



Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Central

Sucre – Bolivia

Especialización Superior en Derecho y Práctica Notarial

**REQUISITOS FORMALES PARA CONSTITUIR UNA
ESCRITURA PÚBLICA**

**Monografía presentada para obtener el
Grado Académico de Especialista en
Derecho y Práctica Notarial**

Alumno: Marcela Arauz Calderón

Santa Cruz – Bolivia

2010

AGRADECIMIENTO

A Dios

A mi familia

A mis profesores

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I. CONTRATOS	5
1.1. CONCEPTO	6
1.2. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS	7
1.2.1. Bilaterales y unilaterales	7
1.2.2. Oneroso y gratuito	7
1.2.3. Nominados e innominados	8
1.2.4. Independientes y dependientes	8
1.2.5. Solemnes y no solemnes	9
1.3. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS	9
1.3.1. El consentimiento de las partes	10
1.3.2. El objeto	11
1.3.3. La causa	14
1.3.4. La forma	14
CAPITULO II. ACTOS NOTARIALES	16
2.1. RECONOCIMIENTO NOTARIAL DE FIRMAS Y RÚBRICAS	17
2.1.1. Normas sobre reconocimiento de firmas	17

2.1.2.	Documento privado	18
2.1.3.	Firma en el documento privado	18
2.1.4.	Compareciente	19
2.1.5.	Reconocimiento de firmas	20
2.2.	PROTOCOLIZACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA	23
2.2.1.	Normas sobre protocolización	23
2.2.2.	Escritura pública	25
2.2.3.	Minuta	26
2.2.4.	Comparecencia	27
2.2.5.	Requisitos internos de la escritura pública	28
2.2.6.	Requisitos formales de la escritura pública	31
	CAPITULO III. CONSTITUCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO	33
3.1.	Clasificación de documentos	34
3.2.	Minuta	34
3.3.	Minuta con cláusula de conversión a documento privado	38
3.3.	Minuta sin cláusula de conversión a documento privado	39
3.4.	Documento privado	40
3.5.	Documento privado-reconocido	42
	CONCLUSIONES	43
	RECOMENDACIONES	45

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

47

ANEXOS

50

LISTA DE ANEXOS

	Pág.
ANEXO 1. Normas de la Ley del Notariado de 05 de marzo de 1858, vinculadas a la monografía.	51

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

c.c.: Código Civil, Decreto Ley N° 12760.

p.c.: Código de Procedimiento Civil, Ley N° 1760 de 28 de febrero de 1997.

INTRODUCCIÓN

El art. 491 del CC establece que determinados actos necesariamente deben celebrarse mediante documento público, y de ello se deduce que el resto de los actos pueden celebrarse indistintamente en documento privado o en documento público.

Los Notarios de Fe Pública son los funcionarios públicos facultados para constituir documentos públicos (denominados escritura pública) y documentos privado-reconocidos, entre otros.

Si bien los Notarios tienen tales facultades, no es menos cierto que deben realizar sus actividades con sujeción a la normativa vigente y no a la solicitud, en ocasiones caprichosa, de los interesados que requieren de su servicio para la constitución de una escritura pública.

Es así que previo a constituir una escritura pública, los Notarios deben revisar y exigir los requisitos formales necesarios para constituir tal tipo de documento, pues de lo contrario su actuación negligente podría llegarle a ocasionar responsabilidad administrativa, civil e incluso penal.

En nuestro medio algunas personas se incomodan, critican y reclaman sobre la actuación del Notario que rechaza su solicitud de constituir escritura pública cuando considera que no se están cumpliendo con uno o más de los requisitos formales exigibles.

De ello emerge la necesidad de estudiar y describir los requisitos formales que los interesados deben presentar y que los Notarios deben exigir previo a constituir una escritura pública bajo prevención de negarse a lo solicitado.

En el perfil de investigación, base de la presente monografía, en primer lugar se describió la situación problemática donde se analizó los factores que

influyen en el problema; posteriormente se describió y limitó puntualmente el problema de investigación en forma de enunciado; se expuso la justificación de elección del tema sobre la base de la motivación, la relevancia y la factibilidad; se delimitó el objeto de estudio y seguidamente se expusieron un objetivo general y cuatro objetivos específicos; se desarrolló el diseño de investigación describiendo el tipo de estudio, los métodos de investigación y las técnicas de recopilación de información; se enunció el índice tentativo del marco teórico que contendría la monografía; se presentó el cronograma de actividades que guió el desarrollo de la monografía; y finalmente se citó la bibliografía a la cual pudo accederse.

