los otorgantes.	9.- La necesidad de acreditar la identidad dependerá del hecho o acto a comprobar por el escribano.
10.- La firma del o de los otorgantes es absolutamente necesaria.	10.- La firma del requirente es necesaria, pero no lo es la del requerido.

VII.7. Distintos tipos de actas.

Entre los diversos tipos de actas, encontramos actas: de protocolización, de protesta y protesto cambiario, de notificación, de notoriedad, de subsanación, de depósito, de entrega de testamentos cerrados, y otras clases de actas.

VII.7.a) Actas de protocolización.

El notario puede protocolizar en escrituras o en actas. Si el objeto principal es la protocolización, se efectúa un acta; pero si la protocolización es un acto anexo, nos encontramos con una escritura.

La protocolización es accesoria en una escritura (ej. la minuta de los mudos o sordomudos, o quien no sabe el idioma nacional; o la concurrencia mediante apoderado, 1003 CC).

Cuando el objeto principal es que se incorpore al protocolo un documento, sea público o privado, que ha nacido fuera del mismo, se hace un acta de protocolización.

Existen tres modos diferentes de protocolizar: a) referenciando o relacionando el documento; b) transcribiendo el

documento; c) anexando o incorporando físicamente el documento.

Según la doctrina, protocolizar es la acción de incorporar físicamente al protocolo documentos que nacieron fuera de él. No sólo instrumentos privados, sino también instrumentos públicos (ej. subasta judicial, acta de remate).

La circunstancia de que un documento privado se protocolice no significa que el mismo, a partir de su protocolización, se transforme en documento público. Lo que sucede es que, a partir de la protocolización, comienza a poseer ciertos efectos de los instrumentos públicos, como el carácter de fecha cierta del mismo, pero no desde el origen del mismo sino a partir del momento de la protocolización.

La finalidad primordial del proceso de protocolización, comúnmente, es conservar el documento protocolizado. El requerimiento puede provenir: de un particular, de una orden judicial, o ser una protocolización oficiosa (esto último, en algunos casos, cuando la escritura es accesoria).

VII.7.a.1- Clases de protocolización.

Las clases de protocolización dependerán de dónde proviene el impulso para protocolizar:

- a) *protocolización legal*, es la ordenada por la ley (ej. 3677 CC);
- b) *protocolización judicial*, es la ordenada por un juez sin que haya una norma que lo determine (984, 1003 CC)⁸⁹;
- c) *protocolización privada*, es la solicitada por un particular (ej. 3690 CC);
- d) *protocolización oficiosa*, es la decidida por el notario por sí solo, siempre anexa a una actuación principal (escritura).

VII.7.a.2- Protocolización legal.

Tiene en cuanto a su procedimiento una regulación bastante general en el CC, en especial el 1003 2º parte del CC,

⁸⁹ Sobre la protocolización de escrituras otorgadas en el exterior, véase CABULI, Ezequiel, *Escrituras de compraventa e hipotecas otorgadas en el extranjero: protocolización. Formas. La intervención judicial*. Revista La Ley, Año LXVIII N° 133, 13-VII-2004, Buenos Aires, p 1 y ss.

necesidad de orden judicial previa. No se aconseja protocolizar un testamento en vida del testador.

VII.7.a.3- Protocolización judicial.

La protocolización judicial es la que no nace por disposición legal, sino porque el juez así lo resuelve. El documento privado seguirá siendo privado, pero con fecha cierta y matricidad (984 CC⁹⁴).

Por ejemplo, en el caso de propiedad horizontal, para transformar el dominio común al sistema de propiedad horizontal, será necesario un acto de afectación. Deberá ser nombrado un administrador (art. 9 inc. "B", Ley 13.512 de PH); tanto la designación como la remoción de dicho administrador, deberá efectuarse por escritura pública⁹⁵.

En la práctica, esto no se concreta, sino que se utiliza como título el acta de consorcio, por lo cual si el administrador designado se presenta ante la justicia el título es inhábil. Para solucionar tal cuestión, se realiza la protocolización privada de dicha acta de consorcio. En Buenos Aires, se lo solicita al juez, quien dispone la protocolización, y en tal caso el título es hábil. Este es un caso típico de protocolización judicial, sin respaldo legal.

VII.7.a.4- Protocolización privada o particular.

pueblos de la campaña ante el juez de paz, o ante un oficial municipal, debe mandarse protocolizar a solicitud de parte, sin ninguna otra diligencia previa.

⁹⁴ Art. 984 CC.- El acto bajo firmas privadas, mandado protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público desde el día en que el juez ordenó la protocolización.

⁹⁵ Art. 9 Ley 13.512: Al constituirse el consorcio de propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración, por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Dicho reglamento sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría no menor de dos tercios. Esta modificación deberá también consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El reglamento debe proveer obligatoriamente, por lo menos a los siguientes puntos: ... b) Determinar las bases de remuneración del representante y la forma de su remoción; debiendo nombrarse, en su caso, el reemplazante por acto de escritura pública...

La protocolización privada o particular es aquella que se efectúa sin orden legal ni judicial, sino por expresa solicitud del requirente del servicio notarial. Tiene, entre otros efectos, el de brindar fecha cierta al documento privado.

Las sociedades anónimas se deben constituir por instrumento público, pero normalmente se hacen por instrumento privado con firmas certificadas. Tal cuestión se puede solucionar solicitándole al juez que ordene la protocolización del documento privado.

VII.7.b) Actas de protesta y protesto cambiario.

El término genérico es "protesta", mientras que el "protesto" sería una especie de protesta. 'Protestar' significa manifestar disconformidad hacia un hecho o acto, hacia algo que nos pasa, que nos ocurre, que nos obligan a hacer o no hacer. En el acta de protesto, lo que se comprueba y fija es la declaración de disconformidad que manifiesta el requirente con un hecho que ocurre, o con un acto que le obligan a hacer o no hacer, o con un acto que otro está obligado a hacer y no hace, etc. con la finalidad de conservar derechos y acciones legales.

En el *derecho español*, cuando hay elecciones los notarios tienen que estar a disposición de los votantes para levantar actas de protesta de las personas que fueron a votar y no estaban en el padrón. Esta actuación es gratuita para el requirente, por disposición normativa. En *nuestro derecho*, cuando regía plenamente el principio "*solve et repete*" (pague, después repita) en materia tributaria, se pagaba bajo protesta, en disconformidad, y se podía levantar un acta de protesta. En el derecho marítimo, además, existe la protesta "contra el mar".

VII.7.b.1- Protesto cambiario.

El protesto cambiario se trata del protesto de la letra de cambio, los vales, y el pagaré, mas no del protesto del cheque, pues este último si bien existe, se limita al sello del banco de que se trate, cuya estampa indica que fue presentado y no había fondos, sin intervención de escribano alguno.

El protesto es la comprobación auténtica, de la falta de aceptación o pago de la letra de cambio, o de la falta de pago del pagaré (48 DL 5965/63).

Es importante en el protesto cambiario la certificación auténtica de la falta de aceptación o de pago del documento cartular, desde que el pagaré, los vales, y las letras debidamente protestados son títulos ejecutivos. Su regulación la encontramos en los artículos 48 a 67 del Decreto Ley 5965 del año 1963.

El protesto debe hacerse mediante acta que labrarán los escribanos en sus libros de protocolo. Existen dos tipos de protesto cambiario (63 DL 5965/63): a) el notarial, b) el bancario, que nunca ha tenido vigencia por falta de reglamentación.

Quien libra un pagaré o letra, tiene la opción de renunciar a esta posibilidad de protestar cambianamente, emitiéndolo con la cláusula "sin protesto" (50 DL 5965/63). Este es un acto liberatorio de propia voluntad, que ha encontrado numerosos fallos que han señalado que no obstante la inclusión de la cláusula, no le está prohibido al portador hacer el protesto, pero de hacerlo corre con los gastos del mismo, y no podrá reclamarlos. Lo corriente, hoy día, es la inclusión de la cláusula "sin protesto" en los pagarés, para dotar al documento de mayor ejecutividad.

Las acciones cambiarias son: a) *acción directa*, que es aquella contra el librador del pagaré y sus avalistas, b) la *acción de regreso*, que es aquella contra los endosantes del pagaré y los avalistas de dichos endosantes (46 DL 5965/63). Solidariamente, son responsables todos los firmantes y endosantes. El titular cartular puede dirigirse contra todos o contra algunos de ellos, desde que para la ley hay una 'solidaridad pasiva no mancomunada' (51 DL 5965/63). La acción de regreso queda abierta o se conserva a través del protesto en tiempo y forma.

La ley dice que sólo se protesta contra los obligados directos. Indica que protestado el librador, se debe comunicar el hecho auténticamente a todos los endosantes, para que sepan éstos que el obligado principal no pagó, y tomen los necesarios

recaudos ante esta falta de pago. La falta de aviso a través de notificación fehaciente en tiempo y forma torna a quien lo omite en responsable de los daños y perjuicios que sufra el endosante no notificado (49 DL 5965/63).

Se protesta contra el obligado directo. Hecho el protesto, se notifica de la falta de pago a quienes son los obligados de regreso: los endosantes. Protesta el tenedor, que es el portador material del documento, si bien no es el dueño del crédito. El portador legítimo es el dueño del crédito. El protesto por falta de aceptación lo puede hacer tanto el tenedor como el portador. En cambio, el protesto por falta de pago sólo puede hacerlo el portador o su representante.

En caso de falta de aceptación, se protesta contra el girado que debía aceptar la letra. Pero en caso de falta de pago, se protestará contra el girado que previamente aceptó, o contra el librador del documento (pagaré), o contra sus avalistas. Una vez realizado el protesto contra éstos (los obligados directos), se debe notificar a los endosatarios y sus avalistas (obligados de regreso). Esta notificación generalmente la hace el escribano.

Existen cuatro clases de libramiento: a) a día fijo, b) a cierto tiempo fecha, c) a la vista, y d) a cierto tiempo vista (35 DL 5965/63).

El protesto por falta de aceptación debe efectuarse en los plazos fijados para la presentación de la letra para su aceptación. El girado puede pedir que la letra le sea presentada para su aceptación, por segunda vez, el día siguiente al de la primera presentación (26 ap. 1º DL 5965/63). En tal caso, si la primera presentación hubiere tenido lugar el último día del pago, el protesto debe efectuarse al día siguiente.

El protesto por falta de pago, en el caso de letras pagaderas en día fijo o a cierto tiempo fecha o vista, deberá efectuarse en uno de los dos días hábiles siguientes al día en el cual la letra debe pagarse (48 DL 5965/63). Esto, porque el día de vencimiento es entero, y a favor del deudor. Así, no se debe protestar el documento el día de su vencimiento. Para el caso de

letra pagadera a la vista, el protesto es igual al efectuado por falta de aceptación.

El pagaré a la vista debe ser pagado a su presentación, y si no se debe hacer protesto. El beneficiario del pagaré tiene un año para presentarlo, luego prescribe su derecho (96 DL 5965/63).

Si el pagaré menciona el lugar de pago, ese será el domicilio indicado para el mismo. Si debajo de la firma tiene el domicilio del firmante, ese será el domicilio de pago. Pero si el pagaré no dice nada, existen diversas situaciones: a) si el notario conoce dónde vive el firmante, deberá hacer la diligencia allí; b) pero si no conoce dónde vive, se hace la 'diligencia ficta' (64 DL 5965/63).

Se debe requerir al firmante, o a los factores o dependientes, o al cónyuge o los hijos mayores (63 DL 5965/63). Los requisitos formales para realizar el acta de protesto cambiario son: a) es un acto protocolar, es decir se realiza en el protocolo; b) hacer constar los requisitos esenciales del 66 DL 5965/63, que no son todos los mencionados allí, sino sólo algunos, lo cual queda librado al prudente arbitrio judicial. Conforme dicho artículo, deberá contener:

- a) La fecha y hora del protesto,
- b) La transcripción literal de la letra de cambio, aceptación, endosos, avales y demás indicaciones que contuviese, en el mismo orden en que figuran en el título,
- c) La intimación hecha al girado y obligados para aceptar o pagar la letra, haciendo constar si estuvo o no presente, quién debió aceptarla o pagarla,
- d) Los motivos de la negativa para aceptarla o pagarla, o la constancia de que ninguna se dio.
- e) La firma de la persona con quien se entiende la diligencia o la expresión de su imposibilidad o resistencia a firmar, si la hubiera.

f) La firma del que protestare, o la constancia de la imposibilidad de hacerlo.

No es aconsejable reclamar el pago con el pagaré original, pues el deudor lo puede quitar y destruirlo.

Los efectos del protesto son: ejecutoriedad, y conservación de las acciones de regreso cartular.

VII.7.c) Actas de notificación.

Notificar significa hacer saber algo a alguien. Se debe distinguir, no obstante, la notificación *pública* (realizada por un funcionario público o quien ejerce función pública, ej. 133 inc. 1º CPCCER), de la notificación *privada* (donde el notificador no ejerce función pública).

En la notificación, se comprueba y fija cómo alguien hace saber algo a otra persona. Si estamos en presencia de una notificación pública, quien comprueba es el propio agente notificador. El notario es el notificador, de modo tal que hace un acta de su propio acto de notificación.

En nuestra materia, notificación pública es aquella donde quien hace la notificación está en ejercicio de una función pública, más allá de que el contenido de la misma pueda ser de derecho público o privado.

Acreditar que una persona se enteró de algo es frecuentemente difícil, pues es un proceso interno de la persona. En la notificación pública, se genera una presunción absoluta (*iuris et de iure*), por la que la entrega en tiempo y forma de aquello que se debía entregar significa que el notificado lo conoce, sin admitir prueba en contrario, aunque nunca se haya notificado realmente.

La notificación pública descarta la oralidad. Es un acto de entrega en el tiempo y lugar indicado de un papel, haya personas o no. En la última reforma al Código procesal nacional, se da la opción de que el abogado elija que la notificación la efectúe el oficial de justicia o un escribano. No hay una acordada de la Corte que regule las notificaciones por escribanos, por lo que tenemos dos opciones: a) que se rija por las leyes locales,

por la cual cada vez que el notario tenga la obligación legal de incorporar algún documento al protocolo, no lo puede hacer por sí mismo, sino que para ello debe mediar una orden judicial previa, y recién con esta orden y relacionando el documento de que se trate, es que podrá protocolizarlo.

Consiste en referenciar y agregar físicamente. En materia testamentaria, es conveniente además transcribir. Cuando la protocolización es un acto accesorio, no es necesario pedir la orden judicial previa (escritura). El 1003 2º parte CC, se aplica cuando la protocolización es el acto principal, y se debe hacer por acta.

Veamos algunos ejemplos:

- a) 1211 CC⁹⁰, instrumento público en el extranjero: viene con la traducción y legalizado, o con la 'apostille', para que sea inscripto, debe ser protocolizado por orden del juez competente (el del lugar de ubicación del inmueble). El juez debe designar al escribano que deberá hacer la protocolización. El adquirente puede elegir el notario, sino el juez lo elige de la lista. Según la legislación local, será o no necesario que el juez firme la escritura.
- b) 3129 CC⁹¹, hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros: se aplica el mismo procedimiento que en el caso

⁹⁰ Art. 1211 CC.- Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

⁹¹ Art. 3129 CC.- Puede también constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en países extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el artículo 1211. De la hipoteca así constituida debe tomarse razón en el oficio de hipotecas, en el término de seis días contados desde que el juez ordene la protocolización de la obligación hipotecaria. Pasado ese término la hipoteca no perjudica a tercero. La hipoteca constituida desde país extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República.

anterior, del 1211 CC. Estos dos artículos son las excepciones normativas a lo dispuesto por el 10 CC⁹².

- c) **3692 CC, testamento ológrafo:** la persona que detente el testamento ológrafo, deberá presentarlo ante el juez competente, quien llamará a testigos para que lo reconozcan (letra y firma), o bien se haga una pericia caligráfica. 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. El escribano al que alude es el Secretario del Juzgado (734 CPCCER). No obstante, otros códigos procesales mandan efectuar la protocolización de los testamentos ológrafos mediante escribanos públicos.

Se han generado dudas respecto a si deben girarse 'todas' las actuaciones. Para evitar nulidades e impugnaciones, o chicanas procesales, es aconsejable protocolizar todas las actuaciones, en la medida de lo posible, relacionándolas. Cuando de testamento ológrafo se trate, la protocolización implica: relación, agregación al protocolo, y transcripción. En cuanto a qué se debe protocolizar, hay diferentes posturas: a) el testamento ológrafo únicamente; b) todas las actuaciones judiciales, transcribiéndose, no agregando físicamente sino sólo el testamento (PELOSI).

- d) **3695 CC, testamento cerrado:** debe protocolizarlo un escribano público, lo que se protocoliza es únicamente el testamento. Excepcionalmente, los testamentos realizados por instrumento público, y que no lo sean por escritura pública (ej. 3655 y 3690 CC⁹³), pueden ser protocolizados sin

⁹² Art. 10 CC.- 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 esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República.

⁹³ Art. 3655 CC.- En los pueblos de campaña y en la campaña, no habiendo escribano en el distrito de la municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el juez de paz del lugar y tres testigos residentes en el municipio. Si el juez de paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la municipalidad con tres testigos. Art. 3690 CC.- El testamento por acto público, hecho en la campaña o en los

b) que se apliquen las normas de la acordada para agentes notificadores judiciales, lo cual parece ser la opción correcta.

Es absolutamente necesario para la validez de la notificación que se haga en el lugar correcto. En ciertas ocasiones, también será necesario que se haga en un determinado tiempo. Si la notificación se hace personalmente con el notificado de conformidad, no importará el lugar donde se efectúe el acto. Pero si además de notificar se solicita al requerido que haga o entregue o no haga o no entregue algo, estaremos en presencia de un "Acta de Requerimiento".

VII.7.d) Actas de notoriedad.

Se encuentra regulada en la Ley notarial de Entre Ríos, así como en el Anteproyecto (art. 51)⁹⁶. Cuando el notario actúa en la calificación de la notoriedad de un hecho, está saliendo de los cánones que constituyen su aspecto fedatario, por lo que lo que el notario al referirse a la notoriedad de un hecho, en realidad está calificando a tal hecho en cuestión como notorio; sin embargo, su intervención no lo convierte al hecho en notorio, sino que sólo lo está calificando como tal.

La notoriedad, así, es una calidad que ya le era propia de por sí al hecho, y lo único que hace el acto del oficial público de que se trate será el haber patentizado dicha notoriedad, mediante la declaración pertinente, respecto de la cual se debe remarcar que no es constitutiva de la notoriedad, sino meramente calificativa.

Calificar de notoriedad hechos y actos no es una potestad que tenga cualquiera, sino que es una facultad que la ley, en ciertos casos y circunstancias, atribuye a determinadas personas, que ejercen una función pública.

'Hecho notorio' es aquel que en materia jurisdiccional puede ser tenido en cuenta por el juez o tribunal para decidir, sin

⁹⁶ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

que sea alegado e incorporado al proceso judicial (ej. 610 CPCGER⁹⁷). La notoriedad puede ser general o restringida.

El hecho de *notoriedad general* es conocido por la generalidad de las personas, suponiéndose que aunque no lo conozcan todas las personas, pueden éstas anoticiarse recurriendo a medios normales de información.

En cambio, el hecho de *notoriedad restringida* no resulta patente en los medios normales de información, pues no hay un interés generalizado en ellos a su respecto, aunque si lo hay en una comunidad determinada. Los hechos de notoriedad restringida necesitan de un acto público que declare dicha notoriedad que en si mismo tiene el hecho.

La notoriedad es una calidad del hecho, que existe con anterioridad a la intervención del juez, notario, o autoridad que lo declara: el notario declara la notoriedad, pero no la constituye. Esta declaración o calificación debe ser realizada por una persona que tenga competencia material para ello, en base a un proceso de acumulación de pruebas (art. 51, Anteproyecto). Si de esa acumulación de datos el notario no está convencido de que el hecho sea público y notorio, deberá así expresarlo en el acta.

El notario puede declarar la notoriedad por vía de acta o de certificado. Por *acta* tiene la ventaja de que deja constancia de un proceso previo de acumulación de datos que servirá luego para terceras personas.

En el caso de declaración por vía de *certificado*, lo que el notario comprueba y fija es si el hecho realmente es público y notorio, o no lo es, así como si se supone conocido en el ambiente donde este hecho o acto tiene relevancia, generando un nivel de congoscibilidad por parte del grupo de que se trate. Como casos prácticos de declaraciones, encontramos:

⁹⁷ Art. 610 CPCGER: *Medidas Precautorias. Internación.* Cuando la demencia apareciere notoria e indudable, el juez de oficio adoptará las medidas establecidas en el artículo 148º del Código Civil, decretará la inhibición general de bienes y las providencias que crea convenientes para asegurar la indisponibilidad de los bienes muebles y valores.

- a) Tutela: en el discernimiento de la tutela, el juez no declara ningún derecho controvertido, sino que por ej. está opinando sobre si el abuelo materno puede o no ser tutor, en cuanto reúna o no las condiciones, amén de que acepte o no. Lo que aquí efectúa el juez es una declaración de notoriedad.
- b) Identidad de las personas: desde que, por ejemplo, puede acontecer que una persona tenga su apellido en el documento de identidad con errores ortográficos (una letra "s" en vez de una "z", por ejemplo), es una y la misma persona, se deberá opinar sobre dicha notoriedad de tal hecho, que es anterior a la declaración de notoriedad en sí. El juez aquí, lo único que debe hacer, es comprobar su veracidad, desde que esto no le consta como público y notorio, sino que deberá verificarlo. En rigor, será con la sentencia en un proceso de información sumaria, que diga que tal persona es una única y misma persona, por más que aparezca con error su documento de identidad.
- c) Sucesorio: declaratoria de herederos, el juez resuelve declarar tal notoriedad (que los pretendidos herederos son los herederos del causante) sin perjuicio de que posteriormente se presenten otros herederos a solicitar se les reconozca dicha calidad.

El tema de la notoriedad, en cuanto a su declaración, depende de su naturaleza y respecto a su legitimación, la cual en algunos casos será administrativa, en otros será jurisdiccional (ej. tutela, identidad de personas, declaratoria de herederos, etc.), y en otros lo será notarial (actas de notoriedad).

VII.7.e) Actas de subsanación.

La persona que ejerce una función pública se puede equivocar, pero igualmente los errores pueden ser corregidos. En materia de escrituras, la regulación de las correcciones se encuentra mejor desarrollada.

Se debe diferenciar los distintos momentos de percepción del error:

- a) *Corrigiendo, repasando, leyendo la escritura 'antes' de firmar*: se podrá efectuar un interlineado, testado, o enmendado, salvando al final siempre de puño y letra por el notario (1001 CC).
- b) *'Después' de firmar los otorgantes, pero 'antes' de autorizar el notario*: se podrá corregir el error, y luego deberán firmar nuevamente los otorgantes, y finalmente autorizará el notario.
- c) *'Después' de que hayan firmado tanto los otorgantes como el notario*: aquí encontramos diversas soluciones:
 - a. practicar una "escritura rectificatoria" (ej. del objeto de la compraventa del inmueble), deberá ser firmada por las mismas partes e inscripta también, de ser posible, firmando las mismas partes; aunque si fallecieron la solución será recurrir a una rectificación judicial;
 - b. efectuar un "acta de subsanación", ante los llamados errores materiales se podrá recurrir a un instrumento público con menos formalidades que la escritura. En las actas de subsanación, el notario puede salvar errores por sí mismo, sin necesidad de recurrir a la firma de los otorgantes de la escritura⁹⁸.

Con las actas de subsanación, se rompe el 'principio de homogeneidad', en cuanto se está cambiando o rectificando una escritura pública con otro instrumento público que no es escritura pública.

Persistencia del requerimiento. No es que el acta de subsanación sea un acta de oficio, cuando el notario la hace por sí mismo. Lo que sucede es que cuando el requirente hizo su requerimiento original al escribano, lo hizo para que éste actuara bien, y tal requerimiento persiste en sus efectos hasta el acta de subsanación, con la cual el notario salva sus propios errores.

⁹⁸ GATTARI, Carlos Nicolás, *Práctica notarial*, en particular el Tema I, *Actos de subsanación*, Buenos Aires, 1988.

Desde el punto de vista legislativo, no está expresamente contemplada esta solución, pero tampoco está prohibida, por lo que se entiende está permitida. El acta de subsanación no se debe utilizar para cualquier asunto, sino sólo para corregir errores materiales, donde de ningún modo y en ningún caso se modifique la declaración de voluntad constitutiva del negocio formalizado de que se trate, porque evidentemente para ello se necesitará una escritura rectificatoria, complementaria o aclaratoria⁹⁹.

Mediante acta de subsanación, de ningún modo podrá el notario interferir cambiando por sí solo la declaración de voluntad del negocio instrumentado. Dentro de los parámetros generales de nuestra doctrina y jurisprudencia, así como de la legislación vigente, no se prohíben estas subsanaciones por acta, salvo respecto a su extensión, desde que de ningún modo podrán tener trascendencia hacia el negocio.

El hecho de que puede intervenir otro escribano o deba ser el mismo, dependerá del caso en particular de que se trate.

VII.7.f) Actas de depósito.

Frecuentemente el notario es depositario de diversas cosas. Este hecho se documenta, normalmente, con un recibo, que es un instrumento privado. Pero a partir de la legislación española y su influencia, se regula que el notario puede autorizar "actas de depósito", donde él autoriza y es depositario, es decir parte contratante dentro del contrato de depósito autorizado.

En Argentina, no obstante, encontramos un primer problema: el 985 CC establece el principio de imparcialidad: son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto 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.

⁹⁹ Sobre las clases de escrituras, véase Ap. VI.4.b). *Clasificación por la finalidad.*

En Capital Federal, este tipo de actas están expresamente prohibidas. El Anteproyecto las regula (art. 58)¹⁰⁰. Respecto a la posibilidad de que la legislación provincial las regule como excepción a la ley nacional, la opinión doctrinal es dividida: a) Según notarios de Capital Federal, es inviable este tipo de actas, pues no son admitidas legalmente; b) Según Norberto MONSEÑOR, como las actas no están reguladas en el CC, cuando las provincias regulan las actas, están ejerciendo facultades originarias, por lo que pueden consagrar excepciones al 985 CC.

El depósito es un contrato real, pues se configura con la entrega de la cosa (2190 CC). Según una opinión, para dar cabida a este tipo de actas es que el acta de depósito no es configurativa del contrato de depósito, sino que es prueba del acto de entrega. Pero se observa que este razonamiento no es válido. Por la jerarquía de las normas, no es válido hacer este tipo de actas.

VII.7.g) Actas de entrega de testamentos cerrados.

Las actas de entrega de testamentos cerrados están reguladas por el 3666 y 3667 CC. Lo que aquí se comprueba y fija en el acta que se labra en la cubierta del sobre que contiene el testamento cerrado dependerá:

- a) *si el testamento es puesto dentro del sobre en presencia del notario, sea por el mismo testador o por el notario, cerrándose en presencia de este último, se comprueba este hecho;*
- b) *si se encuentra cerrado con anterioridad, reconociéndose en todo caso el testado que el documento que contiene es su testamento cerrado, se comprueba este hecho.*

Procedimiento. Producido luego el fallecimiento del testador, se debe presentar por el notario ante el juez del último domicilio del causante el sobre cerrado, quien deberá llamar al

¹⁰⁰ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

notario y a los testigos para que reconozcan sus firmas en el acta, procediéndose luego a la apertura y mandarlo a protocolizar, conforme al 3693, 3694 y 3695 CC.

Todo el que tenga algún interés en el testamento cerrado, puede pedir al juez que se abra (3693 CC). El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después que el escribano y los testigos reconozcan ante el juez, sus firmas y la del testador, declarando al mismo tiempo si el testamento está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó. Si no pueden comparecer todos los testigos por muerte, o ausencia fuera de la provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte de ellos y del escribano (3694 CC). Si por iguales causas no pudieren comparecer el escribano, el mayor número de los testigos, o todos ellos, el juez lo hará constar así, y admitirá la prueba por cotejo de letra. Cumplido esto, el juez rubricará el principio y fin de cada página, y mandará protocolizar el testamento y dar a los interesados las copias que pidiesen (3695 CC).

Contenido. En la breve acta que el notario labra en la cubierta del sobre que contiene el testamento cerrado, deberá expresarse: nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del firmante a ruego (si lo hubiere), y lugar, día, mes y año de su otorgamiento.

VII.7.h) Otras clases de actas.

Actas de presencia y comprobación. Las actas de presencia y comprobación son una de las clases más frecuentes de actas. Se habla de comprobación, en tanto y en cuanto toda acta significa comprobar, salvo aquellas que tienen contenidos distintos, toda acta implica un acto de comprobación. El notario, en esta clase de actas, constata por ej. que existe una determinada cantidad de mercadería en un depósito.

Doctrina y jurisprudencia han querido incluir aquí la llamada "*Acta de presencia*", pues ambas tienen en común el hecho de que se efectúa una comprobación, pero se diferencian por la distinta actitud y actividad que desarrolla el notario: en

ocasiones, debe asumir un rol pasivo, porque lo dinámico es el hecho o acto que se comprueba (ej. cuando se debe hacer un acta por un sorteo, donde lo comprobado es el sorteo en sí, y la actividad del notario es pasiva; son casos en los que el notario hace un 'acto de presencia', pues su actitud es presenciar lo que ocurría ante él); en otras ocasiones, cuando lo pasivo es el hecho que el notario comprueba, y lo dinámico es la actividad o diligencia comprobatoria, nos encontramos con lo que específicamente se denomina '*acta de comprobación*'.

De todos modos, cabe concluir que más allá de las distinciones posibles, el acta de presencia, el acta de constatación, y el acta de comprobación, son una misma clase de actas.

CAPITULO VIII. DOCUMENTOS EXTRAPROTOCOLARES.

1. Concepto. 2. Fundamento legal. a) Formas de registraci3n. 3. Clases. a) Certificados. Concepto. 4. Registraci3n de la actuaci3n extraprotocolar. a) Formalidades. b) Clases de certificados. 1- Certificados de Autenticaci3n de firmas e impresiones digitales. 2- Certificaci3n de firmas y documentos total o parcialmente en blanco. 3- Documento en otro idioma. 4- Certificados de autenticaci3n de impresiones digitales. 5- Certificados de existencia de personas. 6- Certificados de existencia de fotografias y reproducciones. 5. Principio de comunicaci3n del documento notarial. a) Modalidades. b) Traslados notariales. c) Copias. Distintas clases. Efectos. 1- Primer copia. 2- Ulteriores copias. 3- Copias simples. 4- Testimonios.

VIII.1. Concepto.

Los documentos notariales, como se analiz3 *supra*¹⁰¹, pueden clasificarse en originales y reproducidos. Los documentos notariales originales, a su vez, pueden ser protocolares (ej. escrituras, actas), o extraprotocolares (ej. certificados, ciertas clases de actas).

El documento extraprotocolar tiene como caracteristica principal diferenciadora de los protocolares, su dimensi3n papel, pues no es parte del protocolo.

Se denomina documento extraprotocolar a aquel que tiene su dimensi3n papel fuera de ese elemento material creado por el CC, que es el Protocolo. Es una excepci3n al principio general por el cual los documentos notariales deben hacerse en el protocolo (998 CC), y esto porque la ley expresamente lo admite (979 inc. 2º CC), regul3ndolos como instrumentos p3blicos a realizar fuera del protocolo, asign3ndoles las formalidades que en cada caso la norma determine.

VIII.2. Fundamento legal.

¹⁰¹ Véase Ap. III.5, Clasificaci3n de los Documentos Notariales.

El 979 inc. 2º CC dispone que “son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las ‘leyes’ hubieren determinado”. Según GATTARI, mientras las escrituras públicas son necesariamente protocolares y las actas pueden o no serlo, en base a este inciso, la doctrina notarial ha elaborado la existencia de documentos extraprotocolares¹⁰². Respecto a las leyes a que alude, se ha sostenido que son las leyes locales las que regulan estos instrumentos.

Por si solo, este inciso 2º no tiene virtualidad suficiente como para fundar en él el carácter de instrumentos públicos que pretendemos asignar a estos documentos extraprotocolares, en tanto y en cuanto no se cumpla por la ley local el mandamiento de este mismo inciso: será instrumento ‘público’ en la medida en que haya una ley local o nacional que regule algún tipo de documento extraprotocolar, y lo haga como instrumento público.

Así, el 979 inc. 2º CC funciona como norma fundante, pero no como norma operativa, pues desde que no basta por sí sola a este respecto, sino que necesita de la consiguiente regulación de carácter reglamentario por alguna ley local o nacional, según los casos, que regule el tipo de documento y las solemnidades. Si no hay en la ley local o nacional una regulación del documento extraprotocolar como instrumento público, es muy difícil sostener tal carácter a su respecto.

Los documentos extraprotocolares son documentos notariales en la medida en que estén regulados como tales por la legislación vigente. Según GATTARI, el documento extraprotocolar es el que autoriza el notario en original con las formalidades legales o de práctica, con el fin de certificar sintéticamente por evidencia funcional, firmas puestas en documentos privados, existencia de depósitos, documentos públicos y privados, y otros actos.

¹⁰² GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, ob. cit.

Únicamente se autorizan como documentos notariales fuera del protocolo a aquellos que la ley expresamente así les considera y regula (ej. el certificado). En el caso de las certificaciones notariales de firmas, lo que circula en el tráfico jurídico es el original, pero como es aconsejable que el notario conserve algún documento respecto a su actuación, se aconseja guardar copias. De todos modos, la ley ordena registrar estas actuaciones extraprotocolares.

VIII.2.a) Formas de registración.

En la provincia de Santa Fe, ha existido una evolución al respecto:

- a) Anteriormente, los notarios debían llevar un cuaderno habilitado por el colegio, donde se asentaban las certificaciones (ej. que 'certifiqué las firmas de A y B'). El inconveniente era que, por ejemplo, cuando estas certificaciones eran requeridas por la Justicia, no daban fecha cierta porque no eran contempladas en el 1035 CC directamente, con lo cual no resultaba un elemento indubitable de por sí, que generase certeza frente a terceros respecto a la fecha del mismo, en cuanto no era más que una declaración unilateral y exclusiva del notario, no siendo suficientes las formalidades utilizadas.
- b) En una segunda etapa, se comenzó a exigir la firma del requirente.
- c) Posteriormente, cada vez que el notario actuaba fuera del protocolo, ante el requerimiento o rogación que le formulaban, no podía hacerlo en cualquier papel o base material, sino que debía labrar un 'acta de requerimiento' en un papel habilitado, rubricado y sellado por el Colegio. En algunas provincias, estas bases materiales se denominan 'actas de intervenciones extraprotocolares', o 'registro de intervenciones', reduciéndose estas distintas denominaciones a un acta donde se identifica: quién se pide la actuación extraprotocolar, indicándose allí en qué consiste dicha actuación del notario fuera del protocolo, pues certifica

firmas al pie de un documento (ej. contrato de locación), o certifica copia de documentos (ej. títulos académicos, etc.).

En la provincia de Santa Fe, la registración de la actuación extraprotocolar se hace mediante la formulación de la rogatoria en acta, que consta en el Registro de Intervenciones, el cual está habilitado, rubricado y numerado como si fuese un protocolo auxiliar.

VIII.3. Clases.

Existen diversas clases de documentos extraprotocolares: a) el certificado, o certificación notarial, b) el acta notarial, cuando una ley expresamente autorice que la misma se efectúe fuera del protocolo.

Según PELOSI¹⁰³, en lenguaje corriente las palabras 'certificado' y 'certificación' se emplean con idéntico sentido, como acción y efecto de certificar.

VIII.3.a) *Certificados. Concepto.*

Según el art. 62 del Anteproyecto, los certificados sólo contienen declaraciones o atestaciones del notario. Tienen por objeto afirmar, de manera sintética, la existencia o acontecimiento de hechos, documentos, cosas o situaciones jurídicas relevantes, percibidas sensorialmente por el notario.

ACTAS	CERTIFICADOS
Es circunstanciada	Es sintético
Contiene declaraciones del notario y del requirente (documento notarial de círculo abierto)	Contiene sólo declaraciones del notario (documento notarial de círculo cerrado)
Se hace en principio en el	Siempre se efectúan fuera del

¹⁰³ PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, ob. cit.

protocolo, y excepcionalmente fuera de él.	protocolo.
--	------------

Así, los certificados sólo tienen declaraciones o atestaciones del notario (documento de círculo cerrado), es de narración sintética, y tienen un objeto amplio (hechos, actos o situaciones jurídicamente relevantes).

VIII.4. Registración de la actuación extraprotocolar.

La actuación notarial extraprotocolar se registra en el Registro de Intervenciones. El requerimiento para que se actúe fuera del protocolo debe quedar asentado en ese registro de intervenciones bajo forma de acta, en forma sintética, con firma del requirente. Después se hace la actuación extraprotocolar en distintas bases escriturarias, según el tipo de certificado.

Por ejemplo, para certificación de firmas o de documentos, se utiliza un papel especial que se adquiere en el Colegio de Escribanos. Para otro tipo de certificaciones, en cambio, se puede utilizar cualquier clase de papel.

Es necesario que haya una 'recíproca interferencia' entre el registro de intervenciones y la actuación extraprotocolar. En Santa Fe, en la foja de certificación, se debe aludir al acta que figura en el registro de intervenciones.

VIII.4.a) Formalidades.

Las formalidades de esta clase de actuación extraprotocolar, son las comunes a todos los documentos públicos, con más aquellas específicas de cada certificado.

VIII.4.b) Clases de certificados.

Existen diferentes clases de certificados: a) de autenticación de firmas e impresiones digitales, b) de existencia de personas, y c) de fotografías y reproducciones.

VIII.4.b.1- Certificados de Autenticación de firmas e impresiones digitales.

Hay dos métodos mundiales que se pueden utilizar: a) *presencialmente*, que el certificador certifique que la firma es puesta en su presencia por el firmante, o b) *comparativamente*, que el certificador certifique por comparación con una firma que tiene en un registro y que fue puesta en su presencia.

En el derecho español, se puede utilizar cualquiera de ambos métodos, pero en nuestro derecho sólo se acepta el primer método: es absolutamente necesario que la firma sea puesta en presencia del notario, pues no hay posibilidad legal de certificar por comparación.

Cuando el notario certifica firmas, como hecho material, deberá garantizar también quién firma, y lo podrá hacer por dos vías: a) dando fe de conocimiento, o b) si no lo conoce al firmante, solicitándole su documento de identidad. En Santa Fe, se identifica con el documento (DNI), escribiéndose el número del mismo, y es aconsejable reservarse una copia simple del mismo. Se debe agregar, asimismo, que se labró acta en el registro de intervenciones, su número y fecha. El notario no deberá certificar firmas en documentos que deban tener otra forma jurídica determinada según la ley (ej. contrato de donación de inmuebles, realizado en documento privado, 1810 CC).

VIII.4.b.2- Certificación de firmas y documentos total o parcialmente en blanco.

Algunos Colegios de Escribanos han prohibido la certificación de documentos que se encuentren total o parcialmente en blanco, pero el CC lo permite.

La firma puede ser dada en blanco antes de la redacción por escrito. Después de llenado el acto por la parte a la cual se ha confiado, hace fe siendo reconocida la firma (1016 CC). El signatario puede, sin embargo, oponerse al contenido del acto, probando que las declaraciones u obligaciones que se encuentran en él, no son las que ha tenido intención de hacer o de contratar. Esta prueba no puede ser hecha con testigos (1017 CC). La nulidad de las declaraciones u obligaciones del signatario del acto que el juez decretare en virtud de las pruebas

dadas, no tendrá efecto respecto de terceros que por el acto escrito hubiesen contratado de buena fe con la otra parte (1018 CC).

Sin embargo, no se aplican el 1017 y 1018 CC si el papel que contenga la firma en blanco hubiese sido fraudulentamente sustraído a la persona a quien se hubiese confiado, y llenándose por un tercero contra la voluntad de ella. La prueba de la sustracción y del abuso de la firma en blanco puede ser hecha por testigos. Las convenciones hechas con terceros por el portador del acto no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fe (1019 CC).

Cuando se firma en estas condiciones un documento, el notario debe ser explícito en qué rubros se encontraba en blanco. Como mínimo, se debe expresar lo que está en blanco en la foja de certificación, y si también se hace en Registro de Intervenciones, mejor aún.

VIII.4.b.3- Documento en otro idioma.

Si a un notario le solicitan que certifique firmas en un documento escrito en otro idioma, éste puede pedirle a las partes que traigan una traducción hecha por un traductor, aunque no sea oficial, y ésta se agregará al Registro de Intervenciones.

VIII.4.b.4- Certificados de autenticación de impresiones digitales.

No se pueden certificar impresiones digitales en lugar de las firmas, pues estas últimas son requisito esencial de los documentos privados: la firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos (1012 CC).

En principio, el notario no puede certificar impresiones digitales en instrumentos privados, pero tal principio cae en situaciones en que una norma autorice para un caso concreto que la impresión digital reemplace a la firma, como acontece: a) en la legislación laboral, ej. recibos de sueldo; b) en ciertos

trámites previsionales; c) en el ámbito de la propiedad automotor, ej. Formulario F08¹⁰⁴.

VIII.4.b.5- Certificados de existencia de personas.

La certificación de existencia de personas se solicita fundamentalmente en el ámbito previsional. Hay dos formas en el derecho comparado:

- a) el notario, que afirma que vio a una persona días atrás, así lo declara ante el requerimiento de un interesado. Pero, ¿puede emitirse fe de vida, a un día y hora determinados y pasados? La respuesta es negativa, pues sería dar fe de vida por recuerdo, cuestión que no está admitida por la legislación nacional.
- b) El notario certifica que una persona vive, cuando está ante su presencia, cuando lo está viendo. Aquí juega el principio de 'coetaneidad'. La persona a la cual el notario le va a dar certificado de fe de vida tiene que estar en su presencia. Además, se debe dar fe de conocimiento, o bien identificarse a la persona. Debe acreditarse por el notario la identidad de quien vive. En Santa Fe, para hacer esto no se requiere de ningún papel especial, en cuanto base material, sino que puede hacerse en cualquier papel adecuado para ello. De igual modo, se deberá agregar que se labró acta en el Registro de Intervenciones.

VIII.4.b.6- Certificados de existencia de fotografías y reproducciones.

En el caso de fotografías, el notario certifica su propio hecho de cotejarlas con lo fotografiado. Se comparan las fotografías con la realidad.

VIII.5. Principio de comunicación del documento notarial.

¹⁰⁴ Sobre el régimen jurídico del automotor, puede verse PESUTO, Hermo Luis, *Régimen Jurídico del Automotor*, Paraná, Entre Ríos, octubre de 2005, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, distribuido en septiembre de 2008.

El principio de comunicación del documento notarial es un principio relacionado con el principio de matricidad. Este principio de matricidad se expresa a través de aquellas situaciones en las que el documento notarial original queda en poder del notario interviniente, para terminar siendo archivado en el Archivo de Protocolos del Colegio que corresponda, sin ser entregado a las partes. Esto, respecto a las escrituras y ciertos tipos de actas, pero no respecto a otros tipos de actas y los certificados.

Puede acontecer, no obstante, que una persona requiera al notario interviniente la entrega de la escritura original, pues generalmente quienes no son expertos en derecho confunden los términos y llaman escritura original a lo que en realidad es la primer copia de la misma.

El principio de comunicación escrita funciona conjuntamente con el principio de matricidad, en cuanto el notario conserva el documento original y entrega a la parte interesada un documento escrito que reproduce el documento original. Son los llamados 'traslados', que hemos analizado *supra*¹⁰⁵.

Los documentos reproducidos tienen fe pública derivada, y no original, porque la misma deriva de otro documento en cuanto sea concordante con este otro tipo de documento. Fundamentalmente, acreditan la existencia y literalidad de un documento original al cual se refieren, al cual reproducen, y es su fe derivada, pues vale en tanto concuerde con el original, sirviendo así en el tráfico jurídico para la acreditación de hechos y actos que ya han sido materia de documentación.

VIII.5.a) Modalidades.

Las modalidades son las siguientes: a) vía oral (la lectura en la audiencia, 1001 CC); b) vía visual (es un derecho de los otorgantes a que se les exhiba el documento); c) vía escrita (el llamado 'traslado' notarial, o copias).

¹⁰⁵ Véase Ap. III.5, Clasificación de los Documentos Notariales. Asimismo, véase Ap. VIII.5.a), *infra*.

VIII.5.b) Traslados notariales.

El término 'traslado' es la denominación genérica de la comunicación por escrito (copias y testimonios). Los traslados podrán ser: a) primera copia, b) posteriores copias, y c) copia simple.

VIII.5.c) Copias. Distintas clases. Efectos.

'Copia' es la reproducción literal, sea total o parcial, de un documento original protocolar matriz¹⁰⁶. Se efectúan reproducciones parciales cuando las leyes así lo autorizan (ej. en un caso de división de condominio, se puede omitir todo aquello que no importe al interesado).

El CC, al final de la nota al 997, expresa que se llama escritura 'matriz' la que extiende el escribano en el libro de registros que los romanos llamaban 'protocolo', el cual según las leyes de Partidas y Recopilación, debe siempre quedar en poder del escribano sin entregarse nunca a las partes, la copia sacada de esta escritura se llama 'original', y en los casos en que es permitido sacar copia del original, la copia se llama 'traslado'.

Nuestro CC únicamente regula las copias autorizadas, llamadas también 'primera copia', y las denominadas 'segundas' o posteriores copias, pero no regula las llamadas 'copias simples'. Todas las copias tienen en común el ser reproducciones literales, totales o parciales, que acreditan la existencia de un documento original, pero se diferencian en cuanto al valor y los distintos efectos que tienen para y en el tráfico jurídico.

En la expedición de una primera, segunda o posterior copia, media la utilización del llamado 'Concuerdia'¹⁰⁷. En

¹⁰⁶ La nota al 997 CC expresa que "por el derecho español había oficiales públicos que sólo ellos podían extender escritura relativa a las cosas municipales, y se llamaban escribanos de cabildo. Los archiveros públicos son también como escribanos públicos, los únicos que pueden dar copias en forma de los actos que se hallen en los archivos públicos. Así, las leyes y ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales".

¹⁰⁷ El 'Concuerdia' es la cláusula que redacta el notario, que tiene por objeto relacionar el documento que se encuentra en el protocolo, con la copia del mismo que extiende al interesado.

cambio, la copia simple no tiene 'concuenda', sino simplemente un sello de 'copia fiel', con indicación de para quién y con qué destino se expide.

VIII.5.c.1- Primer copia.

La primer copia es la que expide el notario por vez primera, sobre el negocio de que se trate, para quien esté legitimado para tenerla. La segunda o ulterior copia se entrega en caso de pérdida o mal estado de la primer copia.

Tanto las primeras, como las segundas y ulteriores copias, son título ejecutivo del derecho invocado, y tienen efecto subrogatorio con respecto al original. La copia, pues, en la medida en que concuerde con el original, tiene el mismo efecto que éste. Si se pierde el original se deberá reconstruir el protocolo, de acuerdo al procedimiento que establece el CC y que hemos analizado *supra*, pudiendo incorporarse la primer o las ulteriores copias, pero nunca la copia simple.

La copia simple no tiene valor como título del derecho subjetivo, y por lo tanto no pueden ejercerse las facultades que son su contenido.

El escribano debe dar a las partes que lo pidiesen, copia autorizada de la escritura que hubiere otorgado (1006 CC). Así, mientras el notario detente el protocolo, deberá dar copia a las partes que lo pidiesen; en su caso, la dará el regente o interino a cargo, cuando el notario titular esté de licencia. En las provincias donde se admite la adscripción, también podrá darla el notario adscripto. En caso de fallecimiento del notario sin haber expedido copias de escrituras ya autorizadas, el Colegio incauta el protocolo y expide las copias.

Una vez que finaliza el término de custodia del protocolo por el notario, el mismo pasa al Archivo y sólo dicho organismo podrá expedir copias.

Las copias se expiden para las partes que lo pidiesen. Aunque las partes no lo hagan, debe el notario expedir copia, para cumplir con su deber legal de inscribir el título en el registro, operando esto como un deber funcional. Al notario no le es

posible estar esperando a que se lo requieran, sino que debe hacerlo inmediatamente (siempre dentro de los 45 días). No se deben dar copia a las partes que así lo pidiesen, sino sólo a aquellas partes interesadas para quienes la copia pasa a ser el título formal de su derecho subjetivo.

Por ejemplo, cuando varias personas compran en condominio, habrá tantas primeras copias como condóminos haya, conforme al acto autorizado. En los actos unilaterales, siempre debe darse copia al otorgante (ej. al poderdante). Si se constituye una sociedad anónima, se deberá dar una copia para cada socio.

VIII.5.c.2- Ulteriores copias.

La segunda o ulterior copia se expide para el interesado en el documento notarial, en caso de extravío, pérdida, sustracción o mal estado de la primer copia. La ulterior copia debe ser expedida por el notario o el archivo. Debe pedirla el titular. Quien la pida, tiene que acreditar con un informe registral que sigue siendo el titular.

Ante el pedido de la ulterior copia, el titular deberá invocar alguna de la causales para solicitarla (ej. pérdida o destrucción de la primer copia, etc.). No se necesita la denuncia policial o judicial, pues es válida la simple manifestación.

El notario debe expedir la segunda o ulterior copia sin ninguna reserva, cuando no hay obligaciones pendientes, y no tiene derecho para investigar nada más que la justificación del interés. Pero si el instrumento contuviere obligaciones pendientes, la segunda copia no podrá darse sin autorización expresa del juez (1007 CC).

Toda copia debe darse con previa citación de los que han participado en la escritura, los cuales pueden comparar la exactitud de la copia con la matriz. Si se hallasen ausentes, el juez puede nombrar un oficial público (ej. secretario del juzgado) que se halle presente al sacarse la copia (1008 CC). Así, será el procedimiento judicial o extrajudicial, según encontremos o no obligaciones pendientes.

VIII.5.c.3- Copias simples.

La copia simple es la que da a conocer la existencia y literalidad de un documento matriz, siendo su valor básico el informativo para diversos usos. Las copias simples que son reproducciones literales del original, acreditan la existencia y literalidad de éste, pero no le subrogan a este original, ni habilitan el tráfico jurídico para el ejercicio de las potestades, acciones y derecho del cual el documento es título, si bien sirven para un fin determinado.

Existen dos clases de copias simples: a) las que se emiten por requerimiento de los jueces o tribunales con potestad para solicitarlas, y b) las que se emiten por requerimiento de los particulares interesados.

Ambas serían en principio instrumentos públicos, a tenor del 979 inc. 2º CC, sin embargo la copia simple es un instrumento público sólo en la medida en que la ley local así lo regule, pues aquella copia que sólo dice 'copia simple', sin indicar para quién y para qué se expide, no es más que una copia informativa que acredita la existencia de un original.

Las copias simples tienen una finalidad determinada, pero no sirven en el tráfico jurídico en cuanto no tienen efecto subrogante con relación al documento original. El efecto subrogante significa que en la medida en que la copia coincida con el original, no es que le sustituya, sino que tiene idéntico valor, otorgando por sí todas las facultades y acciones que son contenido del derecho subjetivo del cual el documento de que se trate sea continente.

La copia simple, en cambio, no tiene este efecto subrogatorio, pues acredita la existencia y literalidad del original, pero no habilita para el ejercicio de las facultades y acciones que constituyen el contenido del derecho subjetivo: se expiden para un fin determinado, siendo únicamente utilizable en el ámbito del fin determinado de su emisión, indicado en su nota de expedición.

VIII.5.c.4-Testimonios.

Los testimonios existen en el derecho comparado, y están contemplados en el Anteproyecto. En nuestro derecho, la palabra 'testimonio' se refiere a dos tipos o fenómenos distintos:

- a) Testimonios por o en relación: extracto o certificado, que es una copia sintética e ideológica del original.
- b) Testimonios por o en exhibición: que son aquellos que se suelen denominar 'certificación de copias'.

En nuestros usos y costumbres, cuando hablamos de testimonios, hablamos de primera, segunda o ulteriores copias, y en cuanto a las clases de testimonios (en relación y en exhibición) más se habla de 'certificados', certificación de copias o extractos, etc.

CAPITULO IX. EFICACIA DEL DOCUMENTO NOTARIAL.

1. Distintos aspectos. 2. Eficacia probatoria del instrumento público en el Código Civil. a) Autenticidad subjetiva, corporal e ideológica. 1- Autenticidad subjetiva o de autor. 2- Autenticidad corporal. 3- Protección penal del documento. 4- Protección civil del documento. 5- Autenticidad ideológica o de contenido. b) Contradocumento. 3. Ejecutoriedad del documento notarial. a) Título ejecutivo. 4. Eficacia constitutiva. a) Acto jurídico y forma. 1- El documento notarial es forma del acto notarial. 2- El documento notarial es constitutivo del acto o negocio jurídico de las partes. 3- El documento notarial es constitutivo del derecho subjetivo. b) Convención formal y sustancial de actos jurídicos. 5. Eficacia de tráfico. a) Título suficiente, título formal y justo título. b) Título y documento notarial. c) Estudio de títulos. Distintas concepciones. 6. Efectos registrales. a) Obligación de inscribir. b) Principio de retroprioridad (tutela in itinere). c) Anotación preventiva. d) Estabilidad jurídica de los derechos. e) Publicidad registral. 1- Legitimados. 2- Clases de documentos inscribibles. 3- Requisitos. f) Prioridad indirecta. 7. Circulación del documento notarial. a) Circulación del documento notarial dentro de la provincia. b) Circulación del documento notarial dentro del país. c) Circulación del documento notarial fuera del país. 1- Documento notarial nacional que deba salir del país. 2- Documento notarial extranjero que deba ingresar al país. d) Colofón.

IX.1. Distintos aspectos.

La eficacia de los documentos públicos es legal, pues está asignada por la ley. Los valores probatorios son asignados por la ley, y no por el notario. El escribano actuando de acuerdo a la ley es un presupuesto para que la misma le asigne al documento el valor que corresponde según la clase de documento de que se trate. Pero el notario no necesita expresar que da fe, pues la fe la otorga la ley.

A los efectos que el orden jurídico asigna a los institutos notariales, la ley se los reconoce en la medida en que cumplan con los requisitos que ella determina como forma de preservar su validez. Según LARRAUD, la eficacia es la fuerza o virtud que

el documento tiene, para provocar aquellos efectos previsibles, como una consecuencia de su creación o de su existencia¹⁰⁸.

IX.2. Eficacia probatoria del instrumento público en el Código Civil.

La eficacia probatoria es común a todos los documentos públicos, sean los mismos notariales, judiciales o administrativos. Todo documento tiene una finalidad probatoria. Al derecho le interesa probar la existencia del hecho, y la persistencia de sus efectos; es por eso que se documenta.

En derecho procesal, 'probar' es acreditar ante el juez la verdad de un hecho o acto jurídico. Probar, en efecto, es un concepto de derecho sustancial, que significa acreditar la verdad de un hecho ante terceros. El problema de la prueba es un problema de derecho sustancial, relacionado con los derechos subjetivos.

Según LARRAUD, pareciera que la eficacia probatoria es una manifestación que tiene importancia solamente en el proceso, en cuanto se trata de probar un hecho o un acto ante un juez o tribunal, pero esto no es así, pues las leyes notariales y el mismo CC afirman que todo instrumento público prueba dentro y fuera del proceso.

Si la prueba nace fuera del proceso, aparece la cuestión de la 'incorporación' de esa prueba al proceso. Esa prueba extraprocesal tiene un valor legal determinado. El valor probatorio que el CC asigna a los instrumentos públicos no es igual para todos, sino que dependerá de la clase de documento público en cuestión.

Respecto a los instrumentos públicos en general, nuestro CC regula la asignación a distintas partes de los mismos, de tres clases de valores probatorios diferentes:

- a) en algunos casos, se les reconoce el valor de auténtico (*iuris et de iure*),

¹⁰⁸ LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, ob. cit.

- b) en otros casos, se les reconoce el valor de prueba completa (*iuris tantum*),
- c) finalmente, en ciertos casos, se les reconoce el valor de ser principio de prueba por escrito (inversión del *onus probandi*).

Así, respecto de algunas cláusulas el instrumento es auténtico, respecto de otras sólo tiene valor probatorio o de prueba completa, y respecto de otros presenta solamente el valor de ser principio de prueba por escrito.

El valor probatorio máximo que el orden jurídico puede asignar a cualquier medio de prueba, y en nuestro caso respecto del instrumento público, respecto de una parte del mismo, es la 'autenticidad', o 'fe pública'. La autenticidad es una verdad legal impuesta: la ley nos obliga a creer lo que no vimos. Es una exigencia del valor seguridad jurídica.

La 'autenticidad' es un valor que caracteriza ciertos aspectos de los instrumentos públicos, que sólo podrán perder su valor probatorio mediante una acción civil o penal de falsedad¹⁰⁹. Está presente la autenticidad en algunas cláusulas del instrumento público que merecen plena fe, y sólo pueden ser atacadas por querrela de falsedad, no permitiéndose la producción de prueba en contrario, tanto en el campo del derecho civil como en el penal.

Además de las auténticas, hay otras cláusulas respecto de las cuales puede decirse que tienen valor probatorio en tanto no prospere la prueba en contrario, pues en caso de prosperar dicha prueba la cláusula pierde su valor probatorio. Es el caso de la 'prueba completa', donde la carga de la prueba pesa sobre quien desee atacar su valor.

En cambio, cuando sólo se les asigna valor de 'principio de prueba por escrito', quien quiera fundar un derecho en tal cláusula deberá probar su verdad, permaneciendo la carga de la prueba sobre quien alega el hecho, invirtiéndose aquí la carga

¹⁰⁹ Véase CURSACK, Eduardo V., *La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal*, ob. cit.

de la prueba respecto a los dos casos anteriores (autenticidad, y prueba completa).

IX.2.a) Autenticidad subjetiva, corporal e ideológica.

La autenticidad puede ser subjetiva, corporal o ideológica. Según RODRÍGUEZ ADRADOS, la autenticidad resulta ser la síntesis de tres tipos de autenticidad: a) autenticidad subjetiva o de autor, b) autenticidad corporal, y c) autenticidad ideológica o de contenido.

IX.2.a.1- Autenticidad subjetiva o de autor.

El documento privado, para probar quién es su autor, necesita del 'reconocimiento de firma', que es un procedimiento posterior al nacimiento del documento. En cambio, el documento público prueba desde su origen quién es su autor. Debe probarse por sí mismo su real procedencia: desde que el notario lo firma y sella, no necesita ningún otro reconocimiento. No puede haber documentos subjetivamente auténticos si no hay ejercicio de una función pública.

A través de la correcta interpretación del 993 CC y su nota, encontramos esta asignación de autenticidad subjetiva o de autor respecto de los instrumentos públicos: 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 (993 CC).

Así, la autenticidad comienza por lo que es la autenticidad subjetiva o de autor, es decir que el documento por sí solo prueba su origen sin necesidad de ningún otro aditamento, sin procedimiento anexo o ajeno a su propia existencia. Ello, en cuanto el documento público debe probar por sí mismo su origen, pues de lo contrario no es documento público. Por tanto, de no tener tal autenticidad subjetiva, no tiene sentido pasar a analizar las otras autenticidades.

IX.2.a.2- Autenticidad corporal.

El documento notarial, jurídicamente, es una cosa (2311 CC), pues es un papel escrito. Según RODRÍGUEZ ADRADOS, es corporalmente auténtico un documento cuando por sus signos visibles, y de acuerdo con la legislación formal que lo regula, aparece como tal documento público, debiendo considerarse así con plena eficacia, mientras no se le prive de su fe pública en proceso declarativo civil o penal¹¹⁰.

Al documento, en cuanto cosa jurídica, debe protegérsele en su integridad, incluso después de su autorización, y tanto en el orden civil como en el penal. En el aspecto penal, el Código Penal regula los casos de falsedad material del documento público en sus artículos 292 y 293. En lo civil, el CC lo hace en su artículo 989.

Esta autenticidad, según RODRÍGUEZ ADRADOS, presenta tres manifestaciones o aspectos esenciales: a) la exacta correspondencia entre la matriz y la copia, b) tener signos formales que en general lo acrediten como documento público de la especie a la que pertenezca (ej. las escrituras deben hacerse en el protocolo); y c) la conservación de la integridad material o corporal del documento una vez autorizado (989 CC), pues el notario o el Archivo deberán conservar el protocolo.

IX.2.a.3- Protección penal del documento.

El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado (292 párr. 1º CP).

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años (292 párr. 2º CP).

¹¹⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Naturaleza jurídica del Documento auténtico notarial*, Ed. UNA, La Plata, 1967.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento (292 párr. 3º CP).

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 deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años (293 CP).

IX.2.a.4- Protección civil del documento.

El CC lo protege, estableciendo que son anulables los instrumentos públicos, cuando algunas de las partes que aparecen firmadas en ellos, los arguyesen de falsos en el todo, o en parte principal, o cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc., no salvadas al fin (989 CC). Así, pues, será el juez quien determine si la parte corregida y no salvada es esencial.

IX.2.a.5- Autenticidad ideológica o de contenido.

El contenido del documento público está formado por las declaraciones del funcionario público autorizante sobre hechos y actos jurídicos. Del 993 CC, surge que el contenido del documento son las declaraciones sobre "la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia" (993 CC).

Ello es justamente lo que protege el 293 CP, al penar a quien "insertare o hiciere insertar en un instrumento público

declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio" (293 CP). La 'falsedad ideológica', pues, es la alteración de la verdad de los hechos o actos que el instrumento público tiende a probar.

Los actos que ocurren en presencia del notario son las declaraciones de las partes. Los aspectos más importantes de dichas declaraciones son:

- a) quién emite la declaración, lo cual se debe atacar con quereila de falsedad, pues si bien el CC no lo expresa, sí lo ha reconocido la jurisprudencia como de carácter auténtico;
- b) el hecho de haberse emitido la declaración, que es un hecho que ocurre en presencia del notario, que percibe por sus sentidos (994 CC); este punto también queda alcanzado con el valor 'autenticidad'; y
- c) la sinceridad de las declaraciones de los otorgantes, lo cual no queda protegido por la fe pública, pues entre las partes la no sinceridad de sus declaraciones se prueba por contradocumentos (996 CC), mientras los terceros lo pueden acreditar por cualquier medio de prueba. En tal caso, el juez declarará la simulación de la declaración constitutiva del negocio en cuestión.

El instrumento público hace plena fe hasta la sentencia civil o penal que declare su falsedad, pasada en autoridad de cosa juzgada; por tanto, con la simple interposición de la demanda no es suficiente (993 CC).

El documento público contiene cláusulas dispositivas y cláusulas enunciativas, sean directas o indirectas.

- a) Son cláusulas dispositivas las que integran el texto en el que se redacta un acto jurídico (994 CC, ej. cláusula de pago).
- b) Son cláusulas enunciativas directas aquellas que están vinculadas directamente al objeto del negocio, las cuales tienen valor mientras no se prueben lo contrario (ej. ver nota al 993 CC).
- c) Son cláusulas enunciativas indirectas aquellas vinculadas al objeto del negocio, pero que valen como principio de prueba

por escrito, por ser meras manifestaciones unilaterales de los otorgantes (ej. que compra con dinero propio y no ganancial: La calidad de los bienes, pues, depende de la ley, y no de la declaración del otro cónyuge). En el caso de la compraventa, en el único supuesto en que el pago pasa a ser un acto auténtico es aquél en que el mismo se efectúa en presencia del notario (993 CC)¹¹¹.

IX.2.b) Contradocumento.

El contenido de un instrumento público puede ser modificado o quedar sin efecto alguno por un contradocumento público o privado que los interesados otorguen; pero el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contraescritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiese obrado el tercero (996 CC).

Además, si hubiere sobre la simulación un contradocumento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero (960 CC).

IX.3. Ejecutoriedad del documento notarial.

GATTARI considera que la 'eficacia ejecutiva' es la que deriva del instrumento notarial que trae aparejada ejecución, en virtud del cual se puede proceder sumariamente al embargo y venta de los bienes, para pagar al acreedor¹¹².

LARRAUD, por su parte, expresa que normalmente la ejecutoriedad no se realiza de pleno derecho, sino que sólo

¹¹¹ Sobre cláusulas dispositivas, enunciativas directas e indirectas, véase *infra*, XI.5.a).

¹¹² GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, ob. cit.

puede ser ejercida mediante una actividad oficial que de ordinario es la del juez¹¹³. La coacción suele consistir en la enajenación de bienes para satisfacer las prestaciones de dinero¹¹⁴.

MARTÍNEZ SEGOVIA afirma que la escritura pública presenta algunas condiciones ideales de un título ejecutivo, pues: a) la legitimación sustancial del sujeto por la identificación; b) la existencia de causa lícita; c) el objeto de ejecución cierto o determinable, ej. inmueble y monto determinados; y d) la indicación de plazos precisos y constitución de una obligación pura y sin condiciones.

Sin bien LARRAUD habla de efectos probatorios dentro del proceso judicial, no tiene sentido esta reducción, pues el CC expresa que los efectos probatorios del documento no se limitan al proceso, sino que prueban dentro y fuera del mismo. Dentro del ámbito procesal, y dentro de los distintos tipos de procesos, existe el proceso ejecutivo, cuyos caracteres determinantes son:

a) su tiempo de tramitación, que es esencialmente reducido;
b) las posibilidades que tiene el ejecutado o sujeto pasivo de la ejecución en cuanto al ejercicio de su derecho de defensa, pues sin quitárselo, se limitan sustancialmente, siendo escasas las excepciones que se pueden oponer:

1. Incompetencia;
2. Falta de personería en el ejecutante, en el ejecutado o en sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente;
3. Litispendencia en otro juzgado o tribunal competente;
4. Falsedad o inhabilidad del título con que se pide la ejecución;
La primera podrá fundarse únicamente en la adulteración del documento; la segunda se limitará a las formas extrínsecas del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa.
El reconocimiento expreso de la firma no impide la

¹¹³ Téngase en cuenta, no obstante, el procedimiento especial de ejecución normado en la Ley 24.441 de Fideicomisos.

¹¹⁴ LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, ob. cit.

admisibilidad de la excepción de falsedad fundada en la adulteración del documento. Estas excepciones son inadmisibles si no se ha negado la existencia de la deuda;

5. Prescripción;
6. Pago documentado, total o parcial;
7. Compensación de crédito líquido que resulte de documento que traiga aparejada ejecución;
8. Quita, espera, remisión, novación, transacción, conciliación o compromiso documentados; y
9. Cosa juzgada (530 CPCCER).

IX.3.a) Título ejecutivo.

Para llegar a este proceso ejecutivo y para abrir la vía ejecutiva, entre otras condiciones, se necesita de un 'título ejecutivo', pues sin él no habrá vía ejecutiva. Dentro de los títulos ejecutivos extrajudiciales es donde entramos en el marco de los instrumentos públicos.

Las obligaciones deben ser ciertas, determinadas y exigibles. Las mismas, pueden ser: de dar cantidades líquidas de dinero, cosas o valores; de dar cosas muebles ciertas y determinadas; o de otorgar escritura pública.

Según el 509 CPCCER, los títulos que traen aparejada ejecución son los siguientes: 1. El instrumento público presentado en forma; 2. El instrumento privado suscripto por el obligado, reconocido judicialmente o cuya firma estuviese certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo; 3. La confesión de deuda líquida y exigible prestada ante el juez competente para conocer en la ejecución; 4. La cuenta aprobada o reconocida como consecuencia del procedimiento de preparación de la vía ejecutiva; 5. La letra de cambio, factura de crédito, cobranza bancaria de factura de crédito, vale o pagaré, el cheque y la constancia de saldo deudor en cuenta corriente bancaria, cuando tuvieren fuerza ejecutiva de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio o ley especial; 6. El

crédito por alquileres o arrendamientos de inmuebles; 7. Los demás títulos que tuvieren fuerza ejecutiva por ley y no estén sujetos a un procedimiento especial.

La legislación anterior no mencionaba a los documentos privados con firma certificada, pero la jurisprudencia los fue incluyendo en una u otra categoría como título ejecutivo, en tanto la obligación que se exija ejecutivamente fuese cierta, determinada y exigible. En consecuencia, la ejecutividad o ejecutoriedad del documento notarial, fundamentalmente, se manifiesta en el carácter de título ejecutivo que les reconocen las leyes procesales para abrir la vía ejecutiva. De todos modos, se deben cumplir con los requisitos de fondo respecto del hecho o acto jurídico que formalice el instrumento público de que se trate, de donde deben surgir obligaciones de dar o de hacer líquidas, ciertas, determinadas, exigibles, con las demás condiciones y posibilidades que la legislación procesal determine para cada caso concreto.

El documento privado protocolizado ni por sí solo, ni por el hecho de la protocolización, tiene asignado carácter ejecutivo. No es título ejecutivo por el sólo hecho de que se lo incorpore al protocolo, desde que sigue siendo instrumento privado, y a partir de la protocolización adquiere fecha cierta, pero no tendrá sus firmas certificadas, por lo que en este último caso su ejecutividad derivaría de esta certificación de firmas, mas no de su protocolización en sí.

IX.4. Eficacia constitutiva.

IX.4.a) Acto jurídico y forma.

La estructura del negocio jurídico comprende la forma y el contenido. El contenido es la voluntad de las partes, mientras que la forma es el signo exterior por el cual dicha voluntad se manifiesta.

La forma pone en conocimiento de los demás el querer de las partes, por tal motivo el orden jurídico regula la forma de acuerdo a la importancia de los actos realizados. Lo que importa al derecho notarial es la manifestación positiva y escrita. Si bien

se establece una amplia libertad de formas (974 CC) como principio, luego otras normas restringen dicha libertad para determinados tipos de actos (1184 y 1810 CC, etc.).

Las partes de un negocio jurídico desean, comúnmente, dejar sentado por escrito el negocio, con el objeto de poder probarlo entre sí y frente a terceros. No obstante, si bien el efecto probatorio es una función importante de la forma, el ordenamiento jurídico en ciertos casos exige la forma con otra función también importante: la función constitutiva (1184 y 1810 CC).

El documento notarial, así, es constitutivo tanto del acto notarial, como del negocio jurídico, y del derecho subjetivo que instrumenta.

IX.4.a.1- El documento notarial es forma del acto notarial.

El documento notarial, en principio y en todos los casos, es forma del acto del oficial público autorizante, y es constitutivo, siendo esto así en todos los casos y sin excepción, sea escritura, acta, certificado, nota aditiva, cargo, etc. En todos los casos, no hay acto notarial sin documento notarial, en cuanto éste es constitutivo del acto del oficial público autorizante: no existen los actos notariales orales.

Ese elemento formal del acto notarial, es la forma constitutiva del acto notarial, y la forma del acto negocial contenido en ese documento notarial.

IX.4.a.2- El documento notarial es constitutivo del acto o negocio jurídico de las partes.

La forma es un elemento esencial del negocio jurídico. Según GUASTAVINO, los actos según su forma se pueden clasificar en solemnes absolutos (ej. 1810 CC), solemnes relativos (1184 y 1185 CC), y no formales o no solemnes, sea absolutos o relativos (974 CC).

Puede haber formas convencionales o pactadas, que imponen formas en el marco de lo que es el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes (974 y 1197 CC). En

tales casos, la forma de que se trate pasa a ser constitutiva del negocio en cuestión.

IX.4.a.3- El documento notarial es constitutivo del derecho subjetivo.

Es el caso del derecho de dominio. El derecho real de dominio se adquiere por la tradición o entrega de la cosa (2524 inc. 4º CC). La tradición debe ser hecha por título suficiente para transferir el dominio (2602 CC), es decir ser título en sentido sustancial (ej. donación, compraventa, permuta, etc.).

Para la constitución del derecho de dominio, son necesarios dos requisitos: título y modo (la tradición). Otro requisito, a los efectos de lograr la oponibilidad frente a terceros, es la inscripción registral o publicidad. El documento notarial también es constitutivo del derecho real. Uno de los derechos subjetivos más importante que regula y protege nuestro CC es el derecho de dominio.

El CC regula los actos y hechos que generan el derecho de dominio: el simple convenio, es decir el simple consentimiento, no es suficiente en nuestra legislación, pues es necesaria también la posesión lograda a través de la tradición. Así, para que la tradición genere posesión legítima, deberá hacerse en virtud de título idóneo y hábil.