De tal modo, la presente monografía tiene como objetivo general determinar los casos en que un Notario debe negarse a la solicitud de constitución de una escritura pública; y para llegar a ello se tuvo que: analizar las normas sustantivas relativas a los contratos; diferenciar los contratos que deben realizarse mediante documento público; describir los actos de reconocimiento de firmas y de protocolización de la escritura pública; determinar los requisitos necesarios para la constitución de una escritura pública.

El presente estudio referente a los requisitos necesarios para la constitución de una escritura pública, es un tema relativamente original en su planteamiento por cuanto existe escasa bibliografía y estudios al respecto.

El estudio se desarrolla en el área civil relativo a los contratos que se constituyen mediante escritura pública, donde desde la óptica notarial y civil se analiza la constitución de tal documento, llegando a estudiar y describir los requisitos que los interesados deben presentar y que los Notarios deben exigir previo a constituir una escritura pública.

El estudio pudo realizarse porque se analizó las normas notariales, las normas civiles sustantivas, la Ley de la Abogacía y los libros relativos al tema, documentos a los cuales con mediana facilidad pudo accederse, recurriendo para ello a la bibliografía existente en varias bibliotecas: de la Universidad NUR, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la UAGRM, de la Escuela de Postgrado de la UAGRM, del Colegio de Abogados de Santa Cruz y otras accesibles.

Mediante el presente estudio se estudió y describió los requisitos necesarios que los interesados deben presentar y que los Notarios deben exigir previo a constituir una escritura pública bajo la premisa del derecho notarial y civil sustantivo, para ello se conoció la normativa general de los contratos (capítulo I), se desarrolló los actos notariales como reconocimiento de firmas y protocolización de escritura pública (capítulo II), y se profundizó sobre los requisitos documentales para constituir una escritura pública (capítulo III).

Al final, luego del análisis de los requisitos para la constitución de una escritura pública, a manera de conclusión se expusieron los resultados obtenidos así como las críticas y sugerencias pertinentes sobre el tema en cuestión.

CAPITULO I.

CONTRATOS

1.1. CONCEPTO

Aunque los términos convención y contrato suelen utilizarse como sinónimos, a los fines del estudio diferenciamos tales términos siguiendo a MENDOZA¹.

Convención es el acuerdo de voluntades de dos o más personas; cuando produce obligaciones adquiere el nombre de contrato y puede constituir, extinguir o modificar obligaciones; convención es el género y contrato es la especie: para que exista contrato, es necesario que exista convención.

Contrato es un acto jurídico, por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa; cada parte puede ser una persona o muchas personas; todo contrato es una convención pero toda convención no es un contrato.

Siguiendo a MESSINEO, citado por MORALES², el contrato es una entidad instrumental en su aspecto sustancial o funcional (contenido y finalidad); una entidad estrictamente técnico-jurídica, en su aspecto estructural (forma); que en su aspecto material (cuando está redactado por escrito) se estipula en cláusulas o pactos en los que está distribuido y articulado su contenido; así, el contrato como totalidad, en este último aspecto, resulta del conjunto de las cláusulas que se integran coordinada y recíprocamente.

¹ MENDOZA ARZABE, Fernando, *Tratado de derecho notarial*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, Chile, 1993, 337 p.

² MORALES GUILLEN, Carlos. *Código civil: concordado y anotado con arreglo a la edición oficial*, Tomo I, Editorial Gisbert y Cia., 1994, 615 p.

1.2. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

A continuación se expondrán varias clasificaciones extraídas de MORALES³.

1.2.1. Bilaterales y unilaterales

Los contratos sinalagmáticos o bilaterales y unilaterales, según que la relación entre deudores y acreedores reate a ambas partes recíprocamente, o sólo a una de ellas; son bilaterales, cuando todas las partes contratantes asumen obligaciones principales: compraventa, arrendamiento, sociedad permuta; y son unilaterales, cuando de las dos partes entre las que se acuerda en contrato, sólo una de ellas aparece obligada en forma principal; mutuo, comodato, depósito; frente a estos sinalagmáticos considerados perfectos, excepcionalmente emergen los sinalagmáticos imperfectos, cuando originalmente surgidos unilaterales, deviene posteriormente bilaterales, como en el caso de mandato, cuando el mandatario incurre en gastos personales en el desempeño de su misión, que deben ser restituidos.