En cuanto a las cosas muebles tradicionales, la simple posesión de buena fe es suficiente para repeler cualquier acción de reivindicación, salvo que la misma fuese robada o perdida (2412 CC). No obstante, nuestro actual sistema impositivo ha modificado parcialmente el sistema de propiedad de los muebles en Argentina, porque actualmente la falta de factura impediría probar la propiedad, más allá de la posesión que uno detente, con lo cual no se acreditaría de tal manera el derecho de dominio sobre el bien mueble, especialmente frente al fisco.

Pero distinta es la situación en materia de inmuebles, donde al título y modo se agrega la publicidad. La posesión puede ser legítima o ilegítima, y también encontramos la figura de la adquisición legítima de la posesión.

La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad a las disposiciones de este Código. Ilegítima, cuando se tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiriera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla. Se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediando boleto de compraventa (2355 CC).

La posesión y el título que genera el derecho a poseer, hacen ambos al derecho de dominio como derecho real. En el caso de un inmueble, podrá ser título formal: el acta de remate, la sentencia, el acto administrativo, la escritura pública, u otro documento que otorguen el derecho a poseer.

Respecto a la cuestión de la publicidad, se debe tener en cuenta que inscribir un derecho de dominio es una carga, no una obligación, pues no hay ninguna norma que obligue a inscribir el derecho de dominio que uno detenta sobre un inmueble. Ante esto, podría darse en la práctica el caso de un requirente de escritura de compraventa de un inmueble que le pida al notario que no inscriba la escritura. Según ADROGUÉ, tal persona que no inscribe su derecho tendría igualmente oponibilidad respecto a todos los terceros, menos respecto de aquellos que antes de él inscriban su dominio en el registro y lograron una posición registral previa.

El CC, de todos modos, expresa que la adquisición o transmisión 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. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas (2505 CC).

Desde el punto de vista del derecho subjetivo de dominio, la escritura es constitutiva, en cuanto ella es la forma del acto o negocio jurídico de que se trate, teniendo la idoneidad necesaria para generar la obligación de transferir a título de tradición la

propiedad de una persona titular a otra; siendo en virtud del cumplimiento de esta obligación del vendedor que quien recibe lo hace en cuanto comprador a título de dueño.

La práctica nos advierte de situaciones en las cuales no se entrega la posesión a título de dueño sino de mero tenedor, como acontece respecto del locatario, quien no ejerce posesión sino una mera tenencia. Para que la constitución de transmisión de un derecho real opere plenamente, es menester la concurrencia del título y del modo. Debe entenderse el título como la causa fuente del derecho que mantiene su existencia dentro del campo de lo volitivo, sin perjuicio de la forma y significando la razón de ser del desplazamiento o emplazamiento patrimonial. El modo, en cambio, es el acto o hecho al que la ley le atribuye el efecto de materializar ante la sociedad el desplazamiento patrimonial determinado por el título.

La tradición no es 'el modo', sino uno de los modos de adquirir los derecho reales (ej. no tiene lugar en las transmisiones mortis causa, ni en las adquisiciones originarias). La distinción entre los modos originarios y derivados de adquirir, tiene la siguiente importancia práctica:

- a) cuando se adquiere por un modo derivado, rige el principio '*nemo plus iuris*' (3270 CC)¹¹⁵;
- b) en cambio, cuando se adquiere por un modo originario, la adquisición se produce sin otros límites que los resultantes del acto del interesado, dentro de las disposiciones de la ley.

IX.4.b) Conversión formal y sustancial de actos jurídicos.

Los actos solemnes absolutos se diferencian de los solemnes relativos, en cuanto si no se adopta la forma que determina la ley para este tipo de acto, el mismo no existe como tal, sin operar tampoco la llamada 'conversión sustancial' del negocio, es decir que las partes ni siquiera quedan obligadas a

¹¹⁵ Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere (3270 CC).

cumplimentar con la forma determinada por la ley: el acto no existe como tal.

Tanto para los contratos del 1810 CC como para los del 1184 CC (estos últimos, a los cuales se les aplica el 1185 CC), la forma es constitutiva, con la diferencia que a los primeros se les exige de manera absoluta, mientras que a los segundos de modo relativo, operando para estos últimos la llamada 'conversión sustancial', pues el negocio se transforma en otro distinto.

La 'conversión formal' (987 CC) tiene por efecto convertir una forma en otra. 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 (987 CC).

Si bien el codificador en su nota al 987 CC expresa 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' (es decir el acto sería totalmente nulo), la verdad es que en el caso de que falte la firma del notario, el documento vale como documento privado, por lo que le es aplicable el 1185 CC (conversión sustancial del negocio).

IX.5. Eficacia de tráfico.

La eficacia de tráfico se refiere al grado de aceptación que tiene un documento en el ámbito social. Los documentos notariales son títulos de derecho y así son aceptados en el medio social. En la medida en que se tiene un derecho subjetivo, se es titular de ese derecho, es decir el término titular es más amplio que el término dueño. La titularidad, como afirma NUÑEZ LAGOS, es la conexión actual de un derecho a un sujeto.

Ahora bien, en la vida no es suficiente con invocar o decir que se es dueño de algo, sino que se hace necesario acreditar en virtud de qué título se es dueño. Es así, pues, que la mayoría

de los derechos exigen el título no sólo en sentido causal, sino también en sentido formal.

IX.5.a) Título suficiente, título formal y justo título.

El 2602 CC expresa que la tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio. Aquí, se refiere al título en sentido causal. El título en sentido instrumental o formal es el documento que contiene el acto jurídico en cuestión (es decir, que contiene el título en sentido causal).

Título formal es aquel que acredita que se celebró el negocio causal, con aptitud o idoneidad para transmitir de una persona a otra el derecho sobre la cosa de que se trate, cual titular. Hay derechos subjetivos fundamentales, respecto de los cuales se requiere certeza de titularidad en el tráfico jurídico, en cuanto a probar titularidad frente a terceros, en el sentido de invertirse la carga de la prueba: quien lo niegue debe probarlo. Y lo que la sociedad de nuestro tiempo desea es que quien detenta un derecho también tenga un título indubitable que deba ser aceptado por todos, y que quien no lo acepte deba impugnarlo por querrela de falsedad¹¹⁶, o plena prueba en contrario.

El derecho ha respondido a esta requisitoria de la sociedad actual con títulos formales que generan inversión de la carga de la prueba: quien niega deberá probar suficientemente que los hechos o actos que dan lugar al nacimiento del derecho en cuestión no existieron o fueron insuficientes.

Obviamente que, si es importante tener prueba completa, mejor aun es tener prueba auténtica, y esto es lo que en cierta medida satisface el instrumento público. En cuanto a la prescripción adquisitiva de dominio, el CC establece que el que adquiere un inmueble con buena fe y 'justo título' prescribe la propiedad por la posesión continua de diez años (3999 CC).

El CC define el justo título, pues expresa que el justo título para la prescripción, es todo título que tiene por objeto transmitir un derecho de propiedad, estando revestido de las

¹¹⁶ CURSACK, Eduardo V., *La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal*, ob. cit.

solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición de la persona de quien emana (4010 CC). Los vicios de forma en el título de adquisición hacen suponer mala fe en el poseedor (4009 CC). El título nulo por defecto de forma (ej. boleto de compraventa de inmueble) no puede servir de base para la prescripción (4012 CC)¹¹⁷.

IX.5.b) Título y documento notarial.

La sociedad actual no se conforma con títulos indudables, sino que requiere lo que se denomina 'títulos perfectos', que otorgan eficacia plena de tráfico. La ley no define qué debe entenderse por título perfecto, pero es una construcción que ha realizado la doctrina y la jurisprudencia, y que no tiene relación alguna con el 'dominio perfecto'.

COUTURE afirma que el 'título perfecto' es una conjunción de elementos: es un concepto de derecho material, un concepto de derecho notarial, un concepto económico, y un concepto procesal. GATTARI¹¹⁸ expresa que el 'título perfecto' comprende factores positivos y negativos. Los factores positivos se refieren a la posibilidad de desplegar todas las facultades inherentes a ese derecho. Los factores negativos, por su parte, se refieren a la aptitud para rechazar todas las acciones que intenten perturbar el derecho que consagra.

Se puede definir el 'título perfecto' como aquel que genera en el titular la indudable convicción de ser el dueño absoluto y total de la cosa o titular del derecho, que representa la plena titularidad de una persona sobre su bien y su derecho a poseerlo, y que permite a su titular tener la certeza de que no será perturbado su derecho por acciones legales (reales u otras) que puedan producirle perjuicios económicos y/o jurídicos.

Para llegar a esa indudable convicción a que hace referencia la definición, se debe efectuar un estudio de títulos.

¹¹⁷ Véase Ap. IX.4.a.3, Apartado 2°.

¹¹⁸ GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, ob. cit.

IX.5.c) Estudio de títulos. Distintas concepciones.

Según MARTÍNEZ SEGOVIA¹¹⁹, el estudio de títulos consiste en una investigación prolija, personal y crítica del derecho invocado por una persona, que la hace o no indudablemente titular de ese derecho, afirmando además que la exteriorización de tal derecho está o no libre de todo vicio o defecto formal.

GATTARI, por su parte, lo define como la recopilación de antecedentes o referencias, la relación orgánica de los diversos actos y documentos jurídicos, verificados críticamente y realizados durante el período de la prescripción máxima o superior, respecto de los bienes registrables, con el objeto de cimentar su juridicidad.

'Recopilación' implica compendiar, resumir, abreviar, y no referencia fotográfica o similar de los documentos verificados. Lo que se hace es investigar los antecedentes documentales del título que se invoca, en busca de algo que de algún modo pueda turbar el goce o titularidad de ese derecho, y encontrarlo transforma a ese título en 'observable', y como 'título imperfecto' no significa que se transforme en intransmisible, sino que tendrá un riesgo en el mercado de los títulos que repercutirá en su valor económico. Así, por ejemplo, los bancos no querrán tomarlo para hipotecas, y los compradores pagarán un menor porcentaje del precio de mercado del bien.

Por tanto, el título imperfecto no sólo tiene un desvalor jurídico, sino también económico. Este análisis retrospectivo que es el estudio de títulos, profesionalmente, se hace sobre documentos, emitiéndose finalmente una opinión sobre la bondad del título de que se trate, por un profesional del derecho.

El título perfecto no se transforma en perfecto por la realización de este estudio de títulos que se efectúe, sino que puede ser igualmente título perfecto aunque no se haya realizado tal estudio de títulos. No obstante, luego de un estudio de títulos, el titular del derecho subjetivo contará con una opinión

¹¹⁹ MARTÍNEZ SEGOVIA, *Estudio de Títulos de dominio*, Buenos Aires, p. 3 y ss.

conforme a derecho respecto a lo suficientemente diligente que ha sido al adquirir al anterior titular el bien, minimizando así la posibilidad de futuras impugnaciones o nulidades¹²⁰.

La buena fe exigida para que se opere la excepción del 1051 CC no es la buena fe 'creencia', ni la buena fe 'pasiva', sino la buena fe 'activa' o conducta diligente. Para algunos autores, como SPOTA¹²¹, la buena fe diligente sería la buena fe 'registral'; sin embargo, la mayoría de la doctrina (ALTERINI, LLAMBIAS, etc.) considera que el estudio de títulos es un medio idóneo para probar la conducta diligente (buena fe activa).

IX.6. Efectos registrales.

IX.6.a) Obligación de inscribir.

Luego del otorgamiento del acto, la copia notarial ingresa en el registro y hace nacer en éste la obligación de inscribir. Sobre qué es lo que se debe inscribir, existía en doctrina un intenso debate.

Hasta la sanción de la Ley 17.801, para una doctrina minoritaria, lo que se inscribía era el derecho; para otro sector, era el negocio; y para un tercer sector, se inscribía el documento. Este debate doctrinario no advertía que lo único que se vincula materialmente es el documento, que es forma del negocio y título del derecho.

Con la sanción de la Ley 17.801, se zanjó el debate, al expresarse en su art. 2º que lo que se inscribe en los registros son los documentos.

IX.6.b) Principio de retroprioridad (tutela in itinere).

GATTARI¹²² afirma que uno de los efectos más destacables del documento notarial es el relativo al tiempo, pues las escrituras públicas que se presenten dentro del plazo de 45

¹²⁰ Sobre estudio de títulos, puede consultarse ALTERINI, Atilio Anibal, *Estudio de títulos*, en Revista La Ley, Año XLVI Nº 66, 03-IV-1981, Buenos Aires, p. 1 y ss.

¹²¹ SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires.

¹²² GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, ob. cit.

días contados desde su otorgamiento, se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación (art. 5, Ley 17.801). Es lo que se conoce en doctrina como principio de 'retroprioridad', o 'tutela *in itinere*'.

Así, si una escritura fue otorgada el 05 de enero, y fue ingresada el 30 de enero al Registro (tiempo cósmico real), se considerará inscripta el 05 de enero (tiempo jurídico). Por otra parte, existe un efecto 'preescriturario' en la reserva de prioridad registral, que comienza con la expedición del certificado, el cual protege el instrumento otorgado durante el plazo de su validez (15, 25 o 30 días, según los casos).

IX.6.c) Anotación preventiva.

El art. 25 de la Ley 17.801 consagra el principio de la 'anotación preventiva'. Así, expedida una certificación sobre el estado jurídico de los bienes y de las personas, el Registro tomará nota en el folio correspondiente, y no dará otra sobre el mismo inmueble dentro del plazo de vigencia más el plazo de cuarenta y cinco días contados desde su otorgamiento (art. 5º), sin la advertencia especial acerca de las certificaciones anteriores que en dicho período se hubiere despachado.

Esta certificación producirá los efectos de notación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado (25 Ley 17.801).

IX.6.d) Estabilidad jurídica de los derechos.

Es un interés social la estabilidad jurídica de los derechos y las relaciones. Por esta causa es que se inscriben los documentos públicos notariales, administrativos, judiciales y demás (art. 2, Ley 17.801). No obstante, con la reforma por la Ley 24.441, los documentos privados certificados por escribano público se pueden inscribir (art. 80). Respecto a cuáles documentos se refiere la norma, debemos remitirnos a las leyes locales de cada provincia, aplicables al caso en cuestión.

En principio, no se inscriben los documentos privados, salvo los casos en que la ley expresamente así lo indique (art. 3,

Ley 17.801). En algunas provincias, se inscriben los boletos de compraventa; no obstante, tal inscripción no tiene un efecto jurídico relevante, pues no generan ningún derecho preponderante, ni embargo sobre el bien, sólo tendría un efecto de publicidad como manera de acreditar la buena o mala fe de posteriores negociadores del bien.

IX.6.e) Publicidad registral.

El efecto registral fundamental lo encontramos respecto a la registración de documentos públicos, contenedores de derechos autónomos, independientes de otros en cuanto a lo que generan; pudiendo inscribirse así documentos privados sólo cuando una ley expresamente lo determine, y en tanto estén notarialmente certificados.

IX.6.e.1- Legitimados.

La ley 17.801 regula la publicidad de los derechos sobre inmuebles. La situación registral sólo variará a petición de: a) El autorizante del documento que se pretende inscribir, o su reemplazante legal; b) Quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar. Cuando por ley local estas tareas estuvieren asignadas a funcionarios con atribuciones exclusivas, la petición deberá ser formulada con su intervención. (art. 6 Ley 17.801).

Los documentos se 'inscriben', mientras que las medidas cautelares se 'anotan'. Los documentos particulares, con firma certificada por ante escribano, pueden inscribirse (art. 80, Ley 24.441).

No se encuentra establecido como obligación del notario el hecho de inscribir el documento. Sin embargo, es una carga para los particulares, es decir las partes del negocio. De todos modos, para el notario es un deber legal basado en las leyes locales. Las partes pueden, de igual manera, solicitar al notario que no inscriba un acto, pero es aconsejable en tal caso dejar sentada dicha circunstancia.

IX.6.e.2- Clases de documentos inscribibles.

Los documentos que deben inscribirse (art. 2, Ley 17.801) son: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, es decir la mayoría de los documentos notariales; b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares (medidas judiciales); y c) los que establezcan, eventualmente, otras leyes nacionales o provinciales.

IX.6.e.3- Requisitos.

Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda;
- b) Tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo;
- c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

Cuando la ley lo autorice pueden ser inscriptos los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público (art. 3 Ley 17.801).

IX.6.f) Prioridad indirecta.

El art. 5 consagra la llamada *prioridad indirecta*, por la que se retrotraen los efectos a la fecha del otorgamiento de la escritura. Para ello, la escritura deberá otorgarse dentro del plazo de vigencia de los certificados, y la escritura debe ingresarse dentro de los 45 días de su autorización. El certificado previo solicitado por el notario produce los efectos de una 'anotación preventiva', también denominada 'bloqueo registral' (arts. 24 y 25, Ley 17.801).

IX.7. Circulación del documento notarial.

Al hablar de la circulación del documento notarial en los ámbitos provincial, nacional e internacional, nos estamos refiriendo a la eficacia del documento notarial respecto al territorio. Para la realización de un acto jurídico, se debe distinguir: la validez intrínseca (capacidad), y la validez extrínseca (forma).

La capacidad, para todo instrumento, sea el lugar de su celebración en la república o en el extranjero, siempre va a ser regida por la ley del domicilio de los otorgantes (6 y 7 CC), por el principio de 'domicilio'.

La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero (6 CC). La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República (7 CC).

La forma se rige por el principio '*locus regit actus*', que significa que la ley del lugar del contrato regirá la forma para dicho acto jurídico, en cuanto a las condiciones extrínsecas de tal documento. Significa que la forma del acto es suficiente, en cuanto esté conforme al derecho del lugar de su celebración, aun cuando la relación jurídica de que se trate puede asentarse en un lugar donde otra forma esté legalmente establecida. Sólo se refiere a las formalidades exteriores.

Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado (12 CC). Respecto a las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren (950 CC).

Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidas por las leyes del país donde su hubieren otorgado.

IX.7.a) Circulación del documento notarial dentro de la provincia.

En general, un documento notarial realizado en Santa Fe, para circular dentro de la provincia sólo requerirá el aditamento de la firma.

IX.7.b) Circulación del documento notarial dentro del país.

No obstante, si el documento debe salir de la provincia a otra provincia, se deberá efectuar la llamada 'legalización' del documento.

Lo que el legalizador manifiesta es que la firma que se le presenta coincide con la que tiene registrada, y que el funcionario público en cuestión estaba al momento de autorizar el instrumento público en ejercicio de sus funciones; pero el legalizador no prejuzga ni califica el contenido del documento en cuestión. Esta legalización es necesaria, en tanto los documentos al salir de la provincia necesitan la legalización de primer grado para circular en las demás provincias argentinas.

IX.7.c) Circulación del documento notarial fuera del país.

En materia de circulación internacional del documento notarial, encontramos dos casos diferentes: a) documento hecho por un notario en el país, para que se traslade al extranjero; y b) documento hecho por un notario extranjero, que se traslada a nuestra república.

IX.7.c.1- Documento notarial nacional que deba salir del país.

Convención de la Haya. En el caso de que el documento notarial deba salir del país, se pueden presentar diversas hipótesis:

- a) Si es un país que ha ratificado la Convención de La Haya de 1961: (ej. Italia) nuestro país es ratificante de la Convención, por lo que se debe recurrir a la colocación de la 'apostille',

término en francés que designa un sello cuadrado de 9 x 9 cm., y que certifica la autenticidad de las formas, y el carácter en que actuó el signatario del documento; concretamente, tiene la facultad de su colocación el Colegio de Escribanos, por una delegación mediante convenio que ha firmado con el Ministerio de Relaciones Exteriores de la Nación.

Al colocarse la apostilla, se certifica que la firma de quien legalizó en primer grado es de dicho funcionario, y que se encontraba efectivamente autorizado a hacerlo al legalizar dicho documento en el momento en que lo hizo. Así, la colocación de la apostilla es una legalización de segundo grado, siendo esto suficiente para los países signatarios de la Convención.

- b) Si es un país que no ha ratificado la Convención de La Haya de 1961: (ej. Chile o Colombia) no se puede recurrir a la apostilla, sino que será necesaria una delegación del Ministerio de Relaciones Exteriores hacia el Colegio de Escribanos, para legalizar la firma del presidente del Colegio, debiendo ir luego esta legalización al Cónsul de dicho país (ej. cónsul chileno) en nuestro país. Luego de ello, se autentica la firma de su cónsul en nuestro país (ej. cónsul chileno en Argentina) el Ministerio de Relaciones Exteriores del país en cuestión (ej. Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile).

Grados de legalización. Por tanto, en tal caso, encontramos cuatro grados de legalización:

- 1) *legalización de primer grado*, donde certifica el Presidente del Colegio de Escribanos la firma del notario autorizante;
- 2) *legalización de segundo grado*, donde el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país certifica la firma del Presidente del Colegio de Escribanos;
- 3) *legalización de tercer grado* (o autenticación de primer grado), donde el Consulado del país extranjero en nuestro país certifica la firma de nuestro Ministerio; y

- 4) *legalización de cuarto grado* (o autenticación de segundo grado), donde el Ministerio de Relaciones Exteriores del país extranjero certifica la firma de su cónsul en nuestro país.

Comunidades internacionales. Encontramos otros supuestos diferentes en los casos de países comunitarios o integrados (ej. Unión Europea, MERCOSUR, etc.).

En la Unión Europea, a diferencia del notariado latino, el notario no circula, sino que circula el documento, si bien no se han eliminado todas las legalizaciones, pues la legalización de primer grado (la que efectúa el Colegio de Escribanos) continúa siendo una exigencia. En Europa, todos los Colegios de Escribanos se encuentran intercomunicados, por lo que se facilita esta labor.

Tratados de Montevideo. En los países vinculados por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, se evita solamente la legalización de cuarto grado, mas no la del Colegio, ni del Ministerio, ni del Cónsul: sólo se prescinde de la certificación efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del país al que se traslada el documento.

MERCOSUR. En el MERCOSUR, por su parte, para el caso de circulación interregional de documentos notariales, existe una solución expresa de derecho comunitario, aunque aun no cuenta con aplicación efectiva: el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 1992. Dicho Protocolo exime de toda legalización y apostilla a los documentos (incluido los notariales) que emitidos en un Estado parte deban hacerse valer en otro (art. 26), si bien no se aclara si sigue siendo o no obligatoria la legalización de primer grado, aunque consideramos que sí lo es.

El Protocolo está vigente para los países del MERCOSUR que lo hubieren ratificado. Se debe tener en cuenta que actualmente el bloque regional se asimila a una unión aduanera imperfecta, cuyo derecho interno de cada Estado parte prevalece por sobre el derecho comunitario hasta tanto una

norma nacional internalice la norma comunitaria; así, rigen las normas de derecho internacional privado preexistentes. De todos modos, los países del MERCOSUR son signatarios del Tratado de Montevideo de 1940, por lo que rige dicho tratado, que suprime la legalización de cuarto grado (ej. con Uruguay).

Finalmente, cabe agregar que no es posible la circulación jurídica de un documento sin la respectiva legalización de primer grado, efectuada por el Colegio de Escribanos, como certificación mínima exigida.

IX.7.c.2- Documento notarial extranjero que deba ingresar al país.

En el caso de que el documento notarial autorizado en el extranjero deba ingresar del país, lo que deberá hacer el notario en primer lugar será traducirlo, acorde a lo dispuesto por el CC, por un traductor oficial o por quien el juez o tribunal designe al efecto. Por ejemplo, si fue autorizado en Italia, será suficiente que tenga la apostilla; si lo fuese en Uruguay, bastará con la firma del cónsul argentino en dicho país; en un futuro, si lo fuese en Paraguay, bastaría con la legalización de primer grado del Colegio respectivo.

Así, los documentos públicos, respecto de su circulación extraterritorial tanto dentro del país como fuera del mismo, necesitan al salir de la provincia de la legalización, y un segundo grado de legalización cuando salen del país.

Esta segunda legalización podrá ser la apostilla o la legalización de segundo, tercer o cuarto grado, según el destino concreto a donde deberá surtir efectos.

IX.7.d) Colofón.

Así, en resumen, nos encontramos con los siguientes supuestos:

- a) Dentro de la provincia, el documento no necesita ningún procedimiento ulterior para surtir efectos;
- b) Fuera de la provincia, pero dentro de la República, necesitará legalización de primer grado, que en Santa Fe la

realiza el Colegio de Escribanos por delegación legal (Ley 6.898), es un acto administrativo que garantiza autenticidad subjetiva (que el autorizante está en ejercicio de sus funciones) y autenticidad corporal del documento.

- c) Fuera de la República, hay tres sistemas:
- a. Con un país con el que no se tiene ningún tratado sobre el tema:
 - i. Legalización de primer grado (la hace el Colegio).
 - ii. Legalización de segundo grado (la hace el Ministerio de RR.EE. de nuestro país).
 - iii. Legalización de tercer grado (o autenticación de primer grado), la realiza el cónsul extranjero en nuestro país.
 - iv. Legalización de cuarto grado (o autenticación de segundo grado), la realiza el Ministerio de RR.EE. del país extranjero.
 - b. Con un país signatario del Convenio de La Haya de 1961: se eliminan ciertas certificaciones; el Ministerio de RR.EE. expide la apostilla, pero por convenio con el Colegio de Escribanos es éste quien la coloca.
 - c. Con países signatarios de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940: se elimina la legalización de cuarto grado.
 - d. Convenio de Cooperación del MERCOSUR: sólo requiere legalización de primer grado, pero aun no se aplica porque no se encuentra reglamentado.

CAPITULO X. INVALIDEZ DEL DOCUMENTO NOTARIAL.

1. Concepto. a) Ineficacia y nulidad. 2. Nullad formal. a) Nulidad de los instrumentos públicos. b) Nulidad de las escrituras públicas. Tipificación. 1- Tiempo y lugar. 2- Nombre de los otorgantes. 3- Firma de las partes. c) Nulidad de los testamentos por acto público. Tipificación. d) Clasificación de las nulidades. 1- Actos nulos y anulables. 2- Nulidad absoluta y relativa. 3- Nulidad manifiesta o no manifiesta. 4- Nulidad total o parcial. 3. Inexistencia del documento notarial. Supuestos. 4. Efectos de la nulidad de los actos jurídicos. a) Entre partes y respecto a terceros. b) Terceros adquirentes de buena fe. c) Estudio de títulos de buena fe. Distintas concepciones. 5. Confirmación de actos jurídicos. a) Requisitos de la confirmación. b) Diferencias con la ratificación.

X.1. Concepto.

Desde el punto de vista notarial, es menester estudiar la invalidez del documento y el acto del oficial público autorizante. Este acto puede padecer, al igual que el acto de las partes, de vicios o defectos generadores de diferentes grados de ineficacia.

Cuando un acto tiene un vicio desde el momento de su celebración, en cuanto nace con el vicio de que se trate, es tipificado y considerado por la ley en la medida de su existencia, y con sanciones invalidantes. Esto, dentro de la teoría general de los actos jurídicos, se denomina 'nulidad'.

X.1.a) Ineficacia y nulidad.

La nulidad es la sanción legal que priva a un acto de sus efectos normales en virtud de un vicio originario.

Hay consenso en trasladar esta definición al ámbito del acto del oficial público. Entonces, se puede hablar de nulidad del instrumento público cuando el acto del oficial público autorizante adolece de vicios previstos en la ley como invalidantes, en cuanto les privan de sus efectos propios, siendo estos vicios

originarios, es decir existentes al tiempo de la celebración del acto.

La ineficacia puede surgir de: a) la invalidez o nulidad, cuando el vicio es originario; o b) la resolución, revocación o rescisión del acto, cuando el vicio es posterior a la celebración del acto.

La invalidez y la nulidad, en general, son aspectos comprendidos dentro del concepto ineficacia de los actos jurídicos, el cual, como concepto es más amplio, desde que un acto jurídico puede padecer de ineficacia no sólo por una causa existente al momento de su nacimiento, sino por un acto posterior.

La nulidad sustancial es la invalidez que sufre el negocio jurídico de las partes, mientras que la nulidad formal es la invalidez que sufre el acto del oficial público autorizante. Puede haber escrituras válidas con negocios o actos jurídicos inválidos, así como escrituras inválidas con actos o negocios jurídicos válidos, pero a veces esta relación es tan sustancial que, producido el vicio en alguno de los dos aspectos, se tornan ineficaces ambos actos.

Por tanto, la nulidad del acto se da cuando el mismo es privado de sus efectos normales, por tener un vicio originario. Técnicamente, es inadecuado hablar de nulidad del documento, pues en realidad puede llegar a ser nulo sólo el acto del oficial público autorizante (nulidad formal).

Son nulos los actos, no los documentos. La nulidad es una sanción legal: no puede haber otras causales de nulidad que las que prevé la ley (1037 y 1038 CC). Pero la ley no aniquila por sí sola el acto, sino que será necesaria una declaración de nulidad, por una de las siguientes vías: a) un acto de las partes, o reconocimiento, o b) una sentencia judicial.

Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en el CC se establecen (1037 CC). La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente

lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad (ej. 1041-1046 CC). Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada (1038 CC).

Un notario no puede expresar que el acto es nulo, y bastar sólo con tal hecho para que se tenga por nulo el acto, pues el notario no tiene poder sancionatorio. Lo que se debe decir es que el acto tiene un vicio por el cual es susceptible de nulidad, pero hasta tanto no se declare por las partes o un juez la nulidad, el acto mantiene su validez.

Las nulidades, según la doctrina civilista, pueden ser incluso virtuales. Pero en materia documental, las únicas nulidades son las que expresamente prevé la ley, que podrán estar o no normadas en el CC. Hay quienes afirman que las leyes locales también podrían disponer nulidades, pero que no lo han hecho por cuestiones de duda sobre su validez.

La nulidad decretada priva al acto de sus efectos propios.

X.2. Nulidad formal.

La nulidad formal se presenta cuando el vicio está en el acto del oficial público autorizante. Es aplicable a la nulidad formal la misma teoría de las nulidades que para los demás actos jurídicos.

Las nulidades formales, según la mayoría de la doctrina, se consideran todas absolutas, y no relativas. La legislación sobre los vicios que provocan la nulidad formal se encuentra dispersa en diversas leyes.

X.2.a) Nulidad de los instrumentos públicos.

Según el 980 CC, para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Puede existir, así, incompetencia del notario por la materia. Por ejemplo, un divorcio por mutuo consentimiento realizado por un escribano en su protocolo: el notario es incompetente para realizar este tipo de acto, por eso el

instrumento será nulo (acto nulo de nulidad absoluta y manifiesta).

También puede existir incompetencia en razón del territorio. Es el caso del notario que actúa fuera del territorio que se le ha asignado para su función. Si el notario actúa fuera de su territorio, pero en el documento notarial se expresa que actuó dentro del mismo, se presenta un caso de falsedad.

Si el notario actúa fuera de su territorio, del departamento geográfico asignado¹²³, el acto será nulo de nulidad absoluta y total.

El 985 CC norma una sanción expresa de nulidad, siendo el acto nulo de nulidad absoluta, pudiendo ser manifiesta o no: son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto 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 (985 CC).

El 986 CC establece una previsión genérica que hay que interpretar integral y sistemáticamente con el resto de las normas que prevén las formalidades específicas para cada tipo de documento, pues afirma que para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad.

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 (988 CC).

¹²³ Tanto en la Provincia de Entre Ríos, como en Santa Fe, la competencia del notario está determinada por Departamento, con algunas excepciones. Al respecto, véase Ap. I.6.e.2, *La Competencia del órgano*.

Es decir, la formalidad que establece el 988 CC es que el documento deberá estar firmado por los sujetos instrumentales, quienes se obligan. Se debe interpretar esta formalidad luego con el 1004 CC, pues si falta la firma de los que se obligan el documento será nulo, y el acto jurídico también (ej. manifestación sobre el origen del dinero donde la cónyuge ratifica lo dicho por su marido, si después no es firmada por la cónyuge, la nulidad ¿será total o parcial? La doctrina se encuentra dividida¹²⁴.

En otro ejemplo, si son cinco vendedores y tres compradores, pero falta la firma de uno de los vendedores, ¿Qué sucede? La doctrina también se divide, siendo para algunos un vicio subsanable, y para otros no.

El 989 CC expresa que son anulables los instrumentos públicos, cuando algunas de las partes que aparecen firmando en ellos, los arguyesen de falsos en el todo, o en parte principal, o cuando tuviesen enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales, como la fecha, nombres, cantidades, cosas, etc., no salvadas al fin.

Así, serán anulables: a) en caso de falsedad, b) cuando hay enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en partes esenciales no salvadas al final (escrituras públicas, deberán ser salvadas de puño y letra del escribano). El acto es anulable, pero la doctrina se divide sobre si la nulidad es absoluta o relativa, y si es total o parcial.

X.2.b) Nulidad de las escrituras públicas. Tipificación.

Conforme el 998 CC, las escrituras públicas deben ser hechas en el protocolo, que estará numerado, rubricado o sellado, según las leyes en vigor. Las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno, es decir son nulas (no anulables), de nulidad absoluta, manifiesta y total.

¹²⁴ Véase Ap. X.2.b.3, *Firma de las partes*.

El 1004 CC expresa que son nulas las escrituras que no tuvieren la designación del tiempo y lugar en que fuesen hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia fuese requerida. Así, las nulidades pueden surgir de la falta de: a) tiempo y lugar, b) nombre de los otorgantes, c) firma de las partes, d) firma a ruego, y e) firma de los testigos.

X.2.b.1- Tiempo y lugar.

En el caso de que falte el lugar y la fecha (data), el acto será nulo de nulidad absoluta (1004 CC), según doctrina mayoritaria (ZINNY, CARMINIO CASTAGNO), si bien otra doctrina afirma que es un caso de nulidad relativa (PELOSI, LARRAUD¹²⁵); no obstante, es conveniente tomar posición en función de los casos concretos.

CARMINIO CASTAGNO estudia el caso de las escrituras con 'fecha inferida'. Sería el caso en que la escritura anterior y la posterior tengan la misma fecha, y la escritura que se encuentre entre ambas adolezca de fecha. En tal caso, del orden cronológico se infiere que dicha escritura es de la misma fecha que las otras dos (ej. escritura 11 y 13 son de fecha 24 de octubre, escritura 12 no tiene fecha, por tanto será del mismo día).

Respecto al lugar, que debe constar en la escritura (1004 CC), tiene entre otros efectos jurídicos, el de determinar la competencia territorial del notario. Si en la escritura se expresa que se autoriza 'dentro del departamento capital', pero no se especifica en qué localidad del departamento, nos encontraríamos ante un caso de nulidad, que la doctrina discute si se trata de nulidad absoluta o relativa.

Frente a un caso de renuncia a los derechos hereditarios, se puede hacer sólo en dos lugares: en el lugar en que fallece el causante, o en el domicilio del renunciante (3345 CC). En estos

¹²⁵ LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, ob. cit.

casos, el especificar concretamente el lugar de autorización del acto será indispensable.

X.2.b.2- Nombre de los otorgantes.

Es sumamente importante consignar en la escritura el nombre de los otorgantes y sus datos personales. Cuando falta el nombre de uno de los otorgantes, o todos sus datos y su firma al final, estamos frente a un caso de error material, en el que la escritura es nula. La doctrina se divide en cuanto al carácter de tal nulidad, si absoluta o relativa, pero se debe preferir la posibilidad de subsanación de este tipo de errores, y no declarar de nulidad absoluta.

X.2.b.3- Firma de las partes.

Es necesaria la firma de las partes para la validez del negocio y del instrumento. La firma de la parte es necesaria si es la que comparece, sino será necesaria la firma del representante de tal parte. En efecto, lo que es imprescindible es la firma de los otorgantes, que pueden o no coincidir con las partes.

Cuando falta la firma del cónyuge que asiente el negocio, respecto a la validez del negocio jurídico, la doctrina se encuentra dividida: para algunos hay nulidad relativa; para otros inoponibilidad respecto al cónyuge que no asintió; mientras que para CARMINIO CASTAGNO es un caso de anulabilidad, pues mientras nadie plantea la nulidad el acto es válido. En cuanto a la validez del acto notarial, también hay diversas posturas: si a estas nulidades se las considera absolutas será necesario reescribir; mientras que si se las considera relativas, el acto será pasible de subsanación.

Es nula la escritura que no se halle en la página del protocolo donde según el orden cronológico debía ser hecha (1005 CC). El orden cronológico se determina por: la fecha de la escritura; y porque la escritura se encuentre en el lugar correlativo del protocolo que le corresponde a tal fecha. Aquí se encuentra en juego el principio de las prioridades, pues será nula

de nulidad absoluta la escritura que no respete este orden cronológico.

X.2.c) Nulidad de los testamentos por acto público. Tipificación.

El 3657 CC establece que el escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones. Así, son causales de nulidad la falta de: a) el lugar y fecha; b) el nombre de los testigos; y c) su residencia y edad.

En los testamentos suele suceder que hay más personas que se ven perjudicados por sus disposiciones, que las que se benefician del mismo. Por ello, es frecuente encontrar casos en que se impugnan los testamentos porque no se indica la edad del testigo aunque se indique su fecha de nacimiento, por ejemplo. En tales supuestos, la jurisprudencia ha afirmado que con la colocación de la edad, la fecha de nacimiento, o con mencionar que el testigo es mayor de edad, ya será suficiente para su validez, pues lo que realmente importa es que el testigo sea capaz.

Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo; y firmado por el testador, los testigos y el escribano. Uno de los testigos al menos debe saber firmar por los otros dos: el escribano debe expresar esta circunstancia (3658 CC). Así, se requiere para la validez del acto; a) lectura del testamento; b) firma por el testador; c) firma de los testigos; d) autorización por el notario.

En cuanto a la firma de los testigos, se debe tener presente que al menos uno de los tres testigos requeridos, debe saber firmar, y se deberá dejar constancia de que los otros dos no firman.

Este es un caso, pues, de unidad de acto en sentido tradicional, pues debe haber 'co-presencia' entre notario autorizante, testador y testigos.

Si el testador sabiendo firmar, dijere que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a su ruego por alguno de los testigos, o por alguna otra persona (3660 CC). La ley presume que si el testador sabiendo firmar afirma que no sabe hacerlo, es porque en realidad no querrá testar y está siendo coaccionado.

X.2.d) Clasificación de las nulidades.

Las nulidades se pueden clasificar de acuerdo a: a) la rigidez con que la ley describe el vicio; b) el interés protegido; c) la ostensibilidad del vicio; y d) el grado de la nulidad.

X.2.d.1- Actos nulos y anulables.

En cuanto a la rigidez con que la ley describe el vicio, el acto puede ser nulo o anulable.

Será nulo cuando esté rígidamente establecida en la ley dicha nulidad, donde la sentencia es meramente declarativa, y los efectos se retrotraen al momento de la celebración del acto. Por ejemplo, el 980 CC: para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Será anulable cuando la ley desenvuelve un principio general, y quien deba determinar la existencia o no de nulidad sea el juez, en base a pruebas y la regla de la sana crítica, donde la sentencia será constitutiva del vicio: los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase (1046 CC).

X.2.d.2- Nulidad absoluta y relativa.

De acuerdo al interés protegido, la nulidad puede ser absoluta o relativa. Será absoluta la nulidad cuando los intereses protegidos sean generales, de la sociedad en su conjunto. En tal caso, la nulidad es inconfirmable, y la acción para declararla es

imprescriptible, inclusive podrá ser declarada de oficio por el juez en el caso de que sea manifiesta.

La nulidad relativa, por el contrario, se presenta cuando el interés protegido es un interés estrictamente particular, caso en el cual la nulidad será confirmable, subsanable por la persona en cuyo beneficio se establece, que es quien tiene la posibilidad de plantear dicha nulidad. La acción, en tal caso, será prescriptible, y el juez no la podrá decretar de oficio.

X.2.d.3- Nulidad manifiesta o no manifiesta.

Por su parte, de acuerdo a la ostensibilidad del vicio, la nulidad puede ser manifiesta o no manifiesta. En la primera el vicio es ostensible, mientras que en la nulidad no manifiesta el vicio no es ostensible. El juez puede decretar la nulidad de oficio cuando la misma es absoluta y manifiesta. El registrador, por su parte, puede rechazar una inscripción si el título presenta una nulidad absoluta y manifiesta. Así, pues, es necesario que se presenten los dos requisitos: que la nulidad sea absoluta, y que sea manifiesta.

X.2.d.4- Nulidad total o parcial.

En cuanto al grado de la nulidad, la misma podrá ser total o completa, o bien parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables (1039 CC).

X.3. Inexistencia del documento notarial. Supuestos.

Este tema de la inexistencia del documento notarial tiene relación con el hecho de que se acepte o no la teoría de los actos inexistentes, como distinta de la invalidez. Tanto en el CC como en el sistema jurídico en general, no está regulado el tema de la inexistencia, ni tampoco está contemplado en el último proyecto de reformas al CC de 1998. No obstante, hay numerosas situaciones concretas que parecen encuadrar en el caso de la inexistencia.

Los supuestos respecto de los documentos notariales son dos: a) la falta de firma del notario, y b) la autorización fuera de

la provincia en la que es competente. En el primer caso, si falta la firma del notario pero las partes firman el documento, podrá valer como documento privado (987 CC).

En el segundo caso, el notario actúa en territorio donde no tiene competencia, por lo que no es válido el documento que autoriza. Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones (980 CC). Son sin embargo válidos, los instrumentos hechos por funcionarios, fuera del distrito señalado para sus funciones, si el lugar fuese generalmente tenido como comprendido en el distrito (981 CC).

X.4. Efectos de la nulidad de los actos jurídicos

Nos referimos a la nulidad de los actos jurídicos cuando el vicio que la origina se encuentra en el negocio de las partes. En estos casos, en efecto, estamos en presencia de una nulidad sustancial.

X.4.a) Entre partes y respecto a terceros.

Cuando la misma es decretada por el juez, o reconocida por las partes, tiene el efecto jurídico de volver las cosas al mismo estado anterior en que se hallaban antes del acto anulado (1050 CC). Además, los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en el CC se establecen (1037 CC), por lo que no pueden existir nulidades implícitas.

Además, se debe distinguir si el vicio genera nulidad (1050 CC) o anulabilidad (1046 CC). Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase (1046 CC).

En el caso de la anulabilidad (1051 CC), encontramos tres sujetos con intereses diferentes: el transmitente, el adquirente, y el subadquirente. En efecto, el CC establece que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros

sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual; salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable (1051 CC).

Por tanto, el 'adquirente' aunque haya sido de buena fe y a título oneroso no está protegido respecto a su derecho sobre el inmueble negociado; con la anulabilidad del acto, vuelven las cosas al estado anterior. En el caso de los muebles, lo protege el principio de 'la posesión vale título' (2412 CC): la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida.

X.4.b) Terceros adquirentes de buena fe.

LLAMBIAS, con recepción también en la jurisprudencia, afirmaba que se debía proteger al 'subadquirente' de buena fe y a título oneroso cuando el primer acto fuese anulable (es decir, el acto entre el transmitente y el adquirente), fundamentándose en el 1046 CC y las normas sobre acción reivindicatoria.

La reforma al CC (Ley 17.711) reeptó tal corriente jurisprudencial y doctrinaria, agregándole también la protección a los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso 'siendo el acto nulo o anulable' (1051 *in fine* CC), por lo que se le otorgó una mayor extensión respecto de lo que la jurisprudencia reconocía, por cuanto no importará si el acto es nulo, anulable, de nulidad absoluta o relativa.

El subadquirente, por tanto, deberá demostrar que el acto es oneroso, como así también que actuó de buena fe. Si logra demostrar dichos extremos, legalmente está protegido:

A. *Que el acto sea nulo o anulable*: cuando el primer acto fue inexistente, y no nulo o anulable, no importará que haya un tercer adquirente de buena fe a título oneroso, pues la

protección del 1051 CC no es aplicable (ej. caso de sustitución de persona). Hay dos posiciones al respecto:

1. *posición restrictiva* (doctrina y jurisprudencia mayoritaria): las excepciones al 3270 CC tienen que estar consagradas por la ley, y el 1051 CC sería una excepción al principio del 3270 CC, por lo que debe ser interpretado restrictivamente, y sólo se aplicará si el acto es nulo o anulable;
 2. *posición amplia* (MOSSET ITURRASPE, ANDORNO): la última parte del 1051 CC consagra un caso de adquisición originaria (como la prescripción), por lo que no importará si el acto anterior es nulo, anulable, o inexistente, en tanto su derecho derivará de la ley. Con esta postura, se produciría una violación al derecho de propiedad en sentido amplio.
- B. *Que el acto sea a título oneroso*: en el caso de precio vil, el notario no es quien debe controlar el precio, pues si hay contraprestaciones para el escribano será un acto a título oneroso. Tanto a la 'lesión' como a la 'simulación' la decretará el juez, en su caso.
- C. *Que el subadquirente sea de buena fe*: buena fe significa no conocer el vicio, y en materia posesoria en principio todo poseedor es de buena fe. Tal presunción genérica no puede ser la que refiere el 1051 CC. En materia registral, el adquirente es de buena fe si quien la transmitió tenía el título inscripto. Recordemos, no obstante, que en nuestro sistema legal la inscripción no sana los vicios, pues no es convalidante.

El 1198 CC nos brinda el estándar jurídico de buena fe, que es el 'obrar con cuidado y previsión, según lo que verosíblemente la parte entiende o pudo entender'. Pero lo que se requiere es la buena fe 'activa', es decir el subadquirente deberá ser diligente, actuar con cautela, pues no basta la buena fe 'pasiva'. Se debe acreditar que uno fue diligente, respecto a los antecedentes del acto y los vicios de forma, pues el vicio de

forma en el título de adquisición hace suponer mala fe en el poseedor (4009 CC).

X.4.c) Estudio de títulos de buena fe. Distintas concepciones.

Se debe acreditar también diligencia en cuanto a los antecedentes del título, por lo menos hasta cubrir el periodo de prescripción máxima (veinte años), o más, hasta llegar a una transmisión a título oneroso. La obligación de estudiar el título es del adquirente¹²⁶.

Si se realiza un estudio de título y el vicio no se detecta porque no era manifiesto, el subadquirente estaría protegido. Y si no se efectúa estudio de título también estará protegido, en principio, pues de haberse realizado el vicio no se hubiere detectado, pues no era manifiesto.

De todos modos, el estudio de título es importante para los casos en que el vicio es ostensible y está en el título. Lo puede realizar cualquier profesional que sepa hacerlo. Respecto a la obligación del notario de efectuar un estudio de título, se debe acudir a la legislación local, pues no consagra tal obligación la legislación nacional.

Hay quienes afirman que hacerlo es un deber implícito del adquirente (no del notario, a menos que la ley local lo establezca), que surge del 1051 CC. El medio más idóneo, aunque no exclusivo, para acreditar la buena fe activa es el estudio de título¹²⁷.

Existen dos posiciones respecto de lo normado en el 1051 *in fine*, para que opere la excepción: una posición restrictiva y una posición más amplia sobre lo que se debe entender por 'buena fe'¹²⁸.

X.5. Confirmación de actos jurídicos.

¹²⁶ Sobre estudio de títulos, puede consultarse MUSTAPICH, José María, *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial. ob. cit.*, p. 127 y ss.

¹²⁷ ALTERINI, Atilio Anibal, *Estudio de títulos*, Revista La Ley, ob. cit.

¹²⁸ Al respecto, véase punto IX.5.c), *in fine*.

La confirmación de los actos jurídicos está prevista en el CC para actos que adolecen de nulidad relativa (1059 a 1065 CC). La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad (1059 CC). La confirmación es una renuncia a la acción de nulidad (nota al 1059 CC).

Por ejemplo, una persona que siendo menor compra un inmueble. Cuando quiera vender, tiene dos opciones: a) si vende directamente, habrá una confirmación tácita; y b) puede confirmar expresamente el acto, y luego realizar la venta. Pero si el menor sigue siendo menor cuando desee vender, deberá presentarse el representante legal y pedir la confirmación, con venia judicial y con conocimiento del Ministerio Pupilar.

Los actos nulos o anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar o alegar la nulidad, antes de haber cesado la incapacidad o vicio que de ella provenía, y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmación (1060 CC).

X.5.a) Requisitos de la confirmación.

La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa, debe contener, bajo pena de nulidad: a) La sustancia del acto que se quiere confirmar; b) El vicio de que adolecía; y c) La manifestación de la intención de repararlo (1061 CC). 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 (1062 CC).

La confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad (1063 CC). La confirmación, sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se hace (1064 CC). La 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. Este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros (1065 CC).

X.5.b) Diferencias con la ratificación.

Se debe distinguir, pues, la confirmación de la 'ratificación' y de la 'refinanciación'. La ratificación tiene efectos confirmatorios, y se presenta en el caso de falta o insuficiencia de poder, o gestión de negocios. La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre, o en cuyo interés se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa, y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato (1162 CC). La nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario (1330 CC).

La ratificación tácita del mandante resultará de cualquier hecho suyo que necesariamente importe una aprobación de lo que hubiese hecho el mandatario. Resultará también del silencio del mandante, si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiese hecho, no le hubiere contestado sobre la materia (1935 CC). La ratificación equivale al mandato, y tiene entre las partes efecto retroactivo al día del acto, por todas las consecuencias del mandato; pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiese constituido a terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación (1936 CC).

La refinanciación, por su parte, consiste en cambiar las condiciones o las modalidades de pago, pero no es una novación.

CAPITULO XI. FE PÚBLICA.

1. Fe pública. a) Etimología. b) Concepto jurídico de fe pública. c) Imperatividad. d) Fundamento. e) Clases. 1- Fe pública confianza. 2- Fe pública como calidad. 3- Fe pública como atribución de poderes. 2. Fines. 3. Requisitos. a) Creencia, calidad y Atribución de poderes. 4. Clases. a) Fe pública notarial. Concepto. b) Fundamentos. c) Caracteres. 5. Fe pública notarial y documento. a) Aspectos que comprende. b) Acción penal de falsedad. Efectos. 1- Falsedad material (292 CP). 2- Falsedad ideológica (293 CP). c) Acción civil de falsedad. Efectos.

XI.1. Fe pública.

XI.1.a) Etimología.

Se define a la 'fe' como la creencia que se da a las cosas por la autoridad de quien las dice, o por su fama pública. Etimológicamente, deriva de 'fides'; jurídicamente, del griego 'peitheio', que significa 'yo persuado'.

Se entiende por 'público' lo que es notorio, manifiesto, patente; aquello que lo conocen o saben todos. Etimológicamente, significa 'del pueblo'.

Así, por 'fe pública' entendemos en sentido literal, la creencia notoria o manifiesta. Cuando se utiliza este concepto en lenguaje jurídico, afirmamos que esta fe es pública y no privada, y que tiene un contenido jurídico, no relativo ni a lo religioso ni a lo político¹²⁹.

Jurídicamente, la fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone, en sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo, sino en virtud del imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos

¹²⁹ Sobre fe pública, puede consultarse FRONTERA, Rodolfo, Derecho Notarial. Fe pública, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, 10-IX-2008.

determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir sobre su objetiva verdad.

El concepto de fe pública no es la convicción o creencia del espíritu en lo que no percibe, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos o indiscutibles los hechos y actos sometidos a su amparo, creamos o no en ellos.

XI.1.b) Concepto jurídico de fe pública.

Los sentidos vulgar y jurídico de la expresión 'fe pública' se contraponen, pues: dar fe vulgarmente es prestar crédito de lo manifestado por otra persona o autoridad, es una actitud pasiva; mientras que dar fe jurídicamente equivale a atestiguar solemnemente, es un acto positivo. La potestad de atestiguar solemnemente no puede encomendarse de modo habitual a cualquier persona sin una especial investidura previa, pues debe ser exclusiva de los funcionarios a quien el Estado la encomienda.

Por ello, en su acepción técnica, se la puede definir a la 'fe pública' como la función específica de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo (GIMENEZ ARNAUD).

Por su parte, NUÑEZ LAGOS explica que un objeto presente a nuestros ojos, a nuestro conocer directo, es una realidad evidente, y en todo juicio de razón asentimos al objeto pensando o afirmando su contenido porque tenemos la evidencia de esa realidad percibida. Este asentimiento se produce en todo juicio de razón, y también en todo acto de fe.

En el juicio de razón se asiente al objeto por su evidencia, y en el acto de fe se asiente a pesar de su no evidencia. Cuando el objeto es evidente (es decir, tiene presencia integral) el asentimiento es un acto de conocimiento: conocemos sin que intervenga la voluntad para pronunciar el juicio. Pero cuando el objeto no es evidente (es decir, no está presente en el tiempo y el espacio), o el acto de asentimiento no se verifica, o si se verifica es algo que ajeno al objeto inclina la voluntad a verificar

necesariamente el acto de asentimiento, ese algo extrínseco que obtiene asentimiento a un objeto no evidente es llamado 'autoridad'.

XI.1.c) Imperatividad.

El poder imperativo de esa autoridad varía según el origen de la misma. Así, tenemos actos de fe religiosa (revelados por Dios) y de fe humana, que podrá ser de autoridad pública (fe pública) o autoridad privada (credibilidad).

El acto de fe, en la fe humana, es realizado por el sujeto creyente en sustitución de un acto de juicio realizado por otro sujeto sobre un objeto evidente. Así, mi creencia en la existencia del átomo, por ejemplo, es un acto de fe, que tiene tras de sí un acto de juicio de otra persona (del científico que tuvo dicha evidencia). Generalmente, el acto de fe y el acto de juicio son canjeables, y en tal caso estamos ante la fe humana privada. Así, se puede hacer evidente para alguien la creencia en la existencia del átomo mediante la comprobación personal.

Pero cuando el canje no es posible, y el acto de fe es forzoso o impuesto por la ley, nos encontramos ante la fe humana pública. La fe pública impone la verdad de un hecho, existe un acto de fe de quien no tuvo la evidencia del hecho, y la sustituye por el relato que de ese hecho hace la autoridad, de forma tal que sin la sentencia de falsedad que destruye la fe pública, no será legalmente posible el canje de la verdad formal impuesta (objeto no evidente) por la verdad material (objeto evidente).

La fe pública es una verdad impuesta, de curso forzoso. No obstante, si bien para el sujeto creyente el acto de fe tiene un objeto no evidente, para el funcionario público dicho objeto debe necesariamente ser evidente. La fe pública es la autenticidad de fondo, es decir, la conexión de hecho (esfera de la realidad) con su valoración legal (normas de eficacia), a través del funcionario público.

XI.1.d) Fundamento.

Según GIMÉNEZ ARNAUD, la fe pública, al igual que las demás instituciones, aparece en la sociedad para la realización normal del derecho, que es uno de los fines del Estado. Las relaciones que se establecen en el grupo social suponen actos de autoridad y de correlativa obediencia, y por ello es preciso saber quién es la persona que puede dar órdenes, y hasta dónde llega su poder.

Todas las circunstancias que acontecen entre los componentes del organismo social, no solamente han de producirse, sino que además han de tener notoriedad y veracidad para que las consecuencias que de ellas surgen no sean caprichosas.

En las sociedades primitivas, cuya organización política es muy rudimentaria y se asienta sobre bases esencialmente familiares, el comercio jurídico tiene publicidad de hecho y notoriedad: la simple producción del hecho de que se trate tiene suficiente resonancia social para imponer la creencia en su exactitud y detener la realización de sus consecuencias contra quien intente desconocerlas.

A medida que las relaciones sociales se complican porque se hace más compleja la organización interna del grupo, se impone como imperativo de interés público la existencia de una serie de organismos que, de una parte, comprueben la existencia de los hechos jurídicos y los derechos, y de otra, garanticen las consecuencias del hecho y el derecho cuando sean desconocidos por aquellos a quienes su ejercicio puede perjudicar.

El fin jurídico del Estado lo impulsa a la realización del derecho. Esto no es en último análisis más que la elevación del hecho social a la categoría de norma jurídica mediando la intervención de funcionarios públicos competentes para tal transformación. Luego, la fe pública se fundamenta precisamente en la necesidad de imponer el hecho jurídico nacido del hecho social en forma persuasiva por su bondad y veracidad intrínseca. Hecho jurídico que se origina en el Estado jurídico social y que recoge la fe pública para que sea aceptada

como verdadero por todos los que forman parte de la comunidad y están sometidos al poder del Estado.

Ni las leyes ni las sentencias judiciales ni los documentos notariales tendrían eficacia en la sociedad organizada si a cada momento podría negarse su legitimidad o autenticidad. Estas significaciones se proyectan para darnos un concepto tridimensional de la fe pública. Los tres aspectos se interfieren y apoyan recíprocamente. La calidad que adquiere el documento notarial es una consecuencia de los poderes conferidos al agente, y ambas proyectan un particular prestigio sobre el instrumento, que sumado a otros elementos determina en su favor esa confianza pública que el derecho protege.

XI.1.e) Clases.

XI.1.e.1- Fe pública confianza.

Algunos autores se apoyan en la significación etimológica de la expresión para definirla como 'creencia del pueblo'. Es la fe que el pueblo deposita en lo afirmado por el notario, o en el documento que él autoriza, derivada de su autoridad.

El derecho ampara esa confianza del pueblo, y castiga como delitos contra la fe pública la falsificación de documentos, sellos del Estado, monedas y títulos públicos, signos de certificación o autenticación, etc. De este modo, una noción que tiene sus raíces en el derecho penal ingresa al ámbito del derecho instrumental para fundar la eficacia del documento que el escribano autoriza con su firma y sello.

Alguna doctrina caracteriza a la fe pública como un concepto eminentemente subjetivo: estado psicológico colectivo de convencimiento o creencia. De este modo se exigiría como punto clave del instituto una de sus manifestaciones en el plano social, desplazando sus principios jurídicos. No obstante, el Estado toma esta idea puramente receptiva de la fe pública y la convierte en un bien jurídico protegido por el derecho penal. Pero más que una creencia, es una confianza del pueblo.

XI.1.e.2- Fe pública como calidad.

En el ámbito del documento notarial, la fe pública es una calidad propia que la intervención del notario otorga a ciertos instrumentos: la fe pública notarial es un grado de eficacia atribuida por la ley a cierta clase de documentos como consecuencia de la intervención que en ellos tiene el escribano. Se refiere a hechos que el agente toma del mundo exterior, percibiéndolos de modo inmediato por la vista y el oído: la narración de estos hechos cae bajo la protección de la fe pública.

El Estado confiere fe pública (autoridad) al escribano y el pueblo deposita colectivamente su confianza en los documentos que éste expide en ejercicio de su función: le otorga su fe que es pública porque de él, del pueblo, emana. Esta calidad propia, esta particular manera de ser, es la que el Estado reconoce en el documento al otorgarle protección.

La narración que el escribano hace en sus documentos representa el hecho narrado: es verdadera cuando el hecho y la narración se corresponden, de lo contrario es falsa. Pero la fe pública en la narración es, en principio, irreversible. No obstante, se debe distinguir en la narración lo que el notario percibe directamente del mundo exterior, de los juicios que efectúa o de las calificaciones tomadas de su mundo interior: estos no están protegidos por la fe pública (993 CC).

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 (993 CC).

XI.1.e.3- Fe pública como atribución de poderes.

Todo poder del Estado es facultad de obrar y, puesto que emana de su soberanía, contiene el principio de autoridad. La administración tiene la facultad de obrar como autoridad, aunque diversificada en varias facultades que reciben el nombre de 'potestades'. Entre las diversas especies de potestades, está la función notarial, que se encomienda a los notarios y que

participa de aquella nota de autoridad inherente al obrar del Estado.

Se tiene por fe pública en sentido amplio, la autoridad legítima atribuida a los escribanos y a otros funcionarios para autorizar documentos que serán tenidos como auténticos. En conclusión, el fundamento de la fe pública se encuentra en la necesidad que tiene la sociedad, para lograr su estabilidad y armonía, de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, de modo que las manifestaciones externas de dichas relaciones sean garantía para la vida social de los ciudadanos.

XI.2. Fines.

Según LARRAUD, el notariado cumple los cometidos inherentes a su función con el objeto de lograr la certidumbre de las relaciones y situaciones jurídicas subjetivas concretas¹³⁰. Para tales propósitos, la sociedad facilita al agente la posibilidad de asegurar la indisputabilidad de los hechos y actos jurídicos, pues la norma carecería de eficacia si no fuese posible apoyarla en situaciones de hecho sólidamente establecidas.

Así, la finalidad de la fe pública sería el afianzamiento de las relaciones y situaciones jurídicas subjetivas de una sociedad.

XI.3. Requisitos.

Sostiene NUÑEZ LAGOS que en cuanto a los requisitos de la fe pública, se debe distinguir las diferentes fases: a) fase de evidencia, b) fase de solemnidad, c) fase de objetivación, y d) fase de coetaneidad.

Respecto a la *fase de evidencia*, en todo documento es necesario distinguir su autor y su destinatario. La fe pública exige que el autor sea un funcionario público, o ejerza funciones públicas; y exige también que dicho autor narre el hecho propio u observe el ajeno (evidencia). El autor, pues, tiene un conocimiento directo del acto, por lo que 'recibe' el acto y da fe

¹³⁰ LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, ob. cit.

del mismo. El destinatario, por su parte, no recibe el acto sino la fe.

En la *fase de solemnidad*, el acto de fe pública no tiene evidencia si no está regulado por la ley. Es lo que se denomina el rigor formal de la fe pública: la evidencia dentro de la solemnidad, es decir, dentro de las garantías legales para la fiel percepción y conservación del hecho histórico.

La *fase de objetivación* consiste en la conversión del hecho percibido en una cosa corporal. El documento exige corporeidad, substancia corporal de cosa mueble. Así, la fe pública se objetiva, se incorpora en una cosa, y vive autónoma en el papel.

Por último, la *fase de coetaneidad* se presenta en cuanto las tres fases anteriores han de producirse coetáneamente. La evidencia, la ceremonia del acto solemne, y su conservación en el papel, deben ocurrir al mismo tiempo, por el principio de la 'unidad de acto'. Lo que quede fuera de dicha unidad, quedará fuera de la fe pública.

XI.3.a) Creencia, calidad y Atribución de poderes.

Según LARRAUD, la palabra 'fe' tiene sentidos diversos. Desde un punto de vista del *sujeto pasivo* (sentido receptivo), fe es la creencia o confianza en algo que no hemos percibido por nuestros sentidos, y que no obstante aceptamos como cierto por la autoridad de quien lo dice, o por su forma pública.

Desde un punto de vista del *sujeto activo* (funcionario público), se entiende por fe a la seguridad que se da o la afirmación que se hace, acerca de la verdad de algo. Por otra parte, desde el punto de vista del *documento*, fe es una cualidad que implica cierta manera de calificación de algo.

Hay un elemento en común a estos tres sentidos del concepto de 'fe', pues el mismo aparece vinculado a una idea de verdad, si bien en cada caso el sentido de la expresión es distinto. El primero refiere al sujeto pasivo de la fe, el segundo al sujeto activo, y el tercero refiere a la fe en cuanto a su propia manera de ser.

XI.4. Clases.

La fe pública puede presentarse de diversas maneras: como fe pública administrativa, como fe pública judicial, y como fe pública notarial.

La fe pública judicial la encontramos dentro del poder judicial, pues dada la trascendencia de las actuaciones ante los tribunales, es lógico que las mismas estén revestidas de un sello de autenticidad.

La fe pública administrativa es la potestad de certificar la verdad de hechos ocurridos en los procedimientos de la administración pública, con exclusión de la administración de justicia. Su objeto es dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado, o por las personas de derecho público, dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción.

Según GIMÉNEZ ARNAUD, tiene como contenido no sólo los actos derivados de la actividad legislativa y reglamentaria, sino también los actos jurisdiccionales o de mera gestión. La ejercen tanto los funcionarios cuya misión específica es certificar, como aquellos otros que ejercen autoridad autónoma, aunque dentro de las facultades regladas. Siempre han de tener jurisdicción (ej. sello de telegrama, boleta de infracción, etc.).

Hay actos humanos cuya finalidad es la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, y por ende, de derechos patrimoniales de carácter privado. La constancia de semejantes acontecimientos constituye la órbita propia de la fe pública notarial o extrajudicial.

Así, la fe pública notarial es la potestad que el Estado confiere al notario para que, a requerimiento de parte, con sujeción a determinadas formalidades, asegura la verdad de hechos y actos jurídicos que le consten: con el beneficio legal para sus afirmaciones de ser tenidas por auténticas mientras no se impugnen mediante querrela de falsedad (LARRAUD).

Según FRONTERA¹³¹, la fe pública en realidad es una sola, como lo sostiene ZINNY. Sus clases no son sino formas de expresión de una misma cosa. La fe pública es una sola, sin importar de dónde provenga, pues no interesa por qué canal se manifiesta. Lo que sucede es que se producen distintos actos en distintas sedes: en sede administrativa, encontramos el acto administrativo, en los expedientes administrativos; en sede judicial, encontramos el acto judicial en el expediente judicial; y el acto notarial lo encontramos junto al documento notarial.

XI.4.a) Fe pública notarial. Concepto.

La misma exigencia de notoriedad y certidumbre que deben tener los actos públicos relacionados con la actividad administrativa, legislativa y judicial, se impone cuando se trata de actos relativos a particulares. Porque si el Estado tiene la obligación de proteger los derechos privados contra toda violación, sólo podrá hacerlo respecto de aquellos actos cuya existencia le conste.

La fe pública notarial tiene una función preventiva, y tanto en sus orígenes como en su evolución y en su actual desarrollo, responde a la necesidad de preconstituir la prueba, como modo de impedir el planteamiento del pleito¹³².

La fe pública notarial, pues, es la función pública y técnica por la que los actos jurídicos privados y extrajudiciales que se someten a su amparo, adquieren autenticidad legal (GIMÉNEZ ARNAUD). Es, así, la potestad que el Estado confiere al notario para que, a requerimiento de parte, dote de autenticidad a un determinado hecho que pasa por ante su presencia.

Según FRONTERA, es la objetivación solemne y coetánea (causa material) declarada por el notario investido en ejercicio de sus funciones notariales (legitimado), impuesta como

¹³¹ FRONTERA, Rodolfo, *ob. cit.*

¹³² Véase Ap. XII.5, *La llamada 'jurisdicción voluntaria'*.

verdad oficial (causa formal) por el imperio de la ley (993 y cc. CC)¹³³.

XI.4.b) Fundamentos.

La fe pública notarial tiene como fundamento la fugacidad del hecho histórico, pues es necesario fijar el hecho con un doble propósito: inmediato, para lograr un documento auténtico; y mediato, por seguridad, orden y justicia.

XI.4.c) Caracteres.

La fe pública, siempre que se cumpla con los requisitos anteriormente expuestos, está dotada de ciertos caracteres:

1. Exactitud: el lado positivo de la fe pública, 'lo narrado es cierto' (992 CC), pues de lo que afirma el documento no nos podemos desdecir.
2. Integridad: el lado negativo de la fe pública, 'lo no narrado no existe' (996 CC), salvo el caso de contradocumento. El único que puede tener efecto contra terceros será el contradocumento público de un instrumento público, si se toman los recaudos necesarios (estar anotado en la escritura matriz en nota marginal, y estar agregada esa nota en la copia que circula).
3. Autonomía: cuando un documento afirma algo sobre un hecho histórico, no se puede volver sobre él para decir que fue distinto a cómo está relatado. 'El *dictum* se sobrepone al *factum*', pues el documento adquiere autonomía respecto del hecho histórico.

XI.5. Fe pública notarial y documento.

XI.5.a) Aspectos que comprende.

La fe pública le comunica al documento un valor: la autenticidad. Las cláusulas pueden ser:

- a) auténticas: 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

¹³³ FRONTERA, Rodolfo, *ob. cit.*

hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia (993 CC).

- b) enunciativas indirectas, quien afirma deberá probar lo afirmado: los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos (994 CC); y
- c) enunciativas directas, están íntimamente relacionadas con el objeto, pero si faltan no son un vicio del acto; quien niega, deberá probarlo: los instrumentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal, no sólo entre las partes sino también respecto de terceros (995 CC).

El contenido de un documento notarial son declaraciones, que podrán ser:

1. Declaraciones propias del notario: el dictum prima sobre el factum.
2. Declaraciones sobre hechos percibidos por el notario (ej. la presencia física de las personas, tener a la vista los títulos, el pago de dinero en su presencia, etc.). El dictum prevalece sobre el factum.
3. Los juicios del notario: (ej. la plenitud de las facultades mentales), es una apariencia, pues puede tener el compareciente una incapacidad que el notario desconoce. Antes, la fe de conocimiento se la entendía amparada por el 993 CC, pero luego se entendió como un juicio del notario, es decir una presunción iuris tantum que puede ser atacada con la producción de prueba en contrario. El factum se sobrepone al dictum.
4. La acreditación de identidad: el Anteproyecto¹³⁴ se inclina por la postura de amparar la fe de conocimiento en el principio del 993 CC; en la doctrina, se comparte esta tesis. Pero

¹³⁴ INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, ob. cit.

con la sanción de la Ley 26.140, se reformaron el 1001 y 1002 CC, por lo que esto cambió; así, la doctrina mayoritaria sostiene que los juicios de calificación de los títulos no están amparados por la fe pública, son presunciones iuris tantum, que caen con la producción de prueba en su contra. El factum se sobrepone al dictum.

5. El contenido de las declaraciones de las partes: queda amparada la emisión de la declaración, pero no su sinceridad. Así, queda autenticado que la declaración fue emitida por el otorgante, pero no la sinceridad de sus dichos. El dictum no prevalece sobre el factum.

La fe pública puede ser clasificada de la siguiente manera:

1. Subjetiva: pues el documento prueba por sí mismo su autoría, su real procedencia (993 CC);
2. Corporal: pues es corporalmente auténtico el documento que por sus signos sensibles aparece como documento público y ha de considerarse así; la fe pública es el valor que la ley le otorga a la cosa (989 CC, 292, 294-298 CP);
3. Ideológica: las declaraciones del notario sobre sus propios hechos o los pasados en su presencia (993 CC, 293 CP); en el CP la autenticidad se encuentra ampliada respecto al CC.

En cuanto a la autenticidad, la misma puede ser externa (autenticidad corporal), o bien interna (autenticidad ideológica). Por otra parte, se la clasifica en autenticidad originaria (surge del principio de inmediatez entre el hecho histórico y el autor del documento; y la tienen los documentos originales, sean protocolares o extraprotocolares), y autenticidad derivada (la tienen las copias, pues la copia de las escrituras de que hablan los artículos anteriores hace plena fe como la escritura matriz, 1010 CC).

XI.5.b) Acción penal de falsedad. Efectos.

El valor de los instrumentos públicos está establecido en una norma nacional, sustancial. La fe pública transmite al

documento el valor autenticidad: no todas las partes del mismo son auténticas, sino sólo aquellas en donde prevalece el dictum sobre el factum, es decir lo escrito en el documento por sobre la verdad real de lo acontecido.

Para destruir ese valor de autenticidad (993 CC), se requiere de una acción civil o penal de falsedad. La misma es una acción, y por tanto no puede oponerse por vía de excepción. La acción civil de falsedad apunta al documento notarial, mientras que la acción penal de falsedad se enfoca sobre la/s persona/s involucrada/s.

La acción penal de falsedad tiende a sancionar la conducta del notario o del funcionario público (292-298 CP). La fe pública, desde el punto de vista penal, es más amplia que desde el punto de vista civil. SOLER sostiene que se está protegiendo la confianza¹³⁵.

No obstante, la conducta delictiva es más estricta que en materia civil, pues tiene que encuadrar perfectamente en el tipo penal consagrado en el CP.

XI.5.b.1- Falsedad material (292 CP).

El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años.

Para los efectos del párrafo anterior están equiparados a los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las

¹³⁵ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Ed. TEA, varias ediciones.

cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento.

Así, tenemos que existen tres modos de falsedad: a) hacer un documento enteramente falso; b) parcialmente falso; c) adulterar un documento verdadero. Ello, 'de modo tal que pueda resultar un perjuicio'; es decir, basta con la posibilidad de causar perjuicio, con el perjuicio en potencia.

Además, ingresa el documento privado a los delitos contra la fe pública, aunque la pena es mayor cuando se trata de un documento público. El agravante lo encontramos para los casos de documentos públicos destinados a acreditar identidad de personas, titularidad de dominio, y habilitación para circular con vehículos automotores. Para los efectos mencionados, quedan equiparados a los instrumentos públicos los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285 CP¹³⁶ (297 CP).

Además, no sólo es pasible de sanción penal quien hace o adultera un documento público o privado, sino también 'el que suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio' (294 CP). Se hace referencia aquí, en efecto, al acto de suprimir o destruir un documento, en forma parcial o total (ej. quemar el protocolo, arrancar parte de sus fojas, etc.).

El que hiciere uso de un documento o certificado falso o adulterado, será reprimido como si fuere autor de la falsedad

¹³⁶ Ellos son: la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado (285 CP).