1.2.2. Oneroso y gratuito

A título oneroso y a título gratuito (o de beneficencia), según que se intente por cada una de las partes obtener una ventaja pecuniaria para sí o para un tercero, o exista en una sola de las partes un espíritu de liberalidad. Todos los contratos bilaterales, además del préstamo con intereses, la transacción y la sociedad, son ejemplos de contratos a título oneroso. La donación, el mandato no remunerado, el depósito, el comodato, la fianza, el préstamo sin

³ MORALES GUILLEN, Carlos. *Código civil: concordado y anotado con arreglo a la edición oficial*, Tomo I, Editorial Gisbert y Cia., 1994, 610-612 p.

intereses, son ejemplos de contratos a título gratuito.

En una subdivisión, en realidad, de los contratos a título oneroso se tiene los aleatorios, contrapuestos a los llamados conmutativos. En los primeros, el elemento álea da una esperanza de provecho o un riesgo de pérdida; todo depende del azar, como en el juego, la apuesta, la renta vitalicia. En los segundos, cada parte intenta procurarse una prestación cierta: compraventa, permuta.

1.2.3. Nominados e innominados

Todos los contratos están sometidos a reglas comunes establecidas en el c.c.; pero los contratos que además tienen una designación particular están sometidos a reglas especiales determinadas en el c.c. Los innominados o atípicos se llaman así, no tanto porque no tengan una denominación en la ley, cuanto porque carecen de disciplina legislativa particular.

1.2.4. Independientes y dependientes

Contratos independientes y dependientes, son los también llamados principales (que existen por si mismos) y accesorios (que solamente pueden existir dependiendo en uno principal). Se suele incluir en esta división los contratos de adhesión, cuando el contratante se adhiere a un estatuto convencional preexistente o cuando se utiliza concertadamente, para un caso concreto, un contrato tipo más amplio. El art. 518 de c.c. alude a estos contratos, entre los que genéricamente designa como “de formularios organizados”.

1.2.5. Solemnes y no solemnes

La distinción notoriamente reactualizada por el art. 452 del c.c., de solemnes y no solemnes, da a los primeros formalidades rigurosamente prescritas, sobre todo, respecto de su constancia en instrumento público. En los últimos el consentimiento se manifiesta en formas libres. En las clasificaciones, esta clasificación también es conocida como la de los contratos formales y consensuales (o no formales). La formalidad implica que el consentimiento debe manifestarse por escrito (instrumento público o privado). La consensualidad, no supone esa exigencia y puede el contrato, por lo tanto, ser verbal o puede tratarse de un consentimiento tácito mediante hechos que necesariamente lo supongan (arts. 453 o 460). La formalidad y la solemnidad tienen relación con la validez del contrato, la falta de la primera hace anulable el contrato (art. 554), la de la segunda le hace nulo, sin posibilidad de ser convalidado ni por ratificación ni prescripción; es prácticamente inexistente (arts. 549.1, 552 y 553). Es principio indiscutido que para que exista contrato, en los solemnes, el consentimiento debe darse con sujeción a las formalidades prescritas por la ley.

De todo lo expuesto, podemos extraer cuan importante es la función notarial a tiempo de constituir una escritura pública, quien no solo esta obligada a exigir requisitos a las partes que acuden ante ella sino también los requisitos que tal documento debe contener.

1.3. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

El contrato como acuerdo entre dos o más personas, para constituir una relación jurídica, presupone para su formación la concurrencia de elementos esenciales que la ley llama requisitos, esto es, fundamento coeficientes o intrínsecos indispensables para fijar su existencia, perfección y eficacia. La

importancia de la tales elementos se manifiesta en los diversos efectos que resultan de la eventual falta de cada uno de ellos: invalidez (nulidad o anulabilidad) e ineficacia.

El art. 452 del c.c. señala los elementos sustanciales y formales; los primeros, llamados también sustancia del contrato, tienen como elementos la causa y el objeto (o prestación); los segundos, llamados también elementos estructurales, tienen como elementos el consentimiento y la forma. Existen además otros elementos, que se consideran accidentales: condición, término, modo, cláusula penal, arras, que cuando uno de ellos concurre en el contrato, ejerce su influencia sobre la vida de éste; sino se presentan en el contrato la validez de éste no queda comprometida.

1.3.1. El consentimiento de las partes

MORALES⁴, citando a GIORGI, expresa que el consentimiento es “la manifestación recíproca del consenso completo de dos o más personas, con objeto de obligarse cada una a una prestación respecto de la otra u otras; o bien, con el de obligarse una o sólo algunas para con la otra u otras, que aceptan sin asumir ninguna obligación correlativa”.