(296 CP). El agravante lo encontramos cuando alguno de los delitos previstos en este Capítulo fuere ejecutado por un funcionario público con abuso de sus funciones, pues en tal caso el culpable sufrirá, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena (298 CP).

XI.5.b.2- Falsedad ideológica (293 CP).

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 deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior¹³⁷, la pena será de 3 a 8 años

En este caso, tiene que tratarse de un instrumento público, no privado. Además, se refiere a las declaraciones falsas, 'concernientes a un hecho que el documento deba probar', por lo que por ejemplo si el notario redacta que no se deben impuestos en una escritura de compraventa inmobiliaria, y sí se deben, no sería una falsedad ideológica pues no es un hecho que el documento deba probar. Además, debe existir la posibilidad de que 'pueda resultar perjuicio', aunque sea en potencia.

El agravante se da para los casos de los documentos mencionados en el 292 *in fine* CP.

XI.5.c) Acción civil de falsedad. Efectos.

El procedimiento a seguir para el caso de la acción civil de falsedad se encuentra regulado en las leyes locales. En el caso de la Provincia de Santa Fe, no existe un procedimiento especial, mientras que en el CPCCN se lo regula como un

¹³⁷ Se refiere a 'los documentos destinados a acreditar la identidad de las personas, aquellos que a tal fin se dieren a los integrantes de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales o penitenciarias, las cédulas de identidad expedidas por autoridad pública competente, las libretas cívicas o de enrolamiento, y los pasaportes, así como también los certificados de parto y de nacimiento' (292 *in fine* CP).

incidente (395 CPCCN), aunque la doctrina expresa que ello no impide entablar la demanda por la vía principal.

La acción civil de falsedad tiene por objeto atacar cualquier tipo de autenticidad, sea subjetiva, objetiva o ideológica. Produce los siguientes efectos:

1. Sobre el instrumento, produce la anulabilidad (989 CC), que podrá ser total o parcial.
2. Sobre el acto jurídico, el 1045 CC expresa que son anulables los actos jurídicos si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

Según el 993 CC, los efectos de la anulabilidad se producirían desde la interposición de la demanda, pero hay diversas opiniones:

- a) interpretación literal: desde la interposición de la acción;
- b) LLAMBIAS: desde la sentencia;
- c) PELOSI, ALTERINI: desde la sentencia, pero iniciada la acción de falsedad se podrá decretar, como medida cautelar, 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 y justificada la necesidad de evitar graves perjuicios (art. 94 del Anteproyecto).

Cuando coexisten la acción civil y la penal (1101-1106 CC), prevalece el juicio penal, salvo cuando la acción penal no puede ser intentada o continuada por fallecimiento o ausencia del acusado, caso en que la acción civil puede ser intentada o continuada (1101 CC).

En caso de condena del acusado en el juicio penal, en el juicio civil no puede discutirse la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni la culpa del condenado (1102 CC). Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución (1103 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. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente: las que versaren o bien sobre la validez o nulidad de los matrimonios, o bien sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes (1104 CC). Con excepción de esos dos casos, o de otros que sean exceptuados expresamente, 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 (1105 CC).

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 (1106 CC).

Se debe tener presente que la intervención procesal del notario podrá ser como parte, o como tercero. Además, podrá ser voluntaria o bien coactiva. Los efectos variarán según el modo de intervención que el mismo detente.

La intervención voluntaria puede ser: como parte autónoma, como adhesión simple (303 CPCCSF), o como una adhesión consorcial. En tal caso, queda constituido un litisconsorcio pasivo necesario.

En el caso de juicio ejecutivo y ejecución hipotecaria, un fallo aceptó una excepción de falsedad ideológica.

En cuanto a las pruebas admisibles, el criterio es amplio, aceptándose todo medio de prueba incluyendo la indiciaria, siempre que los indicios sean coincidentes, inequívocos y asertivos, salvo el caso del 992 CC, pues los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo.

CAPÍTULO XII. FUNCIÓN NOTARIAL.

1. El notario. a) Concepto de función notarial. b) Caracteres. 1- Carácter jurídico. 2- Carácter precautorio. 3- Carácter imparcial. 4- Carácter público. 5- Carácter técnico. 2. Naturaleza jurídica. a) Doctrina del 1º Congreso Internacional del Notariado latino. 3. Fines y funciones. a) Certeza jurídica. b) Forma. c) Ejecutoriedad. 4. Competencia notarial. Análisis. Derecho comparado. a) Competencia territorial. 1- Sistemas. 2- Fundamentos. b) Competencia personal. 1- Naturaleza jurídica de esta prohibición. 2- En materia testamentaria. 5. La llamada "jurisdicción voluntaria". Sistemas legales.

XII.1. El notario.

XII.1.a) *Concepto de función notarial.*

Se entiende por 'función' a toda actividad o conjunto de operaciones destinadas a un fin. Partimos desde el punto de vista de que la función notarial es una función pública, del Estado. El poder es uno solo, pero hay diferentes funciones del Estado¹³⁸.

El fin del Estado es el bien común. Y para lograr ese fin, el Estado despliega funciones: legislativas, administrativas y jurisdiccionales. La función notarial sería una función pública *administrativa*, pues son actos concretos que satisfacen necesidades colectivas.

XII.1.b) *Caracteres.*

Según LARRAUD, los caracteres de la función pública notarial son los siguientes: a) es jurídica; b) precautoria; c) imparcial; d) pública; y e) técnica¹³⁹.

XII.1.b.1- *Carácter jurídico.*

¹³⁸ Sobre el tema, véase MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, *Función notarial*, Buenos Aires.

¹³⁹ LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, ob. cit.

La fe pública tiene carácter jurídico, pues es una actividad perfectamente tipificada y reglamentada por normas jurídicas. También en el sentido de que los notarios trabajan con el derecho, pues su función es la idónea adecuación de la voluntad de las partes al orden jurídico. El quehacer propio del notario tiene *fines jurídicos*: su actividad se desenvuelve en el ámbito jurídico de la vida social.

La actividad notarial se encuentra típicamente regulada y desarrollada por la normativa vigente. El notario trata en su dimensión jurídica, la relación económica, familiar o moral que le llevan los particulares. El carácter jurídico se refiere a hechos o actos voluntarios de la vida cuyo fin es la producción de consecuencias mediatas o inmediatas regidas normativamente.

XII. 1.b.2- Carácter precautorio.

La fe pública tiene carácter precautorio, en cuanto cautela los intereses privados, para que no se produzcan conflictos. Según FRONTERA, ello es la 'prudencia notarial', pues es una virtud por la cual se deben elegir los medios adecuados para lograr el fin deseado¹⁴⁰. Tiene distintas etapas:

1. Etapas cognoscitivas: memoria (es el registro de la experiencia pasada, para actuar bien en el presente, pensando en el futuro), entendimiento o inteligencia (es el conocimiento del presente, de lo que quieren las partes, y si se puede adecuar), razonamiento (nos permite aplicar las reglas de la lógica), docilidad (debemos adquirir los conocimientos de quienes saben más que nosotros), solercia o sagacidad (facultad del hombre de crear cosas).
2. Etapas preceptivas: providencia o previsión (encontrar el tipo legal, la adecuación), circunspección (estudiar las circunstancias del caso, para ver si pueden adecuarse a un determinado tipo legal), precaución o cautela (aconsejar las medidas para evitar el mal, y conseguir el bien).

XII. 1.b.3- Carácter imparcial.

¹⁴⁰ FRONTERA, Rodolfo, *ob. cit.*

La fe pública tiene carácter imparcial, pues el notario es 'de las partes', no de una sola parte. Así, a quien lo requiera se le debe dar la información que necesita, no importa cuál de las partes sea. Existe un severo régimen de responsabilidades, pues la ley quita todo valor a los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados (985 CC).

El notario es un tercero imparcial, que ejerce una verdadera magistratura precautoria. Debe estar siempre por encima de los intereses comprometidos: su función le obliga a proteger a las partes en forma igualitaria. La imparcialidad como bien jurídico de la institución ha sido puesta a cubierto por el legislador, mediante: un severo régimen de incompatibilidades (985 CC), la obligación del secreto profesional (157 CP), y un sistema de responsabilidades civiles, penales y administrativas¹⁴¹.

XII. 1. b. 4- Carácter público.

La fe pública tiene tal carácter público, en cuanto si bien una posición de doctrina minoritaria sostenía que la función del notario era privada, hoy día existe unanimidad sobre el carácter de función pública de la función notarial. No obstante, la doctrina se divide en:

- a. **Funcionalistas:** afirman que el notario es un funcionario público, porque lo dice la ley como en Prov. Santa Fe, o porque el Estado se reservó el derecho de la autenticidad, como afirma MUSTAPICH¹⁴². Sostienen que el notario es un funcionario público dependiente de la administración pública;
- b. **Judicialistas:** sostienen que el notario ejerce una función pública pero dentro de la administración de justicia.

¹⁴¹ Sobre responsabilidad y función notarial, véase GATTARI, Carlos Nicolás, *Responsabilidad y función notarial*, en *Manual de Derecho Notarial*, ob. cit., p. 245 y ss.

¹⁴² MUSTAPICH, José María, *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*, ob. cit. . Así lo sostiene también el escribano santafecino GUTIÉRREZ.

- c. Postura intermedia: sostienen que el notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública. Está basada en la doctrina de SANOVINI sobre funciones públicas a cargo de particulares, y es compartida por la mayor parte de la doctrina nacional.

XII.1.b.5- *Carácter técnico.*

La fe pública tiene carácter técnico, en tanto la técnica es hija de la prudencia notarial, es buscar los medios¹⁴³. El documento es una obra literaria, y como toda obra literaria tiene distintas partes o fases:

1. La invención o hallazgo: encontrar el documento adecuado.
2. La disposición: es la ordenación de las partes, sus distintos estilos:
 - a. *Estilo primitivo*: escrituras redactadas en primera persona, y al final una cláusula donde aparecía el escribano.
 - b. *Estilo cronológico*: consiste en narrar las escrituras de acuerdo a cómo van ocurriendo los hechos. Actualmente encontramos este estilo en las actas notariales.
 - c. *Estilo lógico*: la escritura sería una especie de silogismo, con premisa mayor, premisa menor y conclusión. En general, esto se da en las sentencias y en los formularios para constituir bien de familia por acta notarial.
 - d. *Estilo científico*: arranca del Derecho Internacional Privado, con elementos personales (la comparencia), elementos reales (el objeto) y elementos formales.
3. La elocución: encontrar las palabras adecuadas.
4. La grafación: tenemos una legislación local muy detallista en cuanto a la grafía, pues se le otorga particular importancia al papel y a la tinta empleada por el notario.

XII.2. *Naturaleza jurídica.*

¹⁴³ Véase FRONTERA, Rodolfo. *Qué es el acto notarial?.. ob. cit.*, Apólogos 5 y 6.

XII.2.a) Doctrina del 1º Congreso Internacional del Notariado latino.

En el 1º Congreso Internacional del Notariado latino se definió al notario como 'el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos'¹⁴⁴.

Define la naturaleza jurídica del notario, y define la función notarial. Se critica que se dedica a definir la función notarial en las escrituras, y deja al final el tema de las actas. Se inclina por la postura intermedia: define al notario como un profesional del derecho encargado de una función pública.

La función notarial sobre esta definición consiste en tres partes:

1. **Predocumental**: recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, para lograr el documento notarial perfecto. Se interfiere la tarea del profesional con la tarea pública. Aconsejar a las partes: la doctrina del consejo. Viene acompañado del asesoreamiento y antes de la información. Consejo y asistencia: ser conciliador y árbitro. LARRAUD hablaba de la jurisprudencia cautelar. D'ORAZI FLAVONE expresa que es 'la idónea adecuación del paradigma negocial al paradigma abstracto legislativo'.
2. **Documental**: dar forma legal confiriéndole autenticidad. Son auténticas sólo las partes a las que se refiere el 993 CC.
3. **Posdocumental**: conservar los originales y expedir copias. Los notarios realizan además otras tareas posdocumentales: los trámites impositivos, la inscripción del documento notarial, etc.

XII.3. Fines y funciones.

XII.3.a) Certeza jurídica.

¹⁴⁴ Véase, asimismo, IMPELLIZZERI, Silvia. *Tratado de Derecho Notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires.

La certeza de las relaciones y situaciones jurídicas concretas, consideradas en su doble aspecto de hecho y de derecho, es una necesidad fundamental del orden jurídico. El estado logra dicha certeza a posteriori mediante la actividad jurisdiccional y la institución de la cosa juzgada.

Pero en el terreno del derecho privado sustantivo la incertidumbre puede germinar fácilmente y por ello el Estado ejerce o encomienda la función de la fe pública y de la autenticidad, tendientes a dar certeza *a priori* a dichas relaciones y situaciones. Para facilitar una fijación *a priori* del derecho, El Estado establece, en el régimen latino, un sistema de publicidad registral y encomienda al notariado el cometido de dirigir jurídicamente a los particulares en la regulación de sus derechos subjetivos.

La fe pública integra el elenco de elementos que la técnica jurídica pone a disposición del agente. Debe quedar claro que la función notarial tiene por objeto la individualización regular de los derechos subjetivos a los efectos de dotarlos de certeza.

Para obtener este fin, el Estado se sirve de medios: objetivo (el documento notarial) y subjetivo (el órgano y la pericia del agente, notario)¹⁴⁵.

La certeza de las relaciones y situaciones jurídicas concretas es una necesidad fundamental del orden jurídico. Ella puede lograrse por el Estado a posteriori, por medio de la actividad jurisdiccional y la cosa juzgada. Pero también es necesario brindar una certeza preventiva, *a priori*, a los efectos subjetivos, conforme las necesidades del tráfico y de su prueba eventual. La fijación preventiva de los hechos se logra mediante la fe pública y la autenticidad que de ella se deriva, y para facilitar la fijación *a priori* del derecho, el Estado en el régimen latino crea un sistema de publicidad registral e instituye el

¹⁴⁵ Sobre los fines de la función pública, concepto, caracteres y contenidos de la misma, puede verse FRONTERA, Rodolfo, *Derecho Notarial. Función pública*, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, 10-IX-2008.

notariado para que dirija jurídicamente a los particulares en sus relaciones, actuando en la regulación de sus derechos.

Para MARTÍNEZ SEGOVIA¹⁴⁶, los fines de la función notarial son la Seguridad, el Valor y la Permanencia del documento notarial y su contenido.

1. Seguridad: hace que el documento notarial se afirme jurídicamente. Hay una serie de operaciones que persiguen esa seguridad: el análisis de la competencia, el juicio de capacidad de las partes, etc. En esta finalidad, predomina la actuación del notario como profesional del derecho. El notario latino, que es entendido como profesional del derecho en ejercicio de una función pública, responde por la perfección jurídica de su obra como garantía de seguridad. Esto no sucede en el notario anglosajón, que es predominantemente fedatario, por ello allí se acostumbra a contratar seguros que reemplazan esa garantía por una indemnización.
2. Valor: implica la virtud para producir efectos que tiene el documento notarial. Efectos probatorios, efectos ejecutivos, efectos constitutivos, de tráfico, etc. Límite de la eficiencia total del documento: el territorio, se ve compensado con medios para que surta efectos fuera de un determinado territorio (ej. legalización y autenticaciones).
3. Permanencia: está dada por el uso de medios adecuados para que el documento sea indeleble, y luego en la utilización de procedimientos de conservación y en la garantía de reproducción auténtica. Tiene que ver con el protocolo, con las regulaciones locales, con el deber de los notarios de ser custodios y con que después el protocolo pasa al archivo. También tiene que ver con tener lugares adecuados en la escribanía para guardar el protocolo. Permanencia significa mantenerse en el tiempo sin cambiar de calidad, a diferencia de los otros dos fines este no es un concepto jurídico.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, *Función notarial*, ob. cit.

XII.3.b) Forma.

Otro de los fines y funciones de la función notarial es la de cumplimentar la formalidad que requiere la normativa vigente para que el negocio jurídico instrumentado sea un negocio válido.

Así, pues, sin la forma notarial brindada a través de la función del notario, el documento podrá valer como documento privado, si reúne los requisitos que para tal clase de documentos la ley requiere (987 CC); mientras que si no se instrumenta por escritura pública el negocio jurídico sufrirá una conversión sustancial, en cuanto podrá valer como obligación de escriturar (1185 CC), modificándose así el efecto jurídico querido por las partes al contratar.

Por tanto, la forma jurídica del negocio instrumentado es otro de los fines que cumple la función notarial.

XII.3.c) Ejecutoriedad.

El CPCCN establece que los títulos que traen aparejada ejecución son, entre otros: a) el instrumento público presentado en forma; y b) El instrumento privado suscripto por el obligado, reconocido judicialmente o cuya firma estuviese certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo (523 CPCCN).

De este modo, la función notarial permite por dos vías dotar al documento que instrumenta el negocio jurídico de las partes, de la ejecutoriedad normada en el código ritual, facilitando así la defensa de los derechos documentados por este medio, que posee el actor.

XII.4. Competencia notarial. Análisis. Derecho comparado.

Los notarios no tienen jurisdicción sino una función notarial. Pero, ¿cómo es la medida de esa función?

Según PELOSI, competencia es el ámbito asignado por el ordenamiento jurídico para ejercer la función atribuida. Ese ámbito puede estar referido: a lo territorial (competencia

territorial), a lo material (competencia material)¹⁴⁷, a las personas (competencia personal). En sentido temporal: hay algunos actos que deben hacerse dentro de determinado tiempo (ej. el protesto).

CARMINIO CASTAGNO, por su parte, afirma que la *competencia* se predica respecto del órgano, mientras que la *capacidad* de las personas, y la *habilidad* del agente del órgano.

XII.4.a) Competencia territorial.

Se entiende por competencia territorial la que se ejerce sobre determinado ámbito geográfico. No es límite de función sino de ejercicio. Indica el territorio en que el escribano puede actuar, en asuntos que le incumben, por razón de la materia. Cualquiera sea el domicilio de las personas, el lugar de ubicación de los bienes, o el del cumplimiento de las obligaciones, la función notarial se ejerce a través de un órgano y un agente que tienen delimitado un ámbito geográfico fijo.

Determinar ese ámbito está dentro de la competencia legislativa local. No obstante, la legislación nacional regula parcialmente el tema en el 980 CC: "...dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones...". Esa asignación la efectúan las provincias. El 981 CC habla del error común y de 'distritos'.

XII.4.a.1- Sistemas.

Las leyes provinciales han establecido distintos sistemas para la determinación de la competencia territorial:

- a) Sistema amplio: toda la provincia. Es el lugar más amplio que se puede otorgar (ej. Corrientes, Formosa, Jujuy).
- b) Sistema restringido: el municipio (ej. Misiones).
- c) Sistema intermedio: por departamentos (ej. Santa Fe, Entre Ríos, Buenos Aires). En Santa Fe, existen casos en que se

¹⁴⁷ Acerca de la competencia material del notario. véase CURSACK, Eduardo Víctor, *Avances y nuevas incumbencias del notariado argentino*, Notariado Argentino (Cap. IX), Consejo Federal del Notariado Argentino, 50 Años de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1998.

contempla la prórroga de la competencia departamental para actuar en departamentos limítrofes, para actos de última voluntad y comprobaciones de hecho. La ley habla de departamentos limítrofes según fronteras, pero debería haber dicho o debería interpretarse 'zonas limítrofes de departamentos vecinos'.

XII.4.a.2- Fundamentos.

Los fundamentos de la competencia territorial son:

- a) Económicos: la división del trabajo y la subsistencia decorosa del notario son argumentos de peso. La división del trabajo implica el reparto de la contratación, no en forma automática como podría ser la oficial, sino en razón del lugar en que se actúa, respetando el criterio de libre elección del notario por el cliente.
- b) Ético: emanan de la dignidad propia del oficio, la necesidad de evitar la competencia desleal, el espíritu de cuerpo, y la solidaridad profesional.
- c) Jurídicos: toda función pública requiere de una base territorial, y en esta el arraigo es especialmente importante, por la obligación de dar fe de conocimiento (aunque actualmente esta cuestión ha cambiado, 1001 y 1002 CC).
- d) Funcionales: el notario debe actuar en su despacho, como lo hace el juez en el tribunal. Es en la escribanía donde debe ser requerido para la prestación de sus funciones.
- e) Sociales: todo servicio público tiene un contenido psicológico, y debe prestarse con la regularidad necesaria, y por los medios aptos para satisfacer las necesidades a las que responde. No se sirve a la comunidad si se anda con el protocolo a cuestas, pues los contratantes deben poder concurrir a una sede fija.

Los colegios no pueden acordar la extensión recíproca de sus respectivas demarcaciones, ni sus modalidades, porque con ello se afectaría el orden constitucional. La organización notarial, como una de las instituciones que pueden y deben darse, es un derecho de las provincias (105 CN).

Del mismo modo, corresponde al Poder Ejecutivo Nacional la designación de los escribanos de Registro para la Capital Federal y Territorios Nacionales. La limitación territorial no rige, en cambio, para los contratantes, quienes pueden requerir la intervención aunque se encuentren accidentalmente en el lugar, y aun respecto de los bienes ubicados fuera de la demarcación territorial del escribano.

La ley no limita tampoco el objeto, contenido o negocio jurídico involucrado en el instrumento, porque la ley de fondo rige en toda la Nación. PELOSI expresa que, como profesional del derecho, el notario es tal en cualquier lugar del país, pero como órgano de la fe pública sólo lo es dentro de su territorio.

Este es el fundamento de la importancia que la ley adjudica a la obligación de indicar en la escritura el lugar donde se otorga, bajo pena de nulidad (1004 CC).

XII.4.b) Competencia personal.

Son de ningún valor los actos autorizados por un funcionario público en asunto en que él o sus parientes dentro del cuarto grado fuesen personalmente interesados (985 1º parte CC). Siempre detrás de una sanción hay un interés protegido. En el artículo mencionado, el interés protegido es el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública, y como es un interés general, su violación se sanciona con la nulidad absoluta.

Para proteger el principio de imparcialidad, la ley lo hace:

- a) Con la invalidez (nulidad absoluta) del acto del funcionario público, pero no del acto jurídico de las partes (e). es necesario volver a escriturar, pero no volver a comprar y vender, 1185 CC).

- b) La presunción iure et de iure: no se admite prueba en contrario, por lo que si actuó un pariente de los comprendidos en el artículo, el acto será nulo sin admitir prueba en contrario de que tenga interés en el negocio.

Doctrina y jurisprudencia han interpretado, aunque no esté expresamente incluido en la ley, que debe entenderse también incluido el cónyuge aunque no es pariente, y la norma no lo nombre. También se entiende incluido el concubino o la concubina.

La ley dice 'parentesco', sin distinguir si es por consanguinidad, afinidad, línea recta o colateral, ante lo cual se debe aplicar el principio interpretativo que nos dice que si la ley no distingue, no debemos distinguir. Así, quedan comprendidos en esta prohibición todos los tipos de parentesco, incluso el parentesco por adopción.

XII.4.b.1- Naturaleza jurídica de esta prohibición.

Algunos civilistas hablan de una incapacidad de derecho relativa, otros de inhabilitación (son sólo los del 152 bis CC), y otros de ilegitimación objetiva (por el asunto, el acto) y subjetiva (por los parientes) (CARMINIO CASTAGNO). En el reglamento notarial uruguayo se habla de inhibición, mientras aquí es una medida cautelar.

Clases de esta prohibición: la ley no distingue, por lo que entrarían todos los parientes, hasta los por adopción plena. En la adopción simple, sólo los descendientes de los adoptados. Los parientes afines de los afines no entran en la prohibición, salvo por la naturaleza del bien (que fuera ganancial).

Se debate en doctrina, qué se entiende por 'el interés del escribano'. La jurisprudencia ha abordado el caso del concubino y el caso del cónyuge. La excepción es el 985 *in fine* CC: "... pero si los interesados lo fueren sólo por tener parte en sociedades anónimas, o ser gerentes o directores de ellas, el acto será

válido". El CC sólo dispone respecto de la sociedad anónima, conforme la redacción que le diera Vélez Sarsfield.

En esa época, la única sociedad que tenía personería diferente a la de sus socios era la sociedad anónima, pero luego de las reformas y la sanción de la actual ley de sociedades, las demás sociedades pasaron a tener personalidad jurídica diferente a la de sus socios. Así, frente a esa realidad legislativa, parece correcta la interpretación sistemática y racional de que la parte final del artículo en cuestión incluye esta situación.

Lo mejor, sin dudas sería una reforma del CC en este sentido para incluirlo expresamente. No obstante, por el momento, se debe tener esta interpretación: lo importante es que tengan personería jurídica diferenciada. El notario puede ser socio de una sociedad anónima, parte del directorio, pero no presidente del directorio.

XII.4.b.2- En materia testamentaria.

En el caso del testamento por acto público (3653 CC), no se puede autorizar en la línea recta, en cualquier grado, sin límites. En la línea colateral consanguínea o afín, la prohibición llega hasta el tercer grado de parentesco.

En comparación con el 985 CC, la prohibición se amplía en línea recta, pero se reduce en la línea colateral. El 3664 CC presenta un problema de ilegitimación para ser beneficiario, por lo que es parcial, no cae todo el testamento (nulidad parcial, ver nota al artículo).

XII.5. La llamada "jurisdicción voluntaria". Sistemas legales.

La doctrina ha expresado, pues, que el notariado es 'la magistratura de la jurisdicción voluntaria'¹⁴⁸. Ello, por cuanto con autoridad y función de justicia el notario aplica la ley al acto

¹⁴⁸ NERI, I., *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, volumen 1, parte general, Ediciones Depalma, primera edición, segunda tanda, Buenos Aires, Argentina, 1980. Asimismo, puede verse, BOLLINI, Jorge., *Función Notarial y Jurisdicción Voluntaria*, Ed. Marsol, Perú, 1995; CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, CALDERÓN, Oscar, *Procesos no Contenciosos*, Ed. Americana S.R.L., Primera Edición, Perú, 1997; y CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I.

jurídico que se celebra en esa esfera, con la conformidad de las partes; declarando los derechos y obligaciones de cada uno.

El notario aprueba el documento, lo legaliza y sanciona con validez, autenticidad y ejecución; autoriza y dirige su cumplimiento con el proceso documental. Esta tarea, así, eleva al notariado al rango de magistratura voluntaria, con autoridad funcional capaz de legitimar, a través del proceso documental, las relaciones jurídico-contractuales que ejecutan o convienen los otorgantes.

Hay quienes afirman que toda la labor del notario es jurisdicción voluntaria. Elena HIGHTON sostiene que la justicia preventiva es una jurisdicción hacia el futuro, en cambio la justicia correctiva es una justicia que vuelve las cosas al estado anterior y repara los intereses lesionados. A la justicia preventiva se la denomina asimismo jurisdicción voluntaria.

La jurisdicción voluntaria ha estado, históricamente, en manos del Poder Judicial. La postura de HIGHTON es descomprimir la tarea de los jueces (vía mediación y jurisdicción notarial) mediante la delegación por parte del Estado en dichos profesionales del derecho.

Ejemplos de jurisdicción voluntaria encontramos reguladas en los códigos procesales locales, por ejemplo son casos de jurisdicción voluntaria las venias para vender, las autorizaciones, las informaciones sumarias, las reposiciones de escrituras, etc. En estos casos, el juez lo que hace es constatar situaciones, comprobar autenticidad de títulos, etc.

Lo que no corresponde transferir a la órbita extrajudicial serían los casos en que el Estado deba determinar o ponderar la conveniencia del acto (ej. casos en que hay menores involucrados, etc.).

CAPITULO XIII. EL AGENTE DE LA FUNCIÓN.

1. Aptitudes, incapacidades e incompatibilidades. a) Legislaciones provinciales. 1- Aptitudes. 2- Incapacidades. 3- Incompatibilidades. 2. Ejercicio de la función. a) Clases de notariado. b) Sistemas abiertos y cerrados. c) Libertad de ejercicio. 3. Acceso al ejercicio de la función notarial. a) Sistemas y legislaciones. Evolución. b) Requisitos para el acceso. 1- Condiciones personales. 2- Condiciones intelectuales. 3- Condiciones morales. 4- Requisitos objetivos. 4. Incapacidades inhabilitantes e incompatibilidades. a) Inhabilitados. 1- Incapaces de hecho. 2- Procesados en sede penal. 3- Condenados penalmente. 4- Profesional destituido de su función. 5- Fallidos y concursados no rehabilitados. b) Incompatibilidades. 1- Principio. 2- Excepciones. 3- Fundamento. 5. Registro notarial. a) Creación. b) Designación de notarios. c) Propiedad de registros notariales. 6. La adscripción. a) Naturaleza y régimen de adscripto. b) Subrogancia.

XIII.1. Aptitudes, incapacidades e incompatibilidades.

El término agente significa 'el que hace'. Se refiere a la persona que desempeña la función que el Estado, como ente ideal, no puede desempeñar por sí mismo. El notariado es una profesión jurídica a la cual le está cometida la asistencia de los particulares para la realización pacífica del derecho y a cuyo alcance la ley pone un conjunto de medidas y procedimientos técnicos que el agente utiliza con aquel objeto.

El escribano o notario es el agente natural de la función notarial. El órgano de la función notarial es el registro notarial, que es una entidad abstracta. El agente del órgano es la persona física que ha reunido las condiciones para ocupar la función¹⁴⁹.

El agente, en principio, es el notario. Excepcionalmente, puede serlo alguien que no es notario. Es lo que surge de la definición de escritura pública que brinda el CC (979 inc. 1º y 997 CC). Los únicos que actualmente pueden ejercer funciones

¹⁴⁹ Véase *infra*, Ap. XIII.3.b, *Requisitos para el acceso*.

notariales sin ser notarios son los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación.

XIII.1.a) Legislaciones provinciales.

XIII.1.a.1- Aptitudes.

En la provincia de Santa Fe, para ejercer el notariado se requiere: a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado; en este último caso con una antigüedad no menor de 10 años; b) **Mayoría de edad**; c) **Título de notario o escribano expedido por universidades nacionales, provinciales o privadas, autorizadas para funcionar por el Poder Ejecutivo Nacional y por Universidades extranjeras, siempre que el título haya sido reconocido o revalidado ante una Universidad Nacional**; d) Ser de conducta, antecedentes y moralidad intachables; e) Hallarse inscripto en la matrícula profesional; f) Estar colegiado; g) Tener domicilio inmediato en la Provincia con un plazo no menor de cinco años; h) No estar matriculado en ningún otro Colegio profesional de país (art. 1 Ley 6.898).

Tales extremos deberán ser justificados ante el Juez en lo Civil en turno de las ciudades de Santa Fe o Rosario, según corresponda al domicilio del solicitante, con intervención fiscal del Colegio de Escribanos de la Circunscripción respectiva, siendo las resoluciones apeladas ante el Tribunal de Superintendencia (art. 2).

Los títulos de escribanos expedidos hasta la fecha de la sanción de la Ley 6.898 por el Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe y por la Universidad de Santa Fe, son reconocidos y tienen perfecta validez para el ejercicio del Notariado (art. 3).

XIII.1.a.2- Incapacidades.

No pueden ejercer funciones notariales: a) Los ciegos, los sordos, los mudos y todas aquellas personas que adolezcan de defectos físicos ó mentales que les inhabiliten para el ejercicio profesional; b) Los incapaces; c) Los encausados por cualquier delito de acción pública desde que se hubiera decretado la prisión preventiva mientras ésta dure, siempre que no fuera motivado por hechos involuntarios o culposos o por los casos del

89 CP; d) Los condenados dentro y fuera del país por delitos que den lugar a la acción pública o por contravención a leyes nacionales de carácter penal con excepción de las sentencias por actos culposos o involuntarios y por casos del 89 CP¹⁵⁰; e) Los fallidos y concursados no rehabilitados; f) Los que por conducta o graves motivos de orden personal, o profesional fueran descalificados para el ejercicio del notariado; g) Los escribanos suspendidos en el ejercicio de su cargo, en cualquier jurisdicción de la República, por el término de la suspensión (4 Ley 6.898 SF).

XIII.1.a.3- Incompatibilidades.

La Ley SF 6.898 establece las incompatibilidades para el ejercicio de la profesión de notario en su artículo 7, siendo así incompatible con: a) todo cargo o empleo público retribuido a sueldo por el Estado Nacional, Provincial, Municipal, o particulares; b) todo cargo o empleo judicial cualquiera sea su categoría y los del Ministerio Público; c) todo cargo o empleo o eclesiástico; d) el ejercicio del comercio, sea por cuenta propia o como gerente, apoderado o factor de terceros; e) todo cargo o empleo no incompatible que le obligue a residir fuera de la jurisdicción de su domicilio legal; f) el ejercicio de la abogacía, de la procuración, de otra toda profesión liberal y del notariado en otra jurisdicción; g) la condición de jubilado de la Caja Notarial o de jubilado o retirado por invalidez de otra Caja.

La infracción a lo dispuesto por el inciso f) en forma ostensible o encubierta, por sí o por interpósita persona, mediante la tramitación, gestión, contratación o corretaje de causas judiciales, será penada con la destitución del cargo (7 Ley 6.898 SF *in fine*).

XIII.2. Ejercicio de la función.

XIII.2.a) Clases de notariado.

¹⁵⁰ Art. 89 CP: Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código.

Existen dos clases de notariado: el latino y el anglosajón. En el *notariado latino*, quien es agente de la función es un profesional del derecho que ejerce una función pública. Como graduado en derecho, no sólo debe asegurar la *certeza* de los hechos y actos pasados en su presencia, sino también la *legalidad* de los mismos. Así, se presentan las dos presunciones: de legalidad, y de verdad (autenticidad).

En el *notariado anglosajón*, lo único que se hace es certificar firmas. No es necesaria ninguna formación especial para la certificación de firmas. Si el título detenta vicios, responderá en su caso el seguro contratado.

El notariado latino tiene diversas variantes: encontramos el notariado libre y el notariado estatizado. Se entiende por notariado libre aquel que no tiene restricciones cuantitativas para su ejercicio, y que puede cobrar libremente sus honorarios. Significa que el notario no integra la estructura del Estado. En cambio, en el notariado estatizado son profesionales del derecho que dependen del Estado, y lo responsabilizan con su accionar (ej. países socialistas).

XIII.2.b) Sistemas abiertos y cerrados.

El sistema adoptado también podrá ser abierto o cerrado. El sistema abierto permite la existencia de tantos registros como sean necesarios a la población, según dos criterios: la cantidad de población, y el movimiento económico (en las escribanías). El sistema cerrado, por su parte, establece una cantidad determinada de registros, sin que influyan los criterios mencionados.

XIII.2.c) Libertad de ejercicio.

La libertad de ejercicio no rige en Argentina. La única provincia que se acercaba a este principio era Río Negro.

XIII.3. Acceso al ejercicio de la función notarial.

La dedicación del notario puede ser exclusiva (a tiempo completo y prioritaria) o bien accesoria a otra profesión u oficio (ej. comerciante, etc.). En función de esto, las leyes le exigirán

mayores o menores incompatibilidades; existiendo actualmente diversidad de rigidez en cuanto a las incompatibilidades, en los notariados nacionales. Respecto a la posibilidad de ejercer conjuntamente la abogacía y la escribanía, la tendencia es hacia la negación de dicha posibilidad.

El agente de la función es el notario, que está a cargo de un Registro Notarial. En algunas provincias argentinas, también se encuentran facultados a ejercer el notariado sin tener un registro propio a su cargo los notarios adscriptos.

XIII.3.a) Sistemas y legislaciones. Evolución.

El Decreto de desregulación económica 2248/1991 desreguló, en el orden nacional, la materia notarial. Así: a) se levantaron las restricciones cuantitativas para los notarios; b) se le quitó el carácter de orden público a los honorarios y aranceles¹⁵¹; y c) se desreguló el cobro centralizado por los Colegios notariales. El decreto regía directamente en Capital Federal, pero necesitaba de la adhesión de las provincias para regir en ellas. Tanto Córdoba como la Provincia de Buenos Aires, nunca se adhirió; Santa Fe sí lo hizo.

XIII.3.b) Requisitos para el acceso.

Para acceder a ser Notario en ejercicio de la función notarial, se deben reunir determinados requisitos, tanto objetivos como subjetivos.

Entre los **requisitos subjetivos**, encontramos las condiciones personales, las condiciones intelectuales, y las condiciones morales. Entre los **requisitos objetivos**, se requiere la matriculación y la idoneidad.

XIII.3.b.1- Condiciones personales.

Las condiciones personales para el ejercicio de la función son: nacionalidad, edad, y domicilio o vecindad. El sexo no es una condición personal para el acceso al notariado.

¹⁵¹ Sobre el concepto de orden público, véase PIÑÓN, Benjamín Pablo, *Orden público*, publicado en Jurisprudencia Argentina, T. 1995-III-812, Buenos Aires.

1. Nacionalidad. La Ley 6898 (art. 1, inc. 'a') expresa que "para ejercer el notariado se requiere: ser argentino nativo, por opción o naturalizado; en este último caso con una antigüedad no menor de diez años". No importa al notariado que el pretense notario haya adquirido la nacionalidad por conveniencia.

Sobre este tema, existen antecedentes jurisprudenciales interesantes. Hay un fallo de la Corte Suprema de Mendoza, por el que se estableció que no era necesaria la nacionalidad argentina para el ejercicio de la función notarial.

2. Edad. La Ley 6.898 (art. 1º inc. 'b') requiere la mayoría de edad para el ejercicio de la función notarial (129 CC).

3. Domicilio o vecindad. La ley 6.898 (art. 1º inc. 'g') requiere un domicilio inmediato en la provincia con un plazo no menor de cinco años (continuos e ininterrumpidos).

4. Sexo. No es necesario ser hombre para su ejercicio, tanto la mujer como el varón pueden ejercer la función notarial.

XIII.3.b.2- Condiciones intelectuales.

Título. La Ley 6.898 (art. 1º inc. 'c') exige "título de notario o escribano expedido por universidad nacional, provincial o privada, autorizada para funcionar por el Poder Ejecutivo Nacional, y por universidades extranjeras, siempre que el título haya sido reconocido o revalidado ante una universidad nacional.

No es lo mismo en todo el país el título de 'notario' que de 'escribano', pero la ley notarial no distingue. En los lugares donde hay concursos de antecedentes y oposición, cobra importancia la calidad del título.

XIII.3.b.3- Condiciones morales.

Acreditación sumaria. La Ley 6.898 (art. 1º inc. 'd') exige para ejercer la función notarial "ser de conducta, antecedentes y moralidad intachables". Estos extremos se acreditan

documentalmente mediante una sumaria información ante el juez civil en turno (art. 2). Este juez tiene que pedir informaciones.

Estos temas se acreditan ante un juez, o como en Buenos Aires ante el Colegio mediante un juicio de notoriedad¹⁵².

Hay supuestos especiales que serán analizados *infra*¹⁵³, como ser los casos de la persona procesada judicialmente, el condenado penalmente, el concursado en fuero civil o el fallido o quebrado declarado judicialmente como tal.

XIII.3.b.4- Requisitos objetivos.

Matriculación. La matriculación en el Colegio por quienes aspiran a ejercer el notariado es un requisito para su legal ejercicio. No es una matrícula profesional, pues no habilita para el ejercicio de la profesión. La ley 6.898 (art. 1º inc. 'h') expresa que "no estar matriculado en ningún otro Colegio" es un requisito para ejercer, pero no para matricularse.

La matriculación caduca al año. Hay que volver a matricularse si en ese tiempo no se consiguió un registro (art. 5, Ley 6898). Esta matrícula no implica colegiación. El matriculado es un simple aspirante a ejercer la función pública notarial.

Se debe tener en cuenta que la simple portación de un título universitario no acredita idoneidad para el ejercicio de la función pública notarial.

Investidura. En Santa Fe, la Ley 6.898 (art. 19) expresa que se debe realizar un curso de un año de duración, que es eminentemente práctico. No hay evaluación final, es simplemente de asistencia (mínimo 75%).

Quienes han asistido y están matriculados, entran en la lista de aspirantes. Las listas son por departamentos, y el orden de prioridad es de acuerdo a cómo se van inscribiendo. Así,

¹⁵² Véanse fallos citados en ARMELLA, Cristina Noemí, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario (3 tomos)*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

¹⁵³ Véase Ap. XIII.4.a, *Inhabilitados*.

cuando se genera una vacante o se crea un registro, se respeta el orden de la lista. El Colegio eleva al Poder Ejecutivo al primero que está en la lista para su designación, luego se estudia al postulante y se dicta un decreto por el cual se lo designa. Posteriormente, el designado deberá asumir el cargo.

XIII.4. Incapacidades inhabilitantes e incompatibilidades.

Las incapacidades inhabilitantes y las incompatibilidades para ejercer la función pública notarial, están reguladas en la Ley provincial N° 6.898 (arts. 4, 7, 8 y 9).

XIII.4.a) Inhabilitados.

No pueden ejercer las funciones notariales: a) los ciegos, los sordos, los mudos y todas aquellas personas que adolezcan de defectos físicos o mentales que los inhabiliten para el ejercicio profesional; b) los incapaces; c) los encausados por cualquier delito de acción pública desde que se hubiera decretado la prisión preventiva mientras esta dure, siempre que no fuera motivado por hechos involuntarios o culposos o por los casos del art. 89 CP¹⁵⁴; d) los condenados dentro y fuera del país por delitos que den lugar a la acción pública o por contravención a leyes nacionales de carácter penal con excepción de las sentencias por actos culposos o involuntarios y por casos del art. 89 del CP; e) los fallidos y concursados no rehabilitados; f) quienes por inconducta o graves motivos de orden personal o profesional fueran descalificados para el ejercicio del notariado; g) los escribanos suspendidos en el ejercicio de su cargo, en cualquier jurisdicción de la República, por el término de la suspensión” (art. 4).

Algunos supuestos de los mencionados son inhabilitaciones, pero otros encuadran en el caso de incompatibilidades. Parte de la doctrina sostiene que se trata de incapacidades de derecho relativas (prohibiciones), mientras que otro sector afirma que se trata de inhabilitaciones.

¹⁵⁴ El art. 89 del Código Penal regula el delito de daño: “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código”.

Más allá de la naturaleza jurídica del impedimento, lo cierto es que están reguladas con el objeto de mejorar la eficacia y la eficiencia del servicio notarial. Si estas situaciones son anteriores al acceso a la función notarial, imposibilitan el mismo; pero si son posteriores las inhabilidades podrán ser permanentes o transitorias, según el caso.

XIII.4.a.1- Incapaces de hecho.

Los incapaces de hecho no pueden ejercer el notariado, pues la mayoría de edad es un requisito. Los incapaces de hecho pueden ser absolutos o relativos. Son incapaces de hecho absolutos: las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes, y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (54 CC). Mientras que los menores adultos son incapaces de hecho relativos, y sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar (55 CC).

Respecto a los inhabilitados judicialmente (152 bis CC), la legislación santafecina no se pronuncia directamente, si bien lo hace en forma indirecta. La legislación de Entre Ríos, por su parte, los inhabilita expresamente: los ciegos, los sordos, los mudos y las personas que tienen defectos mentales no pueden ejercer (34 inc. B, Ley 6200 ER).

XIII.4.a.2- Procesados en sede penal.

En cuanto a los procesados en sede penal, si hay auto de procesamiento y prisión preventiva el notario queda preso, y por tanto no puede ejercer. Pero si no obstante haber auto de procesamiento, el juez lo exime de prisión preventiva, podrá seguir ejerciendo si es procesado por un delito culposo; mientras que si el delito imputado es doloso, el caso se eleva al Tribunal de Superintendencia. Si el auto de procesamiento es sin prisión preventiva, podrá seguir ejerciendo sin impedimento alguno.

XIII.4.a.3- Condenados penalmente.

El condenado en sede penal no puede ejercer el notariado. En el caso de condena por delito contra la fe pública, la inhabilitación es permanente.

XIII.4.a.4- Profesional destituido de su función.

La Ley 6.898 no prevé expresamente el caso de la responsabilidad disciplinaria o profesional, pero en este caso el que ha sido destituido no puede ejercer el notariado (art. 56).

XIII.4.a.5- Fallidos y concursados no rehabilitados.

El inciso 'E' se refiere a 'los fallidos y concursados no rehabilitados', pero estos últimos no existen jurídicamente. El concursado, además, tiene una posición jurídica diferente a la del quebrado, por lo que para cierta doctrina puede ejercer el notariado. La ley santafecina, no obstante, niega la posibilidad.

El fallido, mientras es fallido, no puede ejercer el notariado. La ley habla de fallido 'no rehabilitado'. Según la ley de quiebras, la rehabilitación es al año (Ley 24.522). Pero la normativa provincial frecuentemente fija otros plazos (ej. Entre Ríos, 34 inc. G, Ley 6200 ER), contradiciendo la normativa nacional. La ley santafecina, por otra parte, no aclara si cuando una persona quiebra queda 'destituida' hasta la rehabilitación, o bien 'suspendida' hasta la rehabilitación, aunque CURZACK estima que se debe liberar el Registro, pues el juicio de quiebra puede durar muchos años.

XIII.4.b) Incompatibilidades.

XIII.4.b.1- Principio.

El art. 7 Ley 6.898 SF estipula que el ejercicio del notariado es incompatible con: a) todo cargo o empleo público retribuido a sueldo por el Estado Nacional, Provincial, Municipal o particulares; b) todo cargo o empleo judicial cualquiera sea su categoría y los del Ministerio Público; c) todo cargo o empleo eclesiástico; d) el ejercicio del comercio, sea por cuenta propia o como agente, apoderado o factor de terceros; e) todo cargo o empleo no incompatible que le obligue a residir fuera de la jurisdicción de su domicilio legal; f) el ejercicio de la abogacía, de la procuración, de toda profesión liberal y del notariado en otra jurisdicción; g) la condición de jubilado de la Caja Notarial o de jubilado o retirado por invalidez de otra Caja.

La infracción a lo dispuesto en el inciso 'F' en forma ostensible o encubierta, por sí o por interpósita persona, mediante la tramitación, gestión, contratación o corretaje de causas judiciales, será penada con la destitución del cargo (art. 7).

XIII.4.b.2- Excepciones.

Se exceptúan: los cargos o empleos que impliquen el desempeño de funciones notariales (ej. escribano de gobierno); los de carácter efectivos; los docentes; los de índole puramente artística o científica; los cargos de directores o síndicos de sociedades anónimas o el carácter de accionistas de las mismas; los socios no gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada; directores de organismos estatales o paraestatales sean temporarios o con término fijo de mandato (art. 8 Ley 6.898 SF).

Los escribanos de registro que ejerzan cargos de ministros, secretarios, subsecretarios de Estado, y secretarios de intendencia, deberán solicitar licencia al Colegio de Escribanos por el término que dure su función (art. 8). En cuanto a los cargos electivos (administrativos o legislativos), se debería pedir licencia. Es incompatible, por su parte, la función notarial con el ejercicio de la docencia a tiempo completo.

XIII.4.b.3- Fundamento.

El fundamento de las incompatibilidades es de sentido común: no se pueden ejercer dos funciones al mismo tiempo, pues ello no le sirve ni le interesa a la sociedad. El principio de incompatibilidad, así, protege el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública, fomentando la eficiencia del servicio brindado, y permitiendo un mejor control por parte del Estado sobre quién presta la función pública notarial.

Las legislaciones varían en cuanto a la flexibilidad de este principio. Algunas buscan garantizar una mejor prestación de la función pública (legislaciones rígidas), mientras otras protegen primordialmente al prestador del servicio (legislaciones flexibles).

Dos situaciones o profesiones son incompatibles cuando se excluyen recíprocamente. Desde el punto de vista jurídico, responden a una relación existente entre dos circunstancias del sujeto, que impide la acumulación simultánea de las mismas. En lo que hace a la profesión de escribano, el establecimiento de incompatibilidades busca evitar que la confusión de varias funciones en el escribano alarme a la sociedad creando sospechas o temores de que no pueda atender sus deberes debidamente y con el esmero que se exige para el fiel y exacto cumplimiento de los mismos. Se busca asimismo evitar las ventajas ilícitas del interés privado del escribano o sus conocidos al amparo de la función pública que desempeña.

Las incompatibilidades consideran al sujeto en sí mismo y no con referencia a otras personas, pero toman en consideración otras actividades o beneficios del agente, además de las que derivan del ejercicio de su función. Son incompatibles con el ejercicio de la profesión de escribano, el desempeño de las funciones enumeradas en el art. 7, o el goce de los beneficios que allí se indican.

En toda acción judicial o administrativa que se suscite contra un escribano, emergente del ejercicio profesional, deberá darse conocimiento al Colegio de Escribanos para que éste, a su vez, adopte o aconseje las medidas que considere oportunas. A tal efecto, los jueces de oficio o a pedido de parte deberán notificar a dicho Colegio toda acción intentada contra un escribano, dentro de los diez días de iniciada (art. 34).

XIII.5. Registro notarial.

XIII.5.a) Creación.

El modo de creación de los registros notariales varía en las provincias, siendo en algunos casos creados por ley (ej. Santa Fe), mientras que en otros casos se crean por decreto del poder ejecutivo provincial (ej. Entre Ríos).

XIII.5.b) Designación de notarios.

Los escribanos son designados mediante un acto administrativo provincial: los designa el Poder Ejecutivo Provincial por vía de decreto. El decreto de designación es el acto de investidura.

XIII.5.c) Propiedad de registros notariales.

Anteriormente, se discutía en doctrina quién era el propietario de los registros notariales. Pero actualmente, la doctrina considera que los registros notariales son propiedad del Estado.

XIII.6. La adscripción.

El régimen de adscripción se encuentra regulado en la Ley SF 6.898, en su Sección Segunda ('De los registros'), Capítulo III ('De las adscripciones'). En Entre Ríos, la Ley 9.723, modificatoria de la Ley 6.200, reglamentó el régimen de la adscripción.

El término 'adscribir' significa agregar a una persona al servicio de un cuerpo o destino. El escribano adscripto es aquel que cumple la función notarial en un mismo registro que el notario titular del mismo, según los acuerdos privados que entre ambos hubiesen celebrado.

Los escribanos titulares podrán celebrar con sus adscriptos toda clase de convenciones para reglar sus derechos en el ejercicio en común de su actividad profesional, su participación en el producido de la misma y en los gastos de oficina, obligaciones recíprocas y aún sus previsiones para el caso de fallecimiento, siempre que tales compromisos no excedieran el plazo de cinco años de la muerte de cualquiera de ellos (25 Ley 6.898 SF; 23 inc. A, Ley 9.723 ER).

No obstante, quedan terminantemente prohibidas y se tendrán como no escritas, las convenciones por las que resulte que se ha abonado o debe abonarse un precio por la adscripción o se estipule que el adscripto debe abonar a su titular una participación sobre sus propios honorarios, o autoricen la presunción de que se ha traficado en alguna forma con la

adscripción. Tal nulidad se establece sin perjuicio de las penalidades a que se hagan acreedores los contratantes por transgresión a la Ley Orgánica. Todas las convenciones entre titular y adscripción, deben considerarse hechas sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica (art. 25 *in fine* Ley 6.898 SF; 23 inc. B, Ley 9.723 ER).

El Consejo Directivo de cada circunscripción del Colegio de Escribanos actuará como árbitro de todas las cuestiones que se susciten entre titular y adscripto; y sus fallos, pronunciados por mayoría de votos, serán inapelables (26 Ley 6.898 SF; 4 párr. III inc H, Ley 9.723 ER).

XIII.6.a) Naturaleza y régimen de adscripto.

El Escribano adscripto, mientras conserve ese carácter, actuará dentro del respectivo Registro, con la misma extensión de facultades que el titular y simultánea e indistintamente con aquél, pero bajo su total dependencia y responsabilidad, y reemplazará a su regente en los casos de ausencia, enfermedad, o cualquier otro impedimento transitorio. El Escribano titular es el responsable directo del trámite y conservación del protocolo y responderá de los actos de su adscripto en cuanto sean susceptibles de su apreciación y cuidado (23 Ley 6.898 SF; 23 quater inc. D, Ley 9.723 ER).

La adscripción cesará a pedido del titular con exposición ante el Consejo Directivo correspondiente de las causales de cesación de las que se correrá vista al interesado para su descargo o ratificación. El Consejo Directivo resolverá si procede o no aconsejar el cese de la adscripción al Poder Ejecutivo. Esta resolución será apelable solamente ante el Consejo Superior (22 Ley 6.898 SF; 23 ter inc. C, Ley 9.723 ER).

XIII.6.b) Subrogancia.

El adscripto (el más antiguo si existieran dos), será designado regente del Registro en que actúa en los casos de muerte, renuncia o incapacidad del titular siempre que llene las siguientes condiciones:

- a) Que la antigüedad del candidato en la adscripción del Registro vacante no sea inferior a seis años, salvo el caso de fallecimiento del titular en que solo se requerirán tres años. Dicha antigüedad deberá ser inmediata e ininterrumpida;
- b) Que la causal de la renuncia por incapacidad del titular esté debidamente justificada a juicio del Colegio de Escribanos;
- c) Que los informes sobre antecedentes y conducta, que en cada caso elevará el Colegio de Escribanos, sean favorables al candidato (art. 24 Ley 6.898 SF; 23 quater inc. E, Ley 9.723 ER).

CAPITULO XIV. RELACIONES NOTARIALES.

1. Origen y clases. 2. Relaciones de notario con los requirentes. a) Origen. b) Naturaleza jurídica. c) Derecho y obligaciones recíprocas. 1- Deberes. 2- Derechos. 3. Elección del notario. a) Criterios. b) Casos. c) Legislación. d) Sistemas de reparto del trabajo oficial. 4. Relaciones del notario con el Estado. a) Derechos y obligaciones. b) Sistemas. 5. Relaciones del notario con el Colegio de Escribanos, Superintendencia y colegas. 6. Ética profesional y deontología notarial.

XIV.1. Origen y clases.

La relación jurídica es un vínculo entre dos sujetos de derecho, en virtud del cual el sujeto activo tiene derecho a exigir del sujeto pasivo, el cumplimiento de una prestación, y cuenta con los medios legales para reclamarla (505 CC).

La relación jurídico notarial es la relación legal, onerosa y de confianza, que vincula al escribano y a los requirentes, en virtud de la *rogatio*, cuyo objeto es la constitución de una forma jurídica notarial idónea, para alcanzar fines determinados (BARDALLO)¹⁵⁵.

Existen tres clases de relaciones notariales: a) relación del notario con los requirentes; b) relación del notario con el Estado; y c) relación de lo autorizado por el notario con la sociedad (es decir, el valor probatorio de los documentos notariales).

Los sujetos de la relación jurídico notarial son el notario y los requirentes. El objeto de la misma, pues, es la autorización de un documento notarial válido y eficaz.

XIV.2. Relaciones de notario con los requirentes.

XIV.2.a) Origen.

¹⁵⁵ Véase BARDALLO, Julio R., *Relaciones jurídicas notariales*, en Revista del Notariado, N° 717 (mayo-junio de 1971), Buenos Aires, p. 785 y ss

El CC expresa que “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” (499 CC). Por tanto, las fuentes de las obligaciones son: el contrato, el cuasicontrato (o gestión de negocios), el hecho ilícito, y la voluntad unilateral, entre otras.

XIV.2.b) Naturaleza jurídica.

En cuanto al hecho o acto generador de derechos y obligaciones que vincula al notario con los requirentes, la doctrina ha expresado dos posturas: a) desde que se le efectúa al notario el requerimiento, existe un acto unilateral, de fuente legal, que crea una relación extracontractual; y b) desde la aceptación por parte del notario, de tal requerimiento, existe una relación contractual. La diferencia entre ambas relaciones tiene sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad y su regulación.

Un sector de la doctrina expresa que la relación jurídico notarial que vincula al notario con los requirentes es de tipo formal, mientras otro sector doctrinario opina que es sustancial. No obstante, según LARRAUD, esta cuestión carece de relevancia práctica¹⁵⁶.

Se discute doctrinalmente, asimismo, si la relación entre el escribano y los requirentes es de derecho público o de derecho privado. Más allá de esto, lo importante en la práctica es que la relación está regulada por la ley, sea la relación de derecho público o privado.

La relación jurídico notarial es una relación ‘legal’, si por legal se entiende aquella relación que está prevista en las leyes. Por cierto, es muy escaso el margen de lo que queda librado a la autonomía de la voluntad de las partes.

Además, si por ‘legal’ queremos significar que la relación nace de la ley, también dicha relación es legal, pues frente al requerimiento el notario tiene la obligación legal de actuar, de

¹⁵⁶ LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, ob. cit.

aceptar, aunque primero califique el requerimiento. Así, el término 'legal' para denominar la relación entablada, es adecuado.

La relación, por otra parte, es 'onerosa'. La desregulación económica afectó este aspecto de la relación en tres puntos: a) se quitó el carácter de orden público a los aranceles; b) se eliminaron las restricciones cuantitativas para el ejercicio de la profesión; y c) se eliminó el cobro centralizado de los honorarios notariales. De todos modos, la cuestión de la desregulación hoy día no tiene casi significación.

En el CC, encontramos normas análogas aplicables a la relación entre el notario y los requirentes: ellas son las relativas al contrato de mandato (1869 y ss. CC). Por lo que si el requirente efectúa un requerimiento al notario, es decir le solicita que haga un acto atinente a su profesión, dicho acto se presume oneroso (1871 CC).

XIV.2.c) Derecho y obligaciones recíprocas.

Tanto los derechos como las obligaciones de las partes en esta relación jurídico notarial, están previstas en la ley. Lo que hace la voluntad es activarlas, y modalizarlas en algunos casos¹⁵⁷.

Se deben diferenciar las dos etapas de la relación: a) en la etapa que nace en el requerimiento y llega hasta la aceptación del mismo, la responsabilidad del notario por los eventuales daños cometidos será extracontractual; b) pero en la etapa que se inicia con la aceptación del requerimiento, el daño será contractual. En doctrina, BARDALLO¹⁵⁸ expresa que el término 'aceptación' del requerimiento por parte del notario tiene una connotación contractualista, por lo que prefiere hablar de 'admisión'.

XIV.2.c.1- Deberes.

¹⁵⁷ ZATTA, María Carla, *Tratado de Derecho Notarial, Registral e inmobiliario*, en especial el capítulo sobre 'Deberes y Derechos'. p. 255 y ss.

¹⁵⁸ BARDALLO, Julio R., *ob. cit.*

En doctrina, GATTARI¹⁵⁹ separa en tres etapas a los derechos y obligaciones recíprocas: a) desde el requerimiento hasta la audiencia; b) durante la audiencia; y c) después de la audiencia. Es decir: antes, durante, y después de la audiencia notarial.

Primera etapa: el requerimiento. En la primer etapa, los deberes son: asesorar a los requirentes; tener el título a la vista; tener el certificado de libre disponibilidad a la vista; confrontar la copia con el título original; citar a las partes; conocer el monto de los tributos adeudados; y solicitar copia de los documentos de identidad a los requirentes.

Así, el deber primordial del notario será el de *asesorar a los requirentes*. Se afirma que el deber es más amplio que sólo 'asesorar', pues se debe dar una especie de 'seguridad preventiva': interpretar, calificar, identificar y asesorar jurídicamente (aunque no económicamente, pues el notario no asegura un buen negocio). Este asesoramiento es parte del carácter público de su función, y debe hacerlo aunque no se lo soliciten.

Además, el notario deberá *tener el título a la vista*, del derecho del que se va a disponer (23 Ley 17.801). La LOT considera falta grave el hecho de incumplir con este deber. La realización de un estudio de título no es una obligación del notario, sino una facultad; la doctrina y la jurisprudencia han considerado que la bondad de los títulos no depende del estudio de título¹⁶⁰.

El notario debe tener el título a la vista. El 'estudio de título' es el cotejo del título que se tiene a la vista con el original. Es una responsabilidad ineludible el deber de cotejo con los

¹⁵⁹ GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial, ob. cit.*

¹⁶⁰ Sobre la responsabilidad del notario por la no realización del estudio de título, puede consultarse el trabajo de PIÑÓN, Benjamin Pablo, *Estudio de títulos, una novedad en el Proyecto de Código Unificado*, publicado en el sitio <http://www.codigociviltm.com.ar>.

originales, y es conveniente efectuarlo aunque ninguna norma lo establezca expresamente. El 'estudio de títulos retrospectivo' se realiza analizando los títulos de los últimos veinte años. Como vimos anteriormente¹⁶¹, la doctrina se divide en torno a la obligación de efectuar el estudio de título.

Se debe *confrontar la copia con el original*: ese es el estudio de título que es necesario realizar para proteger al adquirente, al subadquirente y al notario. Hay doctrina que afirma que el notario está obligado implícitamente a realizar el estudio de título, por el 1051 CC y por la naturaleza de la función del notariado latino, pero es una posición discutida.

Por otra parte, el notario deberá *tener el certificado que exprese que el inmueble es de libre disponibilidad* (inhibiciones, gravámenes, etc.), conforme lo exige la Ley Registral 17.801 (art. 23). En los casos de boleto de compraventa más la posesión, que se contrapongan con la escritura traslativa de dominio más la inscripción, el CC se inclina a favor de quien detenta la posesión (2383, 2468 CC).

Dentro de las prioridades registrales, hay tres clases: a) prioridad directa: primero en el tiempo y por el monto inscripto; b) prioridad indirecta: certificado, bloqueo relativo; y c) prioridad convencional: principalmente en materia inmobiliaria (ej. rango de hipoteca compartido por varios acreedores).

Un deber que no surge explícitamente de la ley es el de *citar a las partes*. Actualmente se realiza la escrituración simultáneamente con el pago y la entrega de la posesión. El notario deberá citar a las partes para esto, para un día, hora y lugar determinado. Cuando se expresa que se escriturará 'en un plazo determinado', no puede considerarse culposa la conducta de la parte vendedora que no concurrió a la escribanía el último día del plazo establecido en el contrato, pues a pesar de la mora automática convenida, era preciso que con anterioridad al

¹⁶¹ Véase Ap. IX.5.c, *Estudio de títulos. Distintas concepciones*.

vencimiento del plazo pactado, el notario designado por la otra parte y a quien la vendedora no conocía, redactara la escritura respectiva y fijara el momento en que ella se otorgaría, comunicándoselo a los contratantes.

El hecho de citar a las partes es una potestad, y también un deber. En cuanto a los medios que debe utilizar el notario para la citación, es conveniente que los mismos sean fijados (ej. carta documento, telegrama con aviso de entrega, etc.).

El notario *no está obligado a liberar el inmueble de impuestos*. Lo que el notario debe tener al momento de firmarse la escritura es el monto de los tributos adeudados, para retener lo que se adeuda o denegar sus servicios.

El notario deberá *pedir fotocopia de las partes pertinentes del documento idóneo para identificar a los comparecientes* (1002 CC). El documento idóneo es el documento nacional de identidad (DNI), según lo establece la Ley 17.671 (art. 13).

Segunda etapa: la audiencia. En la segunda etapa, durante la audiencia, el notario deberá: firmar la escritura, e informar acabadamente las consecuencias jurídicas a los requirentes.

Así, la obligación básica y fundamental del notario en esta etapa será *firmar la escritura* (1001 CC). La firma es la concreción del deber de prestar funciones. Además, deberá leer la escritura, y debe permitir asimismo que la lean los comparecientes.

El notario debe *informar acabadamente al consumidor notarial*: debe explicar de qué se trata el acto, qué implicancias tiene, etc. todo ello con palabras simples. El otorgante puede hasta el último momento decidirse por no firmar y el notario no tiene ningún poder para obligarlo.

Tercera etapa: deberes posteriores. Después de la audiencia, en la tercera etapa, encontramos los deberes post-

escriurarios: expedir copias para los interesados, e inscribir en el registro respectivo el documento.

De tal modo, pues, el notario deberá *expedir copias* para toda persona para la cual la escritura signifique título formal de un derecho subjetivo. Además, si percibió dinero para pagar impuestos, tasas y/o contribuciones, deberá pagarlos.

Por otra parte, si se trata de un documento notarial que tiene por objeto un bien registrable, el notario tendrá el *deber de inscribirlo en el registro* que corresponda; deber de inscripción en tiempo y forma en el registro inmobiliario. Este deber no surge de la Ley Registral 17.801, pero surge de las leyes notariales locales, y también fue determinado por la jurisprudencia en un fallo plenario. Así, la no inscripción o la inscripción tardía generará responsabilidad del notario frente a los requirentes y terceros.

XIV.2.c.2- Derechos.

Los derechos del notario son variados. ARMELLA¹⁶² enumera los siguientes derechos: a) de trabajar, ante supuestos de 'feria notarial'; b) de percibir honorarios, según ley de aranceles, sean las normas de orden público o no; c) de retener la documentación que autoriza hasta tanto sean satisfechos sus honorarios, d) de repetir ante el Fisco cuando se pague de más.

El arancel de orden público puede ser de tres clases: a) fijo e inmodificable, en protección del consumidor; b) mínimo, y libremente modificable hacia arriba, protegiendo así al prestador del servicio; y c) máximo, y libremente modificable hacia abajo, protegiendo en este caso al consumidor. Actualmente, en los hechos se pactan; y en caso de no pactarse, el juez los estipula de acuerdo a la ley vigente.

En cuanto a la posibilidad de repetir ante el Fisco los pagos en exceso, ha habido opiniones que sostienen la legitimación por sí solo del notario para repetir.

¹⁶² ARMELLA, Cristina Noemi. *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario* (3 tomos), *ob. cit.*

Generalmente, se tiende a la 'convencionalidad' en los siguientes casos: a) sobre los honorarios; b) sobre las modalidades de cómo se deben realizar ciertos actos; y c) para establecer fecha, horario y lugar de escrituración.

XIV.3. Elección del notario.

XIV.3.a) Criterios.

La elección del notario autorizante debe producirse en un momento previo al requerimiento. Esta elección es un derecho que tiene el consumidor notarial de elegir quién le va a proveer el servicio notarial, y tiene protección constitucional.

La ley de defensa del consumidor (Ley 24.240) establece que quedan excluidos los profesionales (art. 2, párr. 2º)¹⁶³, pero esto ha sido tildado de inconstitucional por parte de la doctrina. El derecho de libre elección es coherente con los derechos del consumidor.

XIV.3.b) Casos.

Hay casos en que no hay acuerdo para la elección del notario autorizante. En tales casos, aquella persona para la cual el título que se va a autorizar será el título de su derecho subjetivo, deberá elegir el notario.

Pero en caso de negocios bilaterales, donde quedan obligaciones pendientes, tendrá derecho a elegir el notario quien corre con mayores riesgos.

XIV.3.c) Legislación.

Algunas legislaciones consagran el método de elección de notario que hemos expuesto, pero otras no se pronuncian al respecto.

¹⁶³ Dicho párrafo establece: "No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación" (art. 2º, párr. 2, Ley 24.240).

XIV.3.d) Sistemas de reparto del trabajo oficial.

El sistema de elección de notario autorizante es diferente cuando uno de los requirentes es el Estado. En tal caso, rige el 'sistema de reparto del trabajo oficial'. Por medio de dicho sistema, se garantiza a todos los escribanos del lugar donde la repartición oficial o la entidad financiera oficial actúa, la misma posibilidad de acceder al trabajo, sometiéndose a las reglamentaciones que se dicten con el control del Colegio.

Cuando el Estado es parte en negocios en que deba intervenir un notario, deberá actuar el Escribano de Gobierno, pues así lo establece la normativa vigente. Pero por vía de un Convenio celebrado entre el Gobierno y los Colegios de Escribanos, serán estos últimos quienes distribuyan el trabajo oficial.

Así, las reparticiones estatales derivan los expedientes al Colegio, y éste abre una lista en donde los escribanos se inscriben. El Colegio organiza las listas y determina el orden en que se van a ir otorgando los trabajos.

En el sistema de reparto por turnos, se sortean los turnos, y se confeccionan listas parciales con turnos alternados. Lo que no debe permitirse es que el Estado tenga 'escribanos de confianza'.

XIV.4. Relaciones del notario con el Estado.

El notario ejerce una función pública, y para poder ejercerla debe estar investido. El acto de investidura lo realiza el propio Estado. Atento la organización federal de nuestro país (art. 1º CN), la función pública que desempeña el notario está sometida a la organización provincial (121 CN).

De tal modo, si alguna provincia decidiese estatizar a los notarios, lo podría hacer sin impedimento constitucional alguno.

Las relaciones entre el notario y el Estado, pueden darse: a) antes de su designación, cuando es todavía aspirante; b) desde su designación en adelante.

XIV.4.a) Derechos y obligaciones.

En el sistema vigente en la provincia de Santa Fe, si una persona es la primera en la lista de aspirantes, y se crea un nuevo registro notarial, surge una vacante en ese departamento, y por tanto el aspirante tiene derecho a dicho registro.

Y sólo recién cuando el aspirante ha adquirido el derecho a ser designado, ahí surge la relación con el Estado. Antes no.

El objeto de la relación, una vez adquirida la investidura, es el ejercicio de la función notarial, mediante el cumplimiento estricto del derecho. Durante el ejercicio de la función, el escribano está sometido al contralor del Estado por medio de órganos propios o paraestatales, que cumplen con la función de policía del notariado, y sancionan la indisciplina y la falta de ajuste a la ley vigente.

XIV.4.b) Sistemas.

El sistema de investidura vigente en Santa Fe no es el único sistema que existe. En otras provincias, el método varía, incluyendo el modo en que es creado el registro notarial (mientras en Santa Fe es creado por ley y luego la investidura se efectúa por decreto, en Entre Ríos tanto la creación del registro como la investidura se realiza por decreto del poder ejecutivo provincial).

XIV.5. Relaciones del notario con el Colegio de Escribanos, Superintendencia y colegas.

El vínculo se establece entre el notario y el Estado provincial. Este último ejerce el poder de policía sobre los notarios que ejercer la función pública notarial en su territorio. Históricamente, el vínculo entre el notario y el Estado fue cambiando.

En 1803, con la Ley de Ventoso, en Francia, se desvinculó al notariado del Poder Judicial. La ley española de 1862, que organizaba el notariado español, lo hizo regulándolo como una dependencia del Poder Ejecutivo. En Europa, posteriormente, comenzó el proceso de descentralización y de colegiación, a través de los Colegios de Escribanos.

La creación y el funcionamiento de los colegios de escribanos no depende de la voluntad de sus asociados, sino que son creados por leyes provinciales (ej. Ley 6.898 SF, Ley 6.200 ER), las que al sancionarse crean una nueva persona de derecho público provincial¹⁶⁴. Los colegios son los órganos creados por el Estado para ejercer el poder de policía sobre los escribanos.

La colegiación es pura y exclusivamente legal (art. 2, Ley 6.200 de ER, Orgánica del Notariado). No es adecuada la expresión de la legislación santafecina (art. 45). Así, el notario queda colegiado por el mero hecho de ejercer la función pública notarial. Pero se debe distinguir entre la matriculación y la colegiación¹⁶⁵.

Los órganos creados por el Estado a través de los cuales ejerce el poder de policía sobre los notarios son dos: el Colegio de Escribanos, y la Superintendencia.

XIV.6. Ética profesional y deontología notarial.

Como potestades disciplinarias, los colegios deben controlar el cumplimiento de los códigos de ética (normalmente, son reglas de tipo moral). Su violación genera responsabilidad disciplinaria, y por eso tales normas de carácter moral o ético adquieren el status de normas jurídicas.

Las normas de ética apuntan a regir las relaciones entre los notarios con sus clientes, los notarios entre sí, y los notarios con el Estado¹⁶⁶.

Quedan sujetos al Código de Ética los actos de los escribanos, en cuanto puedan afectar el buen nombre de la Institución Notarial (las reglas de convivencia profesional, la Ética, el Decoro y el respeto y la consideración debidos a los colegas) (art. 1), se encuentren inscriptos en la matrícula

¹⁶⁴ Arts. 1 Ley 6.200 ER; 44 Ley 6.898 SF. Véase Ap. XV.2.a, Colegiación. Naturaleza jurídica y caracteres.

¹⁶⁵ Al respecto, véase Ap. XIII.3.b.4. *Matriculación y colegiación*.

¹⁶⁶ En Santa Fe, el Código de Ética vigente fue aprobado por Resolución N° 1-30/797 del Consejo Superior, Acta N° 528.

profesional a cargo del Colegio de Escribanos, y actúen en la jurisdicción de su competencia (art. 2). Cualquier persona que considere vulnerados sus derechos por un escribano podrá formular por escrito su denuncia ante el Colegio de escribanos, que dispondrá el trámite pertinente, siendo sus actuaciones absolutamente secretas (art. 3).