El consentimiento no es nunca un hecho jurídico unilateral. Puede ser unilateral el contrato. Así el contrato obligue sólo a una de las partes, el consentimiento que produce ese contrato debe ser bilateral, porque ninguna oferta puede obligar al ofertante mientras no la haya aceptado el ofertado.

⁴ MORALES GUILLEN, Carlos. *Código civil: concordado y anotado con arreglo a la edición oficial*, Tomo I, Editorial Gisbert y Cia., 1994, 622 p.

El consenso en el contrato, supone un fenómeno complejo, que más que resultado del concurso de voluntades, lo es su combinación: cada declaración de voluntad debe ser emitida y comunicada por una parte a la otra, de modo que las dos declaraciones y las dos voluntades se combinan, integrándose recíprocamente, haciéndose complementarias porque cada una de ellas conlleva en sí lo que falta a la otra.

El consentimiento presupone un acto interno de voluntad deliberado del contratante, que consiente de lo que hace, se determina a hacerlo libremente. Luego, el consentimiento se expresa por una declaración externa, que es lo que regula el art. 453 del c.c.⁵, y que manifiesta el acto interno de voluntad mediante formas naturalmente idóneas: formas libres y formas solemnes, que tienen expresiones directas e indirectas. Las primeras constituyen el consentimiento expreso, que resulta de todos los signos posibles por los cuales se manifiestan las ideas; es decir, del lenguaje hablado o escrito, inclusive mímico, que excepcionalmente puede considerarse entre los signos inequívocos que menciona el artículo. Las formas indirectas, se confunden en la noción general del consentimiento tácito y resultan de todos los signos y actos exteriores no destinados a manifestar la voluntad, pero que la manifiestan accidentalmente, por se incompatibles con una voluntad diversa; a veces consisten en hechos positivos, a veces en hechos negativos.

1.3.2. El objeto

Si bien el contrato es un acuerdo para constituir, modificar o extinguir una

⁵ Código Civil. Artículo 453.- (Consentimiento expreso o tácito) El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso si se manifiesta verbalmente o por escrito o por signos inequívocos; tácito, si resulta presumible de ciertos hechos o actos.

relación jurídica, tal como establece el art. 450 del c.c.⁶, no es equivocado afirmar que el objeto del contrato es siempre es siempre la obligación.; por lo menos el objeto inmediato, que se reduce a una simple definición que abraza por completo la teoría de las obligaciones. La importancia del examen se presenta, cuando se avanza para considerar el objeto mediato del contrato, o como se dice corrientemente, el objeto de la obligación contractual.

Desde luego es totalmente imposible concebir una obligación o un contrato sin objeto; no existiría el contrato ni la obligación. El art. 549.1 del c.c.⁷ declara nulo el contrato que carezca de objeto.

Según el art. 485 del c.c., el objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable. Además, por aplicación del art. 292 del c.c., debe ser apreciable en dinero y ser útil para el acreedor.

La imposibilidad puede ser absoluta o relativa. Cuando es absoluta, la nulidad es insubsanable y perpetua porque no tiene posibilidad de rectificación. Cuando es relativa, es susceptible de ulterior perfeccionamiento y puede cumplirse donde y cuando la prestación sea posible.

La imposibilidad es natural cuando se refiere: a la entrega de una prestación que tiene por objeto individuos, especies o géneros no subsistentes, como la compra de un dinosaurio; la entrega de cosas que naturalmente no son susceptibles de ocupación, como el aire, luz; las prestaciones de un hecho personal, positivo o negativo,, que ningún poder humano sea capaz de

⁶ Artículo 450.- (Noción) Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica.

⁷ Artículo 549.- (Casos de nulidad del contrato) El contrato será nulo: 1) Por faltar en el contrato, el objeto o la forma prevista por la ley como requisito de validez.

lograr, como hacer parir a los machos.

La imposibilidad es jurídica, cuando tiene en mira una pretensión de derecho incompatible con la ley, de manera que no se pueda concebir su existencia. En esta categoría puede señalarse la pretensión de adquirir derechos de familia, civiles o políticos sin las condiciones esenciales requeridas por la ley.

La ilicitud del objeto, es la contradicción entre la prestación contractual y la disposición de la ley. Aquello dispuesto por la ley, sea declarativa, preceptiva o prohibida, no puede ser alterada, modificada, contradicha o violada en el contrato. Es ilícita toda prestación contractualmente acordada contra lo declarado, preceptuado, o prohibido imperativamente por la ley.