La publicidad destacando la actividad que realiza el escribano en el ejercicio de su función fedante, como los principios y bondades del sistema del notariado latino, debe ser llevada a cabo institucionalmente por los Colegios Profesionales. La publicidad individual realizada por el notario afectará a la ética cuando, por el texto o la presentación gráfica del aviso o anuncio, evidencie el propósito de comerciar con el servicio profesional, a fin de obtener con dicha actividad mayores beneficios en forma desleal (art. 4).

Las normas que imponen la desregulación no pueden ser invocadas para fundamentar la alteración de los principios éticos en que se basa el ejercicio de la función notarial. No es justificable en tal sentido la rebaja desproporcionada de honorarios, cuando dicha actitud tenga como finalidad el desplazamiento de otro colega (art. 5).

La actuación del Notario se genera como consecuencia de los requerimientos que le formulan los integrantes de la comunidad. La libertad de elección del profesional es un derecho inalienable; desvirtuarlo configura una acción desleal que no sólo afecta al requirente del servicio, sino también al libre ejercicio profesional del elegido¹⁶⁷.

Se considera una grave falta de ética, la acción en el proceder de un notario que tenga por resultado desvincular a otro colegiado de una operación para la cual este último estaba designado (art. 6). También implica falta de ética percibir honorarios no proporcionados a la importancia del acto y a la labor desarrollada, cuando ello se lleva a cabo con la intención

¹⁶⁷ Sobre la libertad de elección de notario, véase CURSACK, Eduardo V., *Colegiación legal. Libre elección del escribano autorizante*, trabajo distribuido durante el cursado, Buenos Aires, 1998.

El Colegio está integrado por todos los colegiados, que son todos los escribanos con registro, o sea que ejercen la profesión (2 Ley 6.200 ER¹⁷⁰; 45 Ley 6.898 SF¹⁷¹). También lo integran los jubilados, que tienen derechos y obligaciones, pues siguen integrando el Colegio no sólo con fines políticos (ej. votar). También tienen deberes, pues por ejemplo no pueden seguir ejerciendo, y si lo hacen se los sanciona. Los jubilados están sometidos al poder de policía del Colegio.

No integran el colegio los matriculados, pues la matrícula lo es de aspirantes, mientras no tengan registro no ejercen la profesión, entonces no hay nada que se deba controlar. Y tampoco son colegiados los pensionados.

En resumen, integran el colegio los escribanos en ejercicio y los jubilados; pero no lo integran los matriculados ni los pensionados.

XV.2.b) Potestades de los colegios.

Los Colegios ostentan diversas potestades: a) poder de vigilancia; b) derecho de inspección; c) dictado de resoluciones generales; d) legalización de actos públicos de sus matriculados; e) gobierno y control de la matrícula; f) ejercer la acción fiscal; g) poder disciplinario; y h) poder de representación.

Los sujetos pasivos del ***poder de vigilancia*** del Colegio son los escribanos en ejercicio de la función notarial, los adscriptos (en las provincias en las que existen) y los jubilados, que son colegiados (49 inc. 1º A, Ley 6.898 SF). Se controla: el cumplimiento de la ley notarial, y el de toda disposición emergente de leyes, decretos o resoluciones del Colegio mismo que tengan relación con el notariado.

¹⁷⁰ Ley 6.200 ER, art. 2: Los escribanos de registro quedan colegiados. Como tales, deben cumplir todas las obligaciones asociacionales, previsionales y las que imponga la legislación notarial y las asambleas del Colegio.

¹⁷¹ Ley 6.898 SF, art. 45: Todos los escribanos titulares, adscriptos y jubilados, están obligados a colegiarse conforme al Estatuto único que se dará el Colegio en asamblea de los mismos, de acuerdo a lo que establece esta Ley y el Reglamento Notarial. Los titulares y adscriptos dejarán de serlo transcurrido un año de cesar como Escribanos de Registro, salvo en caso de jubilación.

de captar trabajo que de otra manera no le sería asignado al Escribano actuante (art. 7); así como la actitud del Notario frente al desplazamiento indebido de colegas designados para intervenir en una operación, por imposición real o aparente de entidades financieras (art. 8); o bien la participación en toda actividad organizada comercialmente que, so pretexto de abaratamiento de costos, mayor celeridad o mejor resultado, atente contra la libertad de elección e importe una competencia desleal (art. 9). Finalmente, se considera legítima la competencia basada en la mayor capacitación tendiente a optimizar el servicio notarial, afianzando el valor "seguridad jurídica" (art. 10).

Santa Fe (arts. 43 a 51). También lo hace el Reglamento (Decreto 1612/1995, arts. 43 a 54), y el Estatuto del Colegio de Escribanos.

En Santa Fe, el Colegio se divide en dos 'circunscripciones': Santa Fe y Rosario. Cada una posee presidente, vicepresidente, secretario, prosecretario, seis vocales y sus respectivos suplentes. Todos ellos integran el Consejo Directivo. A su vez, el presidente, vicepresidente, secretario y prosecretario integran el Consejo Superior.

XV.2.d) Otras formas de organización del notariado (asociaciones, gremios).

La integración del notario a otras entidades, como lo son las asociaciones de notarios, gremios, mutuales, etc., depende de su voluntad. Nada impide que varios escribanos creen una asociación con el fin de comprar un edificio, por ejemplo, pues no hay ningún tipo de norma que lo prohíba.

En ejercicio de ese derecho de asociación, en muchas ciudades y provincias se han creado mutuales (ej. en Rosario, en Buenos Aires, etc.). Fundamentalmente, son mutuales de servicios y de ayuda mutua. La mutual es una figura que se utiliza frecuentemente, pero como organización que no tiene relación alguna con la colegiación.

XV.3. Organización previsional del notariado.

XV.3.a) Cajas. Beneficios.

Con la reforma constitucional de 1994, se les reconoció la existencia jurídica a las cajas previsionales (125 párr. 2º CN), entre ellas la notarial. Las cajas previsionales del notariado han sido creadas por ley, la cual tiene carácter provincial. En Santa Fe, es la Ley 3.910.

Estas cajas tienen una doble función: por una parte, su función previsional, y por la otra, la función de asistencia a la salud de sus asociados. En los dos aspectos el notario queda comprendido. En lo *previsional*, no existe posibilidad de que el

¹⁷³ Véase Ap.XV.2.a, *Naturaleza jurídica y caracteres*.

XV.2. Colegiación.

El poder de disciplina lo ejerce el Estado, a través de una repartición autónoma, de carácter administrativo o judicial. Lo que no puede existir es un notariado sin controles. Así, encontramos distintas modalidades en las que pueden agruparse los notarios. El hecho de que exista un Colegio no impide que los notarios puedan 'asociarse con fines útiles' (14 CN), y así organizar por ejemplo una mutual, o una asociación sin fines de lucro.

La Colegiación es legal y obligatoria, mientras que las Agrupaciones o Mutuales y demás formas organizativas son voluntarias y no se apoyan expresamente en la ley notarial. La colegiación es parte del vínculo existente entre el Estado y el notario, porque su función es una función del Estado: la potestad pública de dar fe pública.

El Estado moderno tiene, dentro de sus deberes inexcusables, el de ejercer el poder de policía. Así, el Estado puede ejercerlo a través de organismos o entes que integran la estructura estatal, o entes u organismos que no integren el Estado, como lo es el Colegio de Escribanos. El Colegio es una organización que crea el Estado, que va más allá de la mera creación para el ejercicio del poder de policía del Estado, que es una de las funciones que el mismo detenta.

De tal manera, el Estado controla a los notarios a través de: a) organismos que integran su estructura; b) organismos que no integran su estructura (ej. Colegios). Si el Estado controla a través de órganos creados por ley, no puede dejar a la voluntad de los controlados cumplir o no la función impuesta.

La colegiatura es, pues, la situación jurídica que se adquiere por el sólo hecho de ejercer la profesión notarial, con absoluta independencia de la voluntad del controlado. Es decir, éste no puede optar entre colegiarse o no: está obligado a colegiarse (1 inc. F, Ley 6.898 SF).

En la Provincia de Entre Ríos, la existencia de los colegios profesionales se encuentra reconocida por la nueva Constitución reformada en 2008. En efecto, la misma expresa

El **derecho de inspección** del Colegio se ejerce sobre el protocolo y la documentación del notario, la oficina del notario, y sobre el notario mismo. Dicha inspección tiene fines preventivos, pues está destinada a detectar problemas que se puedan solucionar. Cuanto más asidua sea la inspección, tanto mejor para la seguridad pública.

El Colegio también tiene la potestad de **dictar resoluciones** de carácter general tendientes a unificar los procedimientos notariales y mantener la disciplina y buena correspondencia entre los escribanos (art. 49 inc. 1º 'D').

Asimismo, la facultad de **legalización de los actos públicos de sus colegiados** es una potestad del Colegio. Por medio de la legalización, se expresa que la firma que está en el documento coincide con la que se tiene registrada en el Colegio (es una calificación jurídica). De tal modo, se certifica que la firma que se llevó a legalizar coincide con lo de un escribano que estaba en el ejercicio de la profesión a la fecha del documento que se legaliza (art. 49, inc. 1º 'I').

El Colegio tiene la potestad del **gobierno y control de la matrícula** (art. 49 inc. 1º 'E'), y de ejercer la acción fiscal (art. 49 inc. 1º 'G'). Así, cada vez que un notario tiene una acción judicial, el juez deberá comunicarlo al Colegio, quien decidirá si abre o no también la instancia administrativa. Se complementa con el deber que tiene el notario de notificar al colegio cuando recibe una notificación administrativa o judicial.

Otra potestad del Colegio es la de **ejercer el poder disciplinario**: facultad de juzgar, de aplicar medidas de carácter disciplinario, y poder de aplicar medidas cautelares¹⁷².

También tiene el Colegio la potestad de **organizar cursos** de actualización para los aspirantes (art. 49 inc. 1º 'K'), y el poder de **representar a los notarios**.

XV.2.c) Organización de los colegios.

Como adelantamos¹⁷³, la Ley 6.898 organiza el funcionamiento del Colegio de Escribanos en la provincia de

¹⁷² Véase Ap. XVI.5.b, *Procedimientos, facultades y sanciones disciplinarias*.

que 'el Estado reconoce y garantiza la plena vigencia de los Colegios y Consejos Profesionales, les confiere el gobierno de la matrícula, la defensa y promoción de sus intereses específicos, la facultad de dictar sus normas de ética e implementar métodos de resolución de conflictos de instancia voluntaria. Los Colegios y Consejos Profesionales aseguran el libre ejercicio de la profesión y su organización en forma democrática y pluralista y ejercen el poder disciplinario sobre sus miembros, dictando resoluciones que son revisables judicialmente' (77 CPER).

XV.2.a) Naturaleza jurídica y caracteres. Legislaciones provinciales.

El Colegio de Escribanos, tanto en la Provincia de Entre Ríos como en Santa Fe, fue creado por medio de una ley. Su naturaleza está expresada en el art. 1º (Entre Ríos)¹⁶⁸ y en el art. 44 (Santa Fe)¹⁶⁹. Una vez creado, las posteriores leyes dictadas sólo los mencionan reconociendo su existencia, como una entidad ya creada.

No obstante, ninguna de estas dos leyes son claras al respecto. La doctrina, la jurisprudencia, y otras leyes provinciales, le reconocen la naturaleza de 'persona jurídica de derecho público' creada por ley. No tiene ninguna trascendencia la voluntad de los colegiados.

En el caso del notariado, es una persona jurídica única a nivel provincial. Se puede descentralizar en oficinas, por circunscripciones, pero ello no altera la unidad provincial del Colegio. Cada colegio es único en cada provincia argentina.

¹⁶⁸ La Ley 6.200 de ER, Orgánica del Notariado, expresa: "Reconócese la existencia del Colegio de Escribanos de Entre Ríos con capacidad para actuar como persona de derecho público o de derecho privado, de conformidad a las normas de la presente ley" (art. 1º).

¹⁶⁹ La Ley 6.698 de SF, Orgánica del Notariado, expresa: "Para todos los efectos previstos en la presente Ley créase la Institución denominada 'Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe', para ejercer la representación colegiada de los escribanos de toda la Provincia, la que funcionará con el carácter derechos y obligaciones de las personas jurídicas, y se organiza bajo las bases de los actuales Colegios de Escribanos de las ciudades de Santa Fe y Rosario" (art. 44).

CAPÍTULO XV. ORGANIZACIÓN DEL NOTARIADO.

1. Distintos sistemas. 2. Colegiación. a) Naturaleza jurídica y caracteres. Legislaciones provinciales. b) Potestades de los colegios. c) Organización de los colegios. d) Otras formas de organización del notariado (asociaciones, gremios). 3. Organización previsional del notariado. a) Cajas. Beneficios. b) Administración de las Cajas. 4. Organización nacional del notariado. a) Consejo Federal del Notariado argentino. b) Características. 1- Miembros. 2- Autoridades. 3- Carácter. 4- Funciones. 5. Organización internacional del notariado. 6. Unión internacional del notariado latino. a) Origen. b) Carácter y funciones. c) Principales organismos. 7. Organismos científicos del notariado. a) Academia Nacional del Notariado. b) Universidad Notarial Argentina.

XV.1. Distintos sistemas.

En las relaciones entre el Estado y los notarios, encontramos dos órganos: el Colegio de Escribanos, y la Superintendencia.

Los notarios también pueden ejercer el derecho de asociarse, por ejemplo en una mutual. Estas mutuales no son creadas por la ley, y son creadas con fines de ayuda mutua entre los escribanos. Es el ejercicio del derecho de asociarse con fines útiles que los notarios tienen.

Existen, asimismo, las Asociaciones de Profesionales para prestar funciones. En Europa estas asociaciones son muy comunes, y adoptan la forma de una sociedad. En Buenos Aires existen algunas, bajo la figura de sociedades de hecho o irregulares.

En el mundo del notariado de tipo latino, no todas las organizaciones son de tipo colegial: por ejemplo, en Uruguay existe la Asociación de Notarios del Uruguay, que no es un colegio profesional.

notario no se incluya, mientras en lo **asistencial** era también así, pero hoy ya no lo es, pues el notario podrá optar entre pertenecer o no al sistema de la caja.

En cuanto a los aportes, encontramos: a) los aportes *previsionales (obligatorios)*, que efectúa cada miembro, que no es un aporte fijo sino que es por cada acto que realiza; y b) los aportes *asistenciales (voluntarios)*, que son aportes fijos de acuerdo a la categoría elegida.

En Santa Fe, el sistema es absolutamente solidario: los que trabajan aportan, y los que no trabajan no aportan. Lo que determina la categoría es el promedio de los aportes de los últimos diez años. No obstante, sí existe un mínimo de aporte, y un mínimo de jubilación. El período de cobro pasa a ser casi igual que el período de aportes.

Las únicas afiliadas que tienen el beneficio de pensión son las mujeres, por lo que aquí se presenta un caso de trato desigual entre los diferentes sexos, que podría ser tildado de inconstitucional (16 CN).

XV.3.b) Administración de las Cajas.

Las Cajas Previsionales son personas jurídicas distintas a los Colegios. El sistema de administración puede variar: a) pueden ser manejadas por un directorio formado por miembros activos y pasivos; o b) pueden ser administradas por el Colegio, como en Santa Fe.

Las desventajas de una administración por el Colegio, son diversas. En primer lugar, la administración y la gestión la hacen los miembros activos. Además, al estar mezcladas ambas direcciones, ocasiona que los problemas de una y de otra se entremezclen. Por tanto, si bien es un sistema más económico, tiene sus inconvenientes.

Las Cajas están integradas por los escribanos en ejercicio, los beneficiarios jubilados, y los beneficiarios pensionados.

XV.4. Organización nacional del notariado.

XV.4.a) Consejo Federal del Notariado argentino.

El notariado argentino se encuentra organizado por medio del Consejo Federal del Notariado Argentino. El Consejo surgió a partir de la necesidad de que el notariado local tenga algún tipo de organización nacional. Fue creado en Córdoba, el 13 de abril de 1957, a través de un acuerdo.

XV.4.b) Características.

XV.4.b.1- Miembros.

Los miembros del Consejo Federal son los Colegios de Escribanos del país. No está excluida ninguna provincia. Hay libertad de entrar y de salir. Desde 1957 hasta el año 2000, su vida subsistió con el acuerdo constitutivo, sin ningún tipo de reconocimiento como persona jurídica.

En el año 2000, se obtuvo la personería en la Capital Federal, hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que es uno de los Estados donde existe un Colegio miembro¹⁷⁴. El domicilio legal es en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la sede del Colegio¹⁷⁵.

XV.4.b.2- Autoridades.

El Consejo actúa a través de asambleas, como mínimo se realizan tres al año, y se las denomina 'reuniones cuatrimestrales del Consejo Federal'. Cada tres años, se renuevan sus autoridades, que no son reelegibles.

Cada colegio es miembro, y cada colegio tiene un voto, no pudiendo haber por provincia más que un voto. Vota el presidente de cada colegio, y los delegados no pueden votar.

La Mesa Directiva está compuesta por nueve miembros, los cuales pueden ser delegados, y no es necesario que sean los presidentes de los colegios. La Mesa Directiva está integrada por: un presidente, dos vicepresidentes, un tesorero, y el resto son vocales.

¹⁷⁴ La Entidad cuenta con personería Jurídica conferida el 23/07/98, por Resolución N° 719 de la Inspección General de Justicia.

¹⁷⁵ La sede del Consejo se encuentra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en Avenida Callao 1542 (C1024AAO).

XV.4.b.3- Carácter.

La función primordial del Consejo es representar a los colegios.

En resumen, pues, el Consejo es una persona jurídica, de segundo grado (pues sus miembros son de primer grado), cuyos miembros son los colegios (no los notarios individualmente), y no ejerce poder de policía, siendo su pertenencia voluntaria¹⁷⁶.

XV.4.b.4- Funciones.

Sus funciones y objetivos fundamentales son los siguientes:

- a) Fomentar la unión y solidaridad del notariado argentino.
- b) Ejercer su representación en el orden nacional e internacional.
- c) Propender al perfeccionamiento de las leyes vinculadas a la función y al ámbito de su actuación.
- d) Procurar el acrecentamiento, la difusión y el intercambio de la cultura jurídico-notarial.
- e) Defender y promover los principios de la organización de notariado latino. Especialmente: 1.- autonomía institucional del notariado con gobierno y disciplina a cargo de sus miembros, colegiación legal y Cajas de Previsión Social propias; 2.- Número de registros notariales en concordancia con las necesidades reales de la población; 3.- Capacitación técnica para ingresar a la función notarial en base a título universitario; 4.- Designación de titular de registro en base a concurso, que aseguren los derechos de los escribanos y representen una garantía para la colectividad; 5.- Inamovilidad del titular del registro en tanto dure su buena conducta; 6.- Retribución de servicios mediante el pago de honorarios fijados por normas legales arancelarias.

XV.5. Organización internacional del notariado.

¹⁷⁶ Sobre el Consejo Federal del Notariado Argentino, puede consultarse GALLINO, Eduardo y IGHINA, Carlos A., *Consejo Federal del Notariado Argentino*, Córdoba, 1997.

El notariado se encuentra organizado en diversas instituciones a nivel internacional. A continuación, analizaremos la Unión Internacional del Notariado Latino.

XV.6. Unión internacional del notariado latino.

XV.6.a) Origen.

La Unión Internacional del Notariado Latino tiene su origen en el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, del año 1948, en el que participaron veinte delegaciones, las que fueron sus miembros fundadores¹⁷⁷. En el año 2005, pasó a denominarse Unión Internacional del Notariado.

XV.6.b) Carácter y funciones.

Es una organización no gubernamental (ONG) constituida para el estudio y sistematización de la legislación notarial, la difusión de ideas, estudios y proyectos, la creación de una oficina de intercambio, la publicación de una revista que sea el órgano de la Unión, la organización de congresos internacionales, etc.

La Unión es una organización internacional de tipo voluntario. No existe, pues, obligación de pertenecer a la misma. Los países miembros, en el año 2006, ascendían a setenta y siete. Sus miembros son las organizaciones nacionales de notarios de cada país. En el caso de Argentina, está representada por el Consejo Federal.

Se ha creado la figura, asimismo, de 'Miembros Adherentes', que no tienen derechos políticos, aunque tienen información y pueden acceder a los congresos con una rebaja en su inscripción.

¹⁷⁷ En el "Estatuto del Congreso Internacional del Notariado Latino" se aprobó su artículo 1, que proclamó: "El Congreso Internacional del Notariado Latino es la expresión de la unidad espiritual de todos los Notarios del mundo latino en sus aspiraciones de estabilidad, de bienestar y de progreso de la institución notarial". Se regularon, además, diversas materias, entre ellas el Comité Permanente y la Comisión Organizadora de cada Congreso. Al respecto, véase BLANQUER UBEROS, Roberto, *El nacimiento en Madrid de la Unión Internacional del Notariado Latino*, disponible en internet en el sitio de la Institución.

Además, hay ciertos países que la integran, y cuyo notariado no es enteramente de tipo latino (ej. Canadá, que lo representa el notariado de Quebec; y Estados Unidos, representado por un notariado no nacional).

En el caso en que haya más de una organización nacional que forme parte de la Unión, dicho país estará representado por la primera que haya sido reconocida. El domicilio legal de la Unión es en Buenos Aires, Argentina; su sede administrativa, no obstante, se encuentra en Roma, Italia¹⁷⁸.

XV.6.c) Principales organismos.

Los países que la integran pertenecen a cuatro continentes (Asia, África, Europa y América), y cada continente conforma una Comisión. En el caso de la Comisión Europea, hay países miembros que integran la Unión Europea, y otros que no la integran. La Comisión de Asuntos Americanos se divide en tres subcomisiones (Sur, Centro y el Caribe; y Norte). También encontramos las Comisiones de África, y de Asia.

Otras comisiones, además de las continentales, son las siguientes: Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Noveles Notarios, Comisión Intercontinental (donde encontramos la Consultiva), Comisión de Informática y Comisión de Deontología Notarial.

La Unión consta de tres órganos: el Consejo Ejecutivo, el Consejo Permanente, y la Asamblea. El Consejo Ejecutivo está encargado de la labor cotidiana de la Unión. El Consejo Permanente está formado por los consejeros, si bien no todos los países miembros tienen consejeros, y son elegidos por sus cualidades. Finalmente, la Asamblea se reúne una vez al año, y en ella vota el presidente del notariado de cada país. Cada país, pues, debe tener consejeros permanentes que informen al resto, y pueden durar hasta dieciocho años.

¹⁷⁸ El reglamento vigente de la Institución fue aprobado por la Asamblea de Notariados miembros, en Madrid (España), el 2 de octubre de 2007. Consta de 35 artículos y 2 disposiciones finales; se encuentra disponible en internet, en el sitio de la Institución.

La Secretaría Permanente funciona en Roma, Italia. Allí trabajan empleados administrativos y tres especialistas en derecho comparado. La Oficina Notarial Permanente de Intercambio (ONPI) está encargada de la publicación de la revista en cinco idiomas (inglés, francés, alemán, italiano y español). Por otra parte, se realizan Congresos cada tres años, con el objeto de tratar temas doctrinarios de carácter general.

XV.7. Organismos científicos del notariado.

Dos son los organismos científicos del notariado a nivel nacional: la Universidad Notarial Argentina, y la Academia Nacional del Notariado.

XV.7.a) Academia Nacional del Notariado.

La Academia Nacional del Notariado reconoce su creación por el Consejo Federal, en el año 1961, en el Instituto Argentino de Cultura Notarial, que constaba de ocho miembros¹⁷⁹. El Instituto funcionó hasta la década de 1990, en la cual se creó la Academia Argentina del Notariado. En 1995, la misma fue reconocida como Academia Nacional¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Sobre la historia de la Academia, véase ALLENDE IRIARTE, Alberto, *Historia de la Academia Nacional del Notariado*, trabajo abreviado del elaborado por dicho autor como el capítulo 4º del libro *El Notariado Argentino*, presentado por el Consejo Federal del Notariado Argentino en el Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1998.

¹⁸⁰ Las Academias que se hallaban reglamentadas antes de 1923 por los estatutos de la Universidad de Buenos Aires se convirtieron en instituciones autónomas en virtud del decreto del 13 de febrero de 1925 y funcionaron como tales hasta que, por aplicación de la ley 14007 de 1950, se dio un nuevo régimen a todas las corporaciones de igual carácter existentes en el país. La situación en que dicha medida legal y su decreto reglamentario N° 7500 colocaron a los altos cuerpos académicos se regularizó por imperio del decreto N° 4362, del 30 de noviembre de 1955, merced al cual aquellos recobraron su plena autonomía.

Las Academias nacionales reconocen distintos orígenes. Están las creadas por el Poder Ejecutivo (Academia Nacional de Ciencias de Córdoba; de Bellas Artes); las creadas como asociaciones privadas y declaradas nacionales por el Poder Ejecutivo (Academia Nacional de la Historia; del Notariado) y, por último, las creadas como organismos de las universidades nacionales y luego convertidas en Academias nacionales (Academia Nacional de Medicina, de Derecho y Ciencias Sociales, de Ciencias Económicas; de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).

La Academia tiene veintisiete miembros. En 2006, el presidente era el escribano santafecino Eduardo CURSACK. Tiene su sede en Buenos Aires, donde se realizan reuniones académicas, y funciona un comité ejecutivo de cinco miembros.

XV.7.b) Universidad Notarial Argentina.

En 1964, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires creó la Universidad Notarial Argentina, la que otorgaba solamente títulos de posgrado. Hoy, la misma es una fundación del Colegio de Escribanos.

Su sede se encuentra en la ciudad de La Plata, si bien su principal funcionamiento se halla en la ciudad de Buenos Aires. Los cursos que dicta, pueden ser desarrollados en todo el país.

La Universidad Notarial Argentina dedica todos sus esfuerzos exclusivamente a los estudios de postgrado y a la investigación interdisciplinaria. Es una entidad sin fines de lucro. El fin de la Universidad no se agota en la realización personal de docentes y alumnos, sino que se traduce en una mejora de los servicios que se brindan a la sociedad, hacia la cual vuelca toda su preocupación, con total libertad de cátedra que garantizan la Constitución Nacional y las leyes reglamentarias de la Educación Superior.

En ese sentido, se propone: 1. Desarrollar los aspectos éticos que contemplen que, junto con los derechos humanos básicos, se debe reconocer la existencia de necesidades humanas básicas; y que junto con la vigencia del régimen republicano institucional, es necesario consolidar la perspectiva del progreso humano; 2. Propender a la excelencia, en el marco de tres criterios: Pertinencia, Libertad académica, Autonomía institucional; 3. Adecuar la formación profesional y científica a la realidad que impone la sociedad del conocimiento, teniendo

Conforme lo señala el mencionado decreto-ley 4362 de 1955, las Academias nacionales 'son el signo más alto del grado de cultura de un país y constituyen el órgano adecuado de la sociedad para la manifestación, progreso y acrecentamiento de las ciencias, las artes y las letras'.

como guías en este campo la relevancia y significatividad de los saberes que se construyen y transmiten.

Además de los establecidos, son objetivos de la institución, entre otros: 1. Perfeccionar la formación de graduados universitarios, afianzando su vocación de servicio en relación con la comunidad regional, nacional e internacional; 2. Brindar espacios de actualización y reconversión profesional, a través de una oferta educativa de calidad, en un marco de educación permanente; 3. Promover la investigación, contribuyendo al desarrollo científico y cultural de la Nación, en atención a las expectativas y necesidades de la sociedad y de la estructura productiva; 4. Establecer vínculos con instituciones educativas, culturales y productivas, a nivel nacional e internacional.

Los Organismos de la Universidad son: a) el Consejo Directivo; b) el Rector y Vice-rector; c) el Secretario General; d) el Prosecretario; e) otros Organismos que asisten al Consejo Directivo¹⁸¹.

¹⁸¹ A octubre de 2008, el rector y vice-rectora de la Universidad eran el Dr. PÉREZ LOZANO, Néstor, y la Dra. ARMELLA, Cristina Noemi, respectivamente.

CAPITULO XVI. RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.

1. Fundamentos y clases. a) Concepto. b) Clases. 1- Responsabilidad objetiva. 2- Responsabilidad subjetiva. c) Factor de atribución. 1- Atribución subjetiva. 2- Atribución objetiva. 2. Responsabilidad civil del notario. a) Naturaleza jurídica: contractual y extracontractual. b) Obligaciones de medios y resultados. Criterios. Jurisprudencia. Casos. 3. Responsabilidad penal. a) Delitos vinculados al ejercicio de la función notarial. 1- Falsedad ideológica y material. 2- Estafa. 3- Destrucción o supresión de documentos. 4- Violación del secreto profesional. 5- Omisión de funcionario público. 6- Otros casos. 4. Responsabilidad administrativa. a) Incumplimiento de obligaciones y deberes fiscales. b) Infracción a los deberes formales. c) Ley penal tributaria. Leyes referentes al lavado de dinero. 1- Ley penal tributaria. 2- Leyes referentes al lavado de dinero. 5.- Responsabilidad profesional. a) Organismos que la juzgan. 1- El Tribunal de Superintendencia. b) Procedimiento, facultades y sanciones disciplinarias. 1- Clases de sanciones. 2- Procedimiento. 3- Aplicación de sanciones.

XVI.1. Fundamentos y clases.

XVI.1.a) Concepto.

La responsabilidad es la obligación de una persona de asumir los daños que con su accionar puede producir. Se llaman daños e intereses el valor de la pérdida que haya sufrido la víctima, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, por la inejecución de ésta a debido tiempo (519 CC).

En el ámbito de los *hechos lícitos*, responsabilidad significa cumplir con las obligaciones que uno ha asumido. En el resarcimiento de los daños e intereses, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (520 CC). Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas (521 CC).

En el ámbito de los *hechos ilícitos*, se debe tener presente que las consecuencias inmediatas de los hechos libres son imputables al autor de ellos (903 CC). Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas (904 CC).

Las consecuencias puramente casuales son imputables al autor del hecho cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho (905 CC). Pero en ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad (906 CC).

XVI.1.b) Clases.

La responsabilidad puede ser subjetiva u objetiva. La responsabilidad subjetiva se funda en el dolo o la culpa de la persona, mientras que en lo referente a la responsabilidad objetiva es indistinto la existencia o no de culpabilidad, respondiendo inclusive por esta clase de responsabilidad la persona inimputable subjetivamente.

XVI.1.b.1- Responsabilidad objetiva.

Quien incorpora al medio social una actividad peligrosa, debe responder; ello, con fundamento en la 'protección de la víctima' de un 'daño injustamente sufrido'. En tal caso, la carga de la prueba de la exención de responsabilidad deberá recaer sobre el titular o guardián de la cosa, invirtiéndose así el *onus probandi*.

XVI.1.b.2- Responsabilidad subjetiva.

Los elementos de la responsabilidad subjetiva son el daño, la imputabilidad (que requiere un mínimo de edad y discernimiento) basada en el dolo (intención) o la culpa (negligencia), y el nexo causal entre ambos: el daño y la imputabilidad.

A diferencia de la responsabilidad objetiva, que sólo requiere nexo causal y daño (pues la inimputabilidad, el dolo y la

culpa le son indiferentes), en la responsabilidad subjetiva es un elemento necesario la existencia de un factor de atribución subjetivo, basado en la actividad del sujeto (1067 CC).

XVI.1.c) Factor de atribución.

XVI.1.c.1- Atribución subjetiva.

El factor de atribución de la responsabilidad, pues, podrá ser: subjetivo u objetivo. En el caso de atribución subjetiva, debe probarse la imputabilidad, y la culpa o dolo. Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio (1109 CC).

XVI.1.c.2- Atribución objetiva.

En el caso de atribución objetiva de responsabilidad, quien desee eximirse de responder deberá probar la existencia de una causa ajena que interrumpa el nexo causal (ej. culpa de la víctima), o la culpa de un tercero por el cual no se deba responder (1113 CC), o la existencia de caso fortuito (que no se puede prever) o fuerza mayor (que se puede prever, pero no se puede evitar, 514 CC).

No se deberá responder cuando el daño resultare de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del mismo, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiese ya sido aquel constituido en mora que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor (513 CC). Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse (514 CC).

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 tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa

hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable (1113 CC).

XVI.2. Responsabilidad civil del notario.

Para que exista un acto ilícito, el mismo debe ser contrario a la ley¹⁹². Y para que el acto ilícito sea punible, deberá producir un daño a un tercero. Así, el primer requisito para la existencia del deber de responder, es la provocación de un daño a un tercero (1067 CC).

No hay acto ilícito punible para el ordenamiento jurídico argentino si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia (1067 CC, principio de taxatividad legal: no hay pena sin ley). Aquí aparece la llamada 'causalidad', que surge cuando se puede afirmar que un determinado hecho provocó un daño. La causalidad debe ser adecuada (906 CC).

Responsabilidad es la capacidad que tiene todo sujeto para conocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente: su violación hace recaer en el sujeto una sanción por su infracción al deber u obligación que sobre el mismo pesaba.

Los supuestos más comunes de responsabilidad notarial son:

- a) parentesco,
- b) asesoramiento o consejo inadecuado,
- c) actuar sin competencia (territorial o material),
- d) defecto en la identificación del otorgante,
- e) rehusar sin causa justificada, el ejercicio de la función,
- f) no tener a la vista en el acto del otorgamiento la documentación necesaria,
- g) existencia de obligaciones tributarias impagas,
- h) responsabilidad del escribano titular por los actos del adscripto,
- i) Responsabilidad por daño moral (522 y 1078 CC).

¹⁹² Sobre responsabilidad civil, véase GARATE, Laura, *Responsabilidad notarial civil*, en ARMELLA, Cristina Noemi, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario (3 tomos)*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 351 y ss.

- j) falta o insuficiencia de:
 - a. capacidad de las partes otorgantes o de los intervinientes en el acto,
 - b. legitimación de los sujetos,
 - c. licitud del acto o negocio documentado (en todo o en parte principal),
 - d. observancia de las formalidades legales sustanciales,
 - e. expedición y entrega de copia auténtica,
 - f. confrontación entre el texto de la matriz y de la copia y
 - g. estudio del título del disponente,
- k) no presentación de la escritura para su inscripción en los Registros Públicos o por su presentación después de transcurrido el plazo legal¹⁸³.

La responsabilidad de los escribanos, por mal desempeño de sus funciones profesionales, puede ser de cuatro clases: a) Administrativa, b) Civil, c) Penal y d) Profesional (28 Ley 6.898 SF). La *responsabilidad civil* de los Escribanos deriva de los daños y perjuicios ocasionados a terceros por incumplimiento de la Ley 6.898 SF o por mal desempeño de sus funciones de acuerdo a lo establecido en otras leyes (30 Ley 6.898 SF).

XVI.2.a) Naturaleza jurídica: contractual y extracontractual.

La responsabilidad del notario es contractual respecto a las partes del negocio, pero tiene naturaleza extracontractual respecto al verdadero titular del dominio o derecho real, en caso de no haber sido parte en la relación jurídico notarial autorizada.

XVI.2.b) Obligaciones de medios y resultados. Criterios. Jurisprudencia. Casos.

¹⁸³ DEL VALLE ABUD, Leticia y GONZÁLEZ CERNUSCHI, Juan Pablo, Subsanación de documentos protocolares, Segundo Premio XIV Encuentro Nacional del Notariado Novel, disponible en internet en el sitio <http://www.cfna.org.ar/cfna/publi/index.php?modulo=escribanos&opt=verdoctrin&id=36>

La responsabilidad del notario es contractual con las partes o los otorgantes, en tanto tiene una obligación de hacer (ej. autorizar una escritura pública de compraventa). Según BUERES, no obstante, quienes asisten a una escribanía, desean que el notario autorice una escritura válida, por lo que la obligación sería de resultados, no de medios.

Los hermanos ALTERINI, por su parte, la denominan 'garantía de seguridad', u obligación tácita de seguridad. La responsabilidad profesional del notario no sería de resultado, salvo que se haya asumido una obligación de resultado (cfr. Proyecto de Código Civil de 1998).

La deuda de la obligación de hacer, puede consistir en realizar cierta actividad con la diligencia adecuada, sin comprometer el resultado.

En un caso jurisprudencial, el juez BUERES sostuvo que el notario, al ser engañado con un documento de identidad falso en el acto de autorización del documento notarial, no debe responder civilmente, pues ello rompió el nexo de causalidad.

XVI.3. Responsabilidad penal.