El tercer requisito del objeto del contrato, es que éste no quede enteramente al arbitrio del deudor, esto es, que sea determinado o, por lo menos, determinable. El fundamento de esta exigencia es innegable, tanto porque la imponen los preceptos del derecho positivo cuanto los principios evidentes de la razón: obligarse a nada o bien obligarse a una cosa tan indeterminada que el deudor pueda liberarse con una prestación ilusoria, son dos cosas idénticas.

La determinación perfecta, puede ser absoluta o relativa. La primera consiste en señalar un cuerpo cierto y determinado, o en la prestación de un hecho positivo o negativo claramente individualizado. La segunda, cuando se remite, expresa o tácitamente, la determinación a un criterio extraño, con el ánimo de que ese criterio sirva a la determinación.

Nótese bien que la falta de los requisitos para el objeto, como son posibilidad, licitud y determinabilidad, produce la nulidad del contrato y no la anulabilidad.

1.3.3. La causa

A pesar que esta es una de las materias más discutidas y sobre la cual no se ha llegado a un consenso, podemos señalar que la causa ilícita es el contrato que tiene por objeto una prestación ilícita (se contrata sobre cosas ilícitas) y el motivo ilícito es la finalidad ilícita que persiguen los contratantes mediante tal contrato (se pretende realizar cosas ilícitas).

1.3.4. La forma

La forma del contrato es el medio con el que se plasma la declaración expresada de la voluntad (expresa a diferencia de la tácita). La forma es un elemento indispensable, porque sin ella la declaración de voluntad no puede emitirse, lo que, en cierto sentido, hace que la forma se identifique con la declaración de voluntad.

En el ordenamiento general, se dan dos especies de formas: la verbal (u oral) incluida la que se resuelve en signos o señas, y la escrita que supone el documento o la escritura, que permite su reiterado conocimiento a diferencia de la verbal, de la que generalmente sólo queda el recuerdo de quien emite la declaración de voluntad o de quien la escuchó.

La libertad de forma es la regla, el formalismo la excepción. Pero la libertad de forma no supone que la declaración de voluntad se pueda emitir sin observar forma alguna, porque ello no tendría significado. Lo que la frase expresa es que el sujeto tiene libertad de elección de la forma y que es indispensable, al menos la forma verbal. Ésta es la más simple y cómoda, aunque, también, la menos segura. El formalismo, por el contrario, hace ganar en certeza, aunque haga perder en prontitud.

La forma, como elemento de validez del contrato, ha subsistido siempre en la exigencia de la escritura pública para determinados contratos, en oposición a la forma como elemento de prueba sin afectar la validez del contrato, que es la regla general.

La ley exige para ciertos contratos el documento público, porque les atribuye especial importancia y requiere, en consecuencia, la solemnidad más perfecta y la justificación más seria que sea dable asegurar,, al efecto de resguardar la prueba de la voluntad de las partes, dado que de la forma solemne se infiere la plenitud del consentimiento. El documento público difiere del privado, en la mayor solemnidad conducente a garantizar la autenticidad del consentimiento, a impedir la pérdida del documento y hacer casi imposible la falsificación.

CAPITULO II.

ACTOS NOTARIALES

2.1. RECONOCIMIENTO NOTARIAL DE FIRMAS Y RÚBRICAS

2.1.1. Normas sobre reconocimiento de firmas

A continuación se transcriben en forma literal las normas que amparan el reconocimiento voluntario de firmas, contenidos en la Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar (LAPCAF) N° 1760 de 28 de febrero de 1997:

CERTIFICACION NOTARIAL DE FIRMAS Y RUBRICAS

RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

Artículo 16°.- (Reconocimiento voluntario de firmas y rúbricas)
Incorpórase un nuevo régimen para el reconocimiento de firmas y rúbricas.

Artículo 17°.- (Certificación) El reconocimiento de firmas y rúbricas de documento privado, cuando sea voluntario, se efectuará ante notario de fe pública, quien certificará sobre su autenticidad.

Artículo 18°.- (Procedimiento)

I. El compareciente o comparecientes prestarán juramento ante el notario de la autenticidad de las firmas y rúbricas estampadas en el documento cuyo reconocimiento se pretende.

II. El notario dará fe del acto realizado, labrando al pie del documento o en hoja adherida una Constancia de Certificación de Firmas.

III. El notario llevará un Registro de Firmas en el que se agregará, numerada y fechada, una copia del documento original, firmando juntamente con los comparecientes y estampando su sello.