La responsabilidad penal emerge de la actuación del Escribano en cuanto pueda considerarse delictuosa, y de ella entenderán los tribunales competentes, conforme a lo establecido por las leyes (32 Ley 6.898 SF). La fe pública que emana del instrumento notarial se halla protegida legalmente (292 a 297 CP)¹⁸⁴.

El notario incurre en responsabilidad penal en caso de que sea autor, coautor, instigador o participe de algunos de los delitos tipificados en el Código Penal, en el ámbito de su función. Son partícipes "los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse" (45 CP). Son instigadores "los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo" (45 CP *in fine*). También son punibles "los que cooperen de

¹⁸⁴ Sobre responsabilidad notarial penal, véase FRONTINI, Elba María, *Responsabilidad notarial penal*, en ARMELLA, Cristina Noemí, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, ob. cit., p. 407 y ss.

cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo” (46 CP).

Los delitos tipificados que se encuentran más relacionados al ejercicio de la actividad notarial son: la falsedad ideológica¹⁸⁵ (293 CP) y material (292 CP), la estafa (172 y 173 CP), la destrucción o supresión de documentos (294 CP), la violación del secreto profesional (156 y 157 CP), y la omisión de funcionario público (249 CP), entre otros casos.

XVI.3.a) Delitos vinculados al ejercicio de la función notarial.

XVI.3.a.1- Falsedad ideológica y material.

La fe pública que emana del instrumento notarial se halla protegida en nuestro derecho vigente (292 a 297 CP). La responsabilidad penal del notario hace referencia a la afectación del contenido de una estructura formal verdadera, no siendo requisito necesario la producción de un perjuicio, bastando con sólo probar la existencia de tal posibilidad (ej. alteración de la copia en relación con su matriz).

Es el llamado delito de *falsedad ideológica*, se reprime con reclusión o prisión de uno a seis años, a quien insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio (293 CP).

El notario puede intervenir aquí autorizando, por ejemplo, un acta de constatación donde sea requerido para posteriormente ‘probar’ en juicio hechos que acrediten su demanda. Si en dicho documento notarial, el escribano ‘insertare o hiciere insertar’ declaraciones falsas, incurrirá en el delito tipificado¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Véase ZINNY, Mario Antonio, *Falsedad ideológica*, publicado en Revista La Ley, Buenos Aires. Año LXX, Nº 85, en fecha 03-V-2006.

¹⁸⁶ Al respecto, puede verse CNPE Sala A, autos “BERNSTEIN, Jorge y Otros”, 11-VII-2003, con voto del Dr. Hendler. Texto digital disponible en el sitio http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=3604:bernstein-cnpe-escribano-responsabilidad-penal&catid=281:jurisprudencia&Itemid=21

Por su parte, la **falsedad material** la encontramos tipificada en el 292 CP, el cual establece que "el que hiciere en todo o en parte un documento falso o adultere uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado" (292 1º parte CP). Aquí se tipifica tanto la falsedad material de documento público, como de documento privado, variando en cada caso la intensidad de la pena a aplicar.

Si el documento falsificado o adulterado fuere de los destinados a acreditar la identidad de las personas o la titularidad del dominio o habilitación para circular de vehículos automotores, la pena será de tres a ocho años (292 2º parte CP). Aquí, el notario será penado en forma agravada, si tuviere participación en el delito tipificado, falsificando o adulterando documentos que tengan por finalidad sea la acreditación de identidad de personas, sea la titularidad del dominio (ej. escritura pública traslativa de dominio), sea la habilitación para circular de vehículos automotores.

XVI.3.a.2- Estafa.

El CP reprime con prisión de un mes a seis años, a quien defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño (172 CP).

Además, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena mencionada: 1) El que defraudare a otro en la substancia, calidad o cantidad de las cosas que le entregue en virtud de contrato o de un título obligatorio; 2) El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver; 3) El que defraudare, haciendo suscribir con engaño algún documento; 4) El que cometiere alguna defraudación

abusando de firma en blanco, extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo que la dio o de tercero; 5) El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de tercero; 6) El que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado o falsos recibidos; 7) El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos; 8) El que cometiere defraudación, substituyendo, ocultando o mutilando algún proceso, expediente, documento u otro papel importante; 9) El que vendiere o gravare como bienes libres, los que fueren litigiosos o estuvieren embargados o gravados; y el que vendiere, gravare o arrendare como propios, bienes ajenos (173 CP).

Como se observa, el notario puede ser autor, o participar en otro carácter, de los delitos tipificados mencionados, en cuanto para ejercer tales actos (ej. certificar firmas de recibos, escriturar para vender o contratar, etc.) la participación del escribano puede ser necesaria o imprescindible, según los casos.

XVI.3.a.3- Destrucción o supresión de documentos.

El CP expresa que quien suprimiere o destruyere, en todo o en parte, un documento de modo que pueda resultar perjuicio, incurrirá en las penas señaladas para los delitos de falsificación de documentos (294 CP).

El 297 CP equipara a los instrumentos públicos 'los testamentos ológrafos o cerrados, los certificados de parto o de nacimiento, las letras de cambio y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, no comprendidos en el artículo 285'¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Se refiere a "la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros

Por tanto, el notario, al conservar frecuentemente en su poder documentos de terceros (ej. clientes, partes de un futuro negocio o de un negocio efectuado, etc.), en caso de suprimir o destruir los mismos, incurrirá en el delito analizado.

XVI.3.a.4- Violación del secreto profesional.

La legislación penal reprime con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000 e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, a quien teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa (156 CP). Así, la violación del secreto profesional por parte del escribano, sea respecto de los negocios que por ante el pasan, o sea respecto de las consultas que recibe para su asesoramiento, es penada por la legislación vigente.

Para quienes se enrolan en la postura doctrinaria que considera al notario como un 'funcionario público'¹⁸⁸, sería aplicable también el 157 CP, reprimiéndose con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por uno a cuatro años al 'funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos'.

XVI.3.a.5- Omisión de funcionario público.

También se reprime con multa de \$ 750 a \$ 12500, e inhabilitación especial de un mes a un año, al 'funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio' (249 CP).

De tal modo, si se considera al notario como un funcionario público, estaremos en presencia de la posibilidad de que el mismo incurra en el delito de omisión de los deberes de funcionario público.

nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado" (285 CP).

¹⁸⁸ Véase Ap. I.4, *Fuentes*.

XVI.3.a.6- Otros casos.

El notario, como es natural, puede asimismo participar de la comisión de otros delitos comunes, sean vinculados a su función notarial o no. La participación en los mismos, pues, podrá ser en cualquier carácter (ej. autor, coautor, instigador, participe necesario, etc.).

XVI.4. Responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa deriva del incumplimiento de las leyes fiscales¹⁸⁹ y de ella entenderán directamente los Tribunales que determinen las leyes respectivas (29 Ley 6.898 SF)¹⁹⁰.

Las sanciones disciplinarias a que pueden ser sometidos los Escribanos inscriptos en la matrícula son las siguientes: a) Apercibimiento; b) Multa de pesos cincuenta hasta pesos quinientos; c) Suspensión desde tres días hasta un año; d) Suspensión por tiempo indeterminado; e) Destitución del cargo (art. 52).

XVI.4.a) Incumplimiento de obligaciones y deberes fiscales.

Las medidas disciplinarias a que refiere el Artículo 52 de la Ley 6.898 SF, serán aplicadas según la gravedad de la falta cometida, de acuerdo con las siguientes normas:

- a) El **apercibimiento** y la **multa** hasta el importe que determine anualmente el Ministerio de Gobierno, Justicia y Culto a propuesta del Consejo Superior serán aplicados *por negligencias profesionales, trasgresiones a los deberes de funcionario de carácter leve, incumplimiento de la ley o del Dec. 1612/1995, indisciplina o faltas a la ética profesional*, en cuanto tales irregularidades no afectaren fundamentalmente los intereses de terceros, o de la Institución Notarial o del

¹⁸⁹ Sobre responsabilidad notarial en materia fiscal, puede consultarse ROSELLO, Vilma, *Responsabilidad notarial fiscal*, en ARMELLA, Cristina Noemí, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, ob. cit., p. 457 y ss.

¹⁹⁰ Sobre responsabilidad notarial administrativa, véase BAZET, María Cecilia, *Responsabilidad notarial disciplinaria*, en ARMELLA, Cristina Noemí, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, ob. cit., p. 425 y ss.

Colegio de Escribanos, o por haber incurrido en violación de lo dispuesto en los arts. 69 y 70 de dicho Decreto¹⁹¹, y sin perjuicio de las disposiciones en ellos contenidas;

- b) La **suspensión** de hasta un mes inclusive, será aplicada por reiteración de las faltas previstas en el inciso anterior, o por la comisión de irregularidades de relativa gravedad o por falta de pago de más de dos (2) cuotas de las fijadas en el Artículo 48, incisos c) y d) de la Ley 6.898¹⁹², o por ofrecer o dar participación a terceros en los honorarios que les correspondan;
- c) La **suspensión** por más de un mes hasta por tiempo indeterminado y la **destitución** corresponderán por graves faltas en el desempeño de la función o por reiteración de faltas que ya hubieren merecido la pena de suspensión (art. 62 Dec. 1612/1995).

XVI.4.b) Infracción a los deberes formales.

Se observa, pues, que el notario es pasible de ser sancionado por su infracción a los deberes formales a su cargo. La sanción meramente administrativa se aplicará si incurre en indisciplina o faltas de ética profesional que no dañen a terceros.

¹⁹¹ Art. 69, Dec. 1612/1995, Reglamento Notarial: Los escribanos remitirán al respectivo Consejo Directivo la boleta de depósito a que se refiere el Artículo anterior (se refiere al importe por acto notarial autorizado, y al convenio de honorarios pactado por escrito), conjuntamente con los demás comprobantes y en el plazo, modo y condiciones que determine el Consejo Superior. Art. 70: La falta de cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo anterior, así como todo error, omisión, falta de claridad en la redacción de las boletas de depósito y/o en las facturas y cualquier otra circunstancia imputable al escribano en la confección de las mismas, impedirá que los fondos depositados se contabilicen a los efectos previstos en el Artículo 49, Inc.1 ap. h) de la Ley, situación que subsistirá mientras el Escribano no corrija la deficiencia. Los convenios sobre honorarios, previstos en el Artículo 59 de la Ley, podrán ser formalizados por instrumento público o privado.

¹⁹² Art. 48 Ley 6.898 SF: Cada circunscripción del Colegio de Escribanos se mantendrá: ...c) Con una cuota mensual que abonará cada Escribano colegiado y con una cuota mensual adicional que abonará cada Escribano de Registro; d) Con el importe que abonará cada Escribano y con igual importe que abonará cada otorgante por cada escritura autorizada y cuya percepción efectuará el Escribano interviniente.

Si la infracción es leve sólo se lo apercibe o multa (inc. A); en cambio, se lo suspenderá e inclusive destituirá en los casos en que la falta adquiera una gravedad que amerite tal decisión (inc. B y C, art. 62 Dec. 1612/1995).

XVI.4.c) Ley penal tributaria. Leyes referentes al lavado de dinero.

XVI.4.c.1- Ley penal tributaria.

La Ley 24.769¹⁹³ tipificó los delitos de evasión simple (art. 1), evasión agravada (art. 2), obtención fraudulenta de beneficios fiscales (art. 4), y apropiación indebida de tributos (art. 6), entre otros delitos, sancionando con pena de prisión a los autores de tales hechos.

Así, se castiga penalmente al obligado (en el caso, notario), que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiera total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, siempre que el monto evadido excediere la suma de cien mil pesos (\$ 100.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aún cuando se tratara de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año (art. 1).

El delito se agrava si el monto supera \$ 1.000.000, o los \$ 200.000 con intervención de interpósita persona o se utilizaren fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales (art. 2).

Se reprime asimismo al notario que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, obtuviere un reconocimiento, certificación o autorización para gozar de una exención, desgravación, diferimiento, liberación, reducción, reintegro, recupero o devolución tributaria al fisco nacional (art. 4).

¹⁹³ Sancionada: Diciembre 19 de 1996, Promulgada de Hecho: Enero 13 de 1997.

Es pasible de sanción penal el notario si actuando como agente de retención o percepción de tributos nacionales, no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de diez mil pesos (\$ 10.000) por cada mes (art. 6).

También se castiga con inhabilitación especial al notario, como pena accesoria, si a sabiendas, dictaminare, informare, diere fe, autorizare o certificare actos juridicos, balances, estados contables o documentación para facilitar la comisión de los delitos previstos en la ley comentada (art. 15). Tal pena de inhabilitación especial lo será por el doble del tiempo de la condena.

La misma ley faculta al organismo recaudador (AFIP) a solicitar al juez penal medidas de urgencia y toda autorización que fuere necesaria para intervenir cuando hubiere motivos para presumir que en algún lugar existen elementos de juicio probablemente relacionados con la presunta comisión de alguno de los delitos previstos por dicha norma (art. 21). También podrá el ente recaudador asumir, en el proceso penal, la función de querellante particular, a través de funcionarios designados para que asuman su representación (art. 23).

XVI.4.c.2- Leyes referentes al lavado de dinero.

La Ley 25.246¹⁹⁴ modificó el CP, incluyendo tipos delictivos referidos al lavado de dinero. Por el art. 20, están obligados a informar a la Unidad de Información Financiera, en los términos del artículo 21, los Escribanos Públicos (inc. 12).

El art. 21 agrega que las personas señaladas en el artículo 20 quedarán sometidas a las siguientes obligaciones:

- a) Recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada

¹⁹⁴ Sancionada: Abril 13 de 2000. Promulgada: Mayo 5 de 2000. Modificada por Ley 26.087 (B.O. 24-IV-2006), y Dec. 1500/2001.

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 circular respectiva.

Cuando los clientes, requirentes o aportantes actúen en representación de terceros, se deberán tomar los recaudos necesarios a efectos de que se identifique la identidad de la persona por quienes actúen.

Toda información deberá archivararse por el término y según las formas que la Unidad de Información Financiera establezca;

- b) Informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. 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.

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;

- c) Abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley.

El Decreto 169/2001, reglamentario de dicha Ley, expresa que a los fines del inciso b) del artículo 21 de la Ley, serán considerados, a mero título enunciativo, "hechos" u "operaciones sospechosas", las actividades realizadas por *escribanos*, *martilleros*, *rematadores*, *consignatarios de hacienda*, *contadores*, *despachantes de aduana*, *agentes de transporte aduanero* y demás profesionales y auxiliares del comercio, en el ejercicio habitual de su profesión, que por su

magnitud y características se aparten de las prácticas usuales del mercado (art. 12, inc. í) ¹⁹⁵.

XVI.5.- Responsabilidad profesional.

La responsabilidad profesional emerge del incumplimiento por parte de los Escribanos de la Ley 6.898 SF o del Reglamento Notarial ¹⁹⁶ o de las disposiciones que se dictaren para la mejor observancia de éstos o de los principios de ética profesional ¹⁹⁷ o de las leyes fiscales, en cuanto estas transgresiones afecten la Institución Notarial, los servicios que le son propios o el derecho del cuerpo. Su conocimiento compete al tribunal de Superintendencia y al Colegio de Escribanos, en la forma y condiciones previstas por esta Ley (31 Ley 6.898 SF).

Se debe tener presente que ninguna de las responsabilidades enunciadas debe considerarse excluyente de las demás, pudiendo el escribano ser llamado a responder de todas y cada una de ellas, simultánea y sucesivamente. Si la responsabilidad administrativa, civil o penal, surgiera con motivo o causa vinculada con el ejercicio profesional, sin perjuicio de las mismas, el Colegio de Escribanos, previo sumario, podrá imponer como accesorio las sanciones que determina el artículo 51 (33 Ley 6.898 SF).

Conforme el 51 Ley 6.898 SF, en ejercicio de su función de disciplina profesional, el Consejo Superior del Colegio de Escribanos podrá imponer a los escribanos las penas de prevención, apercibimiento, multa de \$50 a \$500 y suspensión hasta un mes. En caso de que la gravedad de la infracción hiciera pasible al escribano de una pena mayor elevará las

¹⁹⁵ La República Argentina, como Miembro Pleno del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), fue evaluada entre octubre de 2003 y junio de 2007. Las conclusiones del informe señalan que las principales fuentes del dinero ilícito en la Argentina son los delitos de evasión impositiva, contrabando, corrupción y diferentes clases de fraude. Véase MARTEAU, Juan Félix, *No hay castigo para el lavado de dinero*, en Diario La Nación, Buenos Aires, 02-X-2008.

¹⁹⁶ Decreto SF 1612/1995.

¹⁹⁷ Código de Ética, Resolución N° 1-30/797; Consejo Superior, Acta N° 528.

actuaciones al Tribunal de Superintendencia que corresponda¹⁹⁸, para que éste proceda conforme a las prescripciones de esta Ley.

XVI.5.a) Organismos que la juzgan.

El organismo que juzgue la responsabilidad del notario, dependerá de la clase de responsabilidad que se halle en cuestión.

Así, la responsabilidad *penal* será juzgada por los tribunales penales (jueces de instrucción, juzgados correccionales, cámaras de apelaciones en lo penal, etc.), aplicándose para su juzgamiento el código de rito en materia penal.

Por su parte, la responsabilidad *civil* será juzgada por la justicia ordinaria civil (jueces en lo civil y comercial de primera instancia, cámaras de apelaciones en lo civil y comercial, etc.) con aplicación del código ritual civil de la provincia respectiva.

En cuanto a la responsabilidad *profesional*, sin embargo, su conocimiento compete al Tribunal de Superintendencia y al Colegio de Escribanos, en la forma y condiciones previstas por la Ley 6.898 SF, en el caso de la provincia de Santa Fe (31 Ley 6.898 SF).

XVI.5.a.1- El Tribunal de Superintendencia.

El gobierno y disciplina del Notariado corresponde al Tribunal de Superintendencia y al Colegio de Escribanos, en el modo y forma previstos por la Ley 6.898 SF (art. 35). En cada circunscripción del Colegio de Escribanos, el Tribunal de Superintendencia, estará compuesto por un presidente, que lo será el presidente en turno de la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de las ciudades de Santa Fe y Rosario, respectivamente; dos vocales titulares, que cada Cámara designará anualmente entre sus componentes, a simple pluralidad de votos, y dos vocales suplentes que reemplazarán a

¹⁹⁸ Sobre la composición de cada Tribunal de Superintendencia, véase el punto XVI.5.a.1 ('El Tribunal de Superintendencia').

los titulares, en caso necesario, y serán designados de igual modo que aquellos (art. 36).

El Tribunal conocerá en única instancia, previo sumario y dictamen del Colegio de Escribanos de los asuntos relativos a la responsabilidad profesional de los Escribanos cuando el mínimo de la pena aplicable consista en suspensión por más de un mes (art. 38)¹⁹⁹. Conocerá en general, como Tribunal de Apelación, y a pedido de partes de todas las resoluciones del Colegio de Escribanos, y especialmente de los fallos que éste pronunciare, en los asuntos relativos a la responsabilidad profesional de los Escribanos, cuando la pena aplicada sea de suspensión por un mes o inferior a ella (art. 39).

El Tribunal tomará sus decisiones por simple mayoría de votos, inclusive el del presidente, y sus miembros podrán excusarse o ser recusados por iguales motivos que los de la Cámara de Apelaciones en lo Civil²⁰⁰. Siempre que las cuestiones de derecho en debate hayan sido materia de decisiones contradictorias por distintos Tribunales de Superintendencia podrá éste de oficio, a petición del Colegio o parte interesada, resolver que la sentencia se dicte por Tribunal Plenario formado por los Tribunales de Superintendencia de ambas circunscripciones (art. 40).

Elevado el sumario en los casos del artículo 38 (mayores a un mes) o el expediente condenatorio, en los del artículo 39 (menores a un mes), el tribunal ordenará de inmediato las medidas de prueba y de descargo que ofrecidas en el sumario no se hayan producido, si las considerara convenientes, y pronunciará sus fallos en el término de treinta días contados de la fecha de entrada del asunto al tribunal (art 41). La intervención fiscal en los asuntos que se tramiten en el Tribunal de Superintendencia, estarán a cargo del Colegio de Escribanos. El Colegio de Escribanos por sus representantes, y sin perjuicio de poder designar apoderado, actuará directamente en el trámite

¹⁹⁹ Véase Ap. XVI.5 *in fine*, *Responsabilidad profesional*.

²⁰⁰ CPCCER, art. 10; CPCCSF, art. 10.

con carácter de fiscal, contestando agravios, solicitando pruebas e informando. A los fines de la confesión se considerará a la Institución como persona jurídica pública siendo aplicable lo dispuesto por el artículo 159 de la Ley 5531 (art. 42 Ley 6.898 SF).

XVI.5.b) Procedimiento, facultades y sanciones disciplinarias.

XVI.5.b.1- Clases de sanciones.

Las sanciones disciplinarias a que pueden ser sometidos los Escribanos inscriptos en la matrícula son las siguientes: a) *Apercibimiento*; b) *Multa de pesos cincuenta hasta pesos quinientos*; c) *Suspensión desde tres días hasta un año*; d) *Suspensión por tiempo indeterminado*; y e) *Destitución del cargo* (52 Ley 6.898 SF)²⁰¹.

XVI.5.b.2- Procedimiento.

Denunciada o establecida la irregularidad, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos procederá a instruir sumario con intervención del inculpado, adoptando al efecto todas las medidas que se estimen necesarias, debiendo el sumario terminar en el término de treinta días hábiles. En los casos en que sea fundado y necesario, se prorrogará el plazo para la instrucción del sumario por veinte días hábiles más (53 Ley 6.898 SF).

Recibido el sumario por el Consejo Superior, éste deberá expedirse en la primera reunión que realice, salvo que solicite medidas para mejor proveer. Si la pena aplicable a su juicio es de *apercibimiento, multa o suspensión hasta un mes*, dictará la correspondiente sentencia, de la que se dará inmediato conocimiento al interesado a los efectos de la apelación. No produciéndose ésta, o desestimándose el cargo, se ordenará el archivo de las actuaciones. Si el Escribano sancionado apelare dentro de los cinco o diez días hábiles de la notificación, según se domicilie en Santa Fe y Rosario, o en el interior

²⁰¹ Véase Ap. XVI.4.a, *Incumplimiento de obligaciones y deberes fiscales*.

respectivamente, se elevarán aquellas al Tribunal de Superintendencia a sus efectos (54 Ley 6.898 SF).

Si terminado el sumario la pena aplicable a juicio del Consejo Superior fuere de *más de un mes de suspensión*, elevaré las actuaciones al Tribunal de Superintendencia quien deberá dictar su fallo dentro de los treinta días hábiles de notificado. En cualquier caso en que el Consejo Superior estimara que la suspensión excederá del plazo de tres meses, el Colegio de Escribanos podrá solicitar la suspensión preventiva del escribano inculcado (55 Ley 6.898 SF).

XVI.5.b.3- Aplicación de sanciones.

Las sanciones disciplinarias se aplicarán con arreglo a las siguientes normas:

- a) El *pago de las multas* deberá efectuarse en el plazo de diez días a partir de la notificación, respondiendo de su efectividad la fianza otorgada por el escribano;
- b) Las *suspensiones* se harán efectivas fijando el término durante el cual el escribano no podrá actuar profesionalmente;
- c) La *suspensión por tiempo indeterminado*, o *destitución* importará la cancelación de la matrícula y la vacancia del Registro y secuestro de los protocolos si se tratare de un escribano regente (56 Ley 6.898 SF).

El escribano suspendido por tiempo indeterminado, no podrá ser reintegrado a la profesión en un plazo menor de cinco años desde la fecha en que se pronunció la pena, y ello siempre que mediaran circunstancias especiales que justificaran la rehabilitación a juicio del Tribunal de Superintendencia con intervención del Colegio de Escribanos (57 Ley 6.898 SF).

De las suspensiones por tiempo indeterminado, destitución y privación del oficio, deberá darse conocimiento al Poder Ejecutivo. El CPCCSF se aplica subsidiariamente en lo no especialmente reglamentado en la Ley 6.898. Todo expediente paralizado más de un año, salvo que se encuentre a resolución, será archivado sin más trámite (58 Ley 6.898 SF).

NORMATIVA CITADA

a) Nacional.

a.1- Constitución y Códigos.

- Constitución Nacional de la República Argentina
- Código Civil argentino
- Código Penal argentino

- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

- Código de Comercio argentino

a.2- Leyes.

- Ley 17.671 de Registro Nacional de las Personas
- Ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble

- Ley 17.711 de modificaciones al Código Civil
- Ley 15.875 de modificaciones al Código Civil
- Ley 26.140 de modificaciones al Código Civil
- Ley 13.512 de Régimen de Propiedad Horizontal
- Ley 24.240 de Defensa del Consumidor

- Ley 24.441

- Ley 24.453 de modificaciones al Código Penal

- Ley 24.769 de Régimen Penal Tributario

- Ley 25.246 de Lavado de Dinero

- Ley 25.561 de Emergencia Pública
- Ley 26.087 de modificaciones a la Ley 25.246.

a.3- Decretos Leyes, y Decretos.

- Decreto Ley 5965/63 de Letra de Cambio y Pagaré
- Decreto de desregulación económica de 2248/1991
- Decreto 1500/2001, modificaciones a la Ley 25.246

b) Provincial.

b.1- Santa Fe.

- Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe
- Ley SF 6.898 Orgánica del Notariado (texto actualizado)
- Decreto SF 1612/1995 Reglamenta ley orgánica
- Ley SF 3.910 de Caja Notarial
- Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe

b.2- Entre Ríos.

- Constitución de la Provincia de Entre Ríos
- Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos
- Ley ER 6.200 Orgánica del Notariado (texto actualizado)

c) Internacional y extranjera.

- Convención de la Haya de 1961 (ratificado por Argentina)
- Tratados de Montevideo de 1889 y 1940
- Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 1992 (MERCOSUR)

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, *Ley 26.140. Reforma de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil. Dictamen*, en Revista La Ley Actualidad, Año LXXI, Nº 234, Buenos Aires, 2007.

ALTERINI, Atilio Aníbal, *Estudio de títulos*, Revista La Ley, Año XLVI Nº 66, 03-IV-1981, Buenos Aires, p. 1 y ss.

ARMELLA, Cristina Noemí, *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario* (3 tomos), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

BARDALLO, Julio R., *Relaciones jurídicas notariales*, en Revista del Notariado, Nº 717 (mayo-junio de 1971), Buenos Aires.

BLANQUER UBEROS, Roberto, *El nacimiento en Madrid de la Unión Internacional del Notariado Latino*, disponible en internet en el sitio de la Institución (U.I.N.L.).

CABULI, Ezequiel, *Escrituras de compraventa e hipotecas otorgadas en el extranjero: protocolización. Formas. La intervención judicial*, Revista La Ley, Año LXVIII Nº 133, 13-VII-2004, Buenos Aires, p 1 y ss.

CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO, *El Notariado Argentino*, presentado en el Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1998.

CORNEJO, América Atilio, *Derecho registral*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

CURSACK, Eduardo Víctor, *Avances y nuevas incumbencias del notariado argentino*, Notariado Argentino (Cap. IX), Consejo

Federal del Notariado Argentino, 50 Años de la Unión Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, 1998.

CURSACK, Eduardo V., *Colegiación legal. Libre elección del escribano autorizante*, trabajo distribuido durante el cursado, Buenos Aires, 1998.

CURSACK, Eduardo Víctor, *Instrumentos públicos: actas notariales*, 10º Aniversario de la Academia Nacional del Notariado, Argentina.

CURSACK, Eduardo V., *La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal*, trabajo distribuido durante el cursado, p. 8.

CURSACK, Eduardo V., *Subsanación de escrituras públicas*, trabajo distribuido durante el cursado, Corrientes, 1999.

D'ORAZI FLAVONE, Mario, *La autonomía del derecho notarial*, Separata de *Estudios en memoria de F. Vasalli*.

D'ORAZI FLAVONE, Mario, *La autonomía del derecho notarial*, Separata de *Estudios en memoria de F. Vasalli*.

DONA, *Elementi di diritto notarile*, 2da edición, Milán, Italia, 1934.

ETCHEGARAY, Natalio P., Documentos protocolares sin compareciente, Rev. Not. 919-581, Escrituras y actas notariales, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997.

FRONTERA, Rodolfo, *Autonomía del derecho notarial*, en Gaceta del Notariado, Secc. Doctrina, p. 399 y ss.

FRONTERA, Rodolfo, *Derecho Notarial. Unidad 5*, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, 25-VI-2008.

FRONTERA, Rodolfo, *Derecho Notarial*. Fe pública, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, 10-IX-2008.

FRONTERA, Rodolfo, *Derecho Notarial. Función pública*, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, 10-IX-2008.

GALLINO, Eduardo y IGHINA, Carlos A., *Consejo Federal del Notariado Argentino*, Córdoba, 1997.

GARCÍA CONI, Raúl R. y FRONTINI, Ángel A., *Derecho Registral Aplicado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, Buenos Aires.

GATTARI, Carlos Nicolás, *Práctica notarial*, Buenos Aires, 1988.

HERRERO PONS, Jorge, *Vademecum notarial*.

IMPELLIZZERI, Silvia, *Tratado de Derecho Notarial, registral e inmobiliario*, Buenos Aires.

INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, Ed. de la Revista del Notariado, Separata de la Revista N° 765, Buenos Aires.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducido al español, Buenos Aires.

LARRAUD, Rufino, *Curso de Derecho Notarial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966.

LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., *Curso Introductorio al Derecho Registral*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1983.

MARTÍNEZ SEGOVIA, *Estudio de Títulos de dominio*, Buenos Aires.

MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco, *Función notarial*, Buenos Aires.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Publicidad Registral*, tercera edición, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 2003.

MUSTAPICH, José María, *Tratado teórico y práctico de Derecho Notarial*, Buenos Aires.

NERI, I., *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, volumen I, parte general, Ediciones Depalma, primera edición, segunda tanda, Buenos Aires, Argentina, 1980

NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y Derechos en el documento público*, Buenos Aires.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Ed. Universidad Notarial Argentina, La Plata, Argentina, 1967.

PARMA, Ana María y REPETTO GRONDONA, Elisa, *Principio de incapacidad de los menores adultos. Representación. Habilitación por trabajo y emancipación*, Gaceta del Notariado, Secc. Doctrina, presentada en la XII Jornada Nacional Argentina, Resistencia (Chaco), Septiembre de 1968.

PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1997.

PESUTO, Hermo Luis, *Régimen Jurídico del Automotor*, Paraná, Entre Ríos, octubre de 2005, Universidad Nacional del Litoral, material de cursado, Carrera de Especialización en Notariado, distribuido en septiembre de 2008.

PIÑON, Benjamín Pablo, *Estudio de títulos, una novedad en el Proyecto de Código Unificado*, publicado en el sitio web <http://www.codigociviltm.com.ar>.

PIÑON, Benjamín Pablo, *Instrumentos públicos y escrituras públicas. Comentarios a los artículos 979 al 1011 del Código Civil*, Instituto de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1978.

PIÑON, Benjamín Pablo, *Orden público*, publicado en Jurisprudencia Argentina, T. 1995-III-812, Buenos Aires.

DI PIETROMICA, Viviana, *Régimen tributario de la actuación notarial*, Ciudadela, 2008.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, *Naturaleza jurídica del Documento auténtico notarial*, Ed. UNA, La Plata, 1967.

SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1968.

ZATTA, María Carla, *Tratado de Derecho Notarial, Registral e inmobiliario*, en especial el capítulo sobre 'Deberes y Derechos', p. 255 y ss.

ZAVALA, Gastón Augusto, *El documento notarial sin compareciente*, Tesis Doctoral, Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1998.

ZAVALA, Gastón Augusto, *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Buenos Aires.

ZINNY, Mario A., *Casos notariales*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

ZINNY, Mario Antonio, *Falsedad ideológica*, publicado en Revista La Ley, Buenos Aires, Año LXX, N° 85, en fecha 03-V-2006.

Otras publicaciones del autor:

- *"Apuntes de Derecho Internacional y Política Exterior"*

Disponible en:

<http://www.lulu.com/content/2491990>

- *"Rol del Parlamento en la política exterior nacional"*

Disponible en:

<http://www.lulu.com/content/2502053>

Otras publicaciones de la Editorial:

- *"Argentina en el mundo globalizado"* (Ricardo E. LAFFERRIERE)

- *"Nada es gratis..."* (Ricardo E. LAFFERRIERE)

- *"Notas Anti-K"* (Ricardo E. LAFFERRIERE)

- *"Desde Entonces - Una visión crítica de la Argentina en los tiempos de Kirchner"* (Ricardo E. LAFFERRIERE)

- *"En tiempos de Kristina - El primer semestre"* (Ricardo E. LAFFERRIERE)

- *"Escenario global - Perspectivas para la Argentina"* (Ricardo E. LAFFERRIERE)

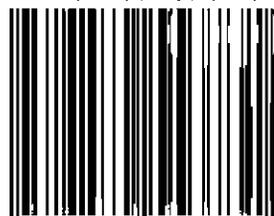
- *"Los Argentinos y la globalización. ¿Autoexcluidos o exitosos?"* (Ricardo E. LAFFERRIERE)

Descargue gratuitamente su ejemplar desde:

<http://www.cursonotarial.com.ar>

Editado en sistema "Impreso por demanda"
Por Augusto Diego Lafferriere
Copyright (C) 2008 Augusto Diego Lafferriere
ISBN: 978-987-05-5373-1
[http://www.lulu.com/content/
augustolafferriere@gmail.com](http://www.lulu.com/content/augustolafferriere@gmail.com)
Libro de Edición Argentina

ISBN 978-987-05-5373-1



9 789870 553731

Acerca del autor de esta obra...



Augusto Diego LAFFERRIERE nació en Nogoyá, Prov. de Entre Ríos (Argentina), en 1979. Egresó de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (UNL) en Santa Fe, Argentina.

Obtuvo la Especialidad en Relaciones Internacionales en 2004, y el Magister en Relaciones Internacionales en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), Sede Argentina, en 2008, curso con doble titulación en conjunto con la Universidad de Barcelona (UB).

Profesionalmente, se desempeñó como asesor jurídico en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (HCDN) durante el período 2002/2003.

Es miembro del Instituto de Derecho Internacional Público, de la Integración y Relaciones Internacionales del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) desde 2003.

En 2008, prestó servicios de Asesor jurídico en la Honorable Convención Constituyente de Entre Ríos, en el ámbito de la Comisión de Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial. Asimismo, cursó los estudios de posgrado sobre especialización en derecho notarial, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS), de la Universidad Nacional del Litoral (UNL).

Actualmente, ejerce la profesión liberal en la Provincia de Entre Ríos, y es miembro de la Comisión Directiva del Colegio de Abogados de Entre Ríos (Secc. Nogoyá).



Esta obra fue concebida con un objetivo simple: servir de guía orientativa al estudiante que se inicia en el ámbito del derecho notarial. Fue escrita durante el cursado de la especialización en Derecho Notarial que dicta la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina), en 2008.

Por tal motivo, está redactada en un nivel básico, sin citas abundantes, basada principalmente en apuntes tomados durante el cursado y cita directa de los textos legales, con transcripción textual de los artículos básicos que rigen cada tema, y la subdivisión de cada uno de ellos en títulos y subtítulos para facilitar de tal

manera la rápida búsqueda de la respuesta a cada interrogante planteado.

Con el mismo fin, seguimos el programa de Derecho Notarial dado por la cátedra del posgrado de la Especialización en Derecho Notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (FCJS) de la Universidad Nacional del Litoral (UNL), conformada por los Escribanos Eduardo CURSACK, Rodolfo FRONTERA, Benjamín PIÑON, y demás profesores colaboradores del mismo; así como los programas de las asignaturas "Derecho Notarial I y II (Parte Teórica)", de la Facultad de Derecho y Ciencia Política (FDCP) de la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF), vigente desde 2001, para el posgrado de Notariado.

La bibliografía consultada ha sido en primer término la propia legislación, que se suele transcribe con un objetivo de autosuficiencia de la obra. También se consultaron lecturas básicas de doctrina (véase la sección Bibliografía General) cuyo estudio se sugiere para una profundización de cada tema en particular, así como de las obras que son citadas al pie durante el desarrollo de cada tema. Finalmente, no podemos desconocer las fuentes no formales consultadas, como los comentarios de los académicos durante el cursado, y debates con colegas sobre temas puntuales.

Esperamos, pues, contribuir con este trabajo a una amena y sistemática introducción por parte del lector, al estudio del derecho notarial.

ID: 4571477
www.lula.com