IV. En el caso de personas que no saben o no pueden firmar, se hará el reconocimiento de la firma a ruego y el otorgante reconocerá por su parte el contenido del documento y el hecho de haber estampado en él sus impresiones digitales.

2.1.2. Documento privado

Documento privado es aquel mediante el cual las partes constituyen, modifican o extinguen derechos. Como no está sometido a formas determinadas puede redactarse simples particulares (incluso los mismos contratantes) y no es necesario que sea redactado y firmado por un profesional abogado, cosa que si ocurre cuando se trata de una minuta tendiente a constituir una escritura pública.

El documento privado debe constar por escrito, sea en manuscrito, a máquina, impreso o por cualquier forma técnica que la constituya legible.

En cuanto a su contenido, el documento no debe tener objeto, causa ni motivo que literalmente expuestos sean ilícitos, pues ello constituiría un óbice legal para su validez y por ende el Notario debería rechazar la pretensión de constituirlo en documento privado-reconocido.

2.1.3. Firma en el documento privado

La firma es la representación gráfica del nombre y apellidos de una persona, hecha por su puño y letra, del modo que normalmente acostumbra y que se estampa al pie del documento privado.

El grafismo de la firma es totalmente discrecional, en algunos se puede leer nombre y/o apellido, pero en la mayoría de casos los signos resultan ilegibles. La firma contiene rasgos peculiares y habituales caracterizados por el modo habitual de escribir de la persona, y por tratarse de un sujeto psicológico la firma puede variar por el solo transcurso del tiempo e incluso, en el mismo día, pueden presentarse sutiles variaciones.

Normalmente el compareciente presentará un documento privado donde conste la firma que reconoce como suya. La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de un acto bajo forma escrita.

Los efectos de la firma difieren según esté estampada en un documento privado-reconocido o en una escritura pública. La firma puesta en una escritura pública acredita la conformidad y el consentimiento libre sobre el contenido de las declaraciones que contiene y que fueron extraídas literalmente de la minuta presentada para su protocolización. La firma estampada en el formulario de reconocimiento de firmas, luego de haber declarado ante Notario como suya la firma puesta en el documento privado, no implica que el compareciente asuma el contenido del documento, tampoco significa que ratifique como suya la redacción del documento.

La firma del compareciente estará reemplazada por la huella digital sólo en casos excepcionales, como ocurre cuando el compareciente es analfabeto, y cuando no puede firmar. En ambos casos el documento privado deberá llevar estampada la huella digital del compareciente, la firma a ruego de una persona que sepa leer y escribir, y la firma de dos testigos presenciales que sepan leer y escribir, todo ello bajo prevención de nulidad del documento.

2.1.4. Compareciente

El compareciente es la persona física que actúa por sí, como apoderado de otra persona natural o en representación de una persona jurídica. En todos los casos, debe ser mayor de edad y debe tener capacidad de obrar, y previa a su actuación deberá acreditar su personalidad presentando su cédula de identidad vigente.

Cuando el compareciente actúa por sí, bastará que en el documento privado

figuren las generales de ley del compareciente, como parte que interviene.

Cuando el compareciente actúa en representación de otra persona natural, deberá acreditar su representación presentando el correspondiente poder con validez legal (original o fotocopia legalizada), donde este inserto las facultades que pretende.

Cuando el compareciente actúa en representación de una persona jurídica, deberá acreditar su representación presentando el poder con validez legal (original o fotocopia legalizada), donde esté inserto las facultades que pretende; adicionalmente deberá presentar la documentación que acredite la personalidad jurídica de la persona natural que pretende representar.

En caso que el compareciente no presente los requisitos exigibles en cada uno de los casos, el Notario deberá rechazar la solicitud del compareciente realizando la observación pertinente.

2.1.5. Reconocimiento de firmas

Según GUZMAN⁸, las firmas puestas en documento privado no gozan de presunción de autenticidad, ya que cualquier parte puede afirmar o negar la legitimidad de su firma, por ello se impone la regla jurídica del reconocimiento, que puede ser voluntario y judicial. El documento privado sólo tiene valor probatorio cuando fuere reconocido por la parte a quien se opone o declarado judicialmente como reconocido.

⁸ GUZMÁN FARFÁN, Saúl F. Derecho notarial y registros públicos, impresores colorgraf Rodríguez, Cochabamba, Bolivia, 2001, 349 p.

El reconocimiento notarial de un documento privado tiene por finalidad constituirlo en documento privado-reconocido, para de esta manera tenga eficacia probatoria similar a un documento público con efectos entre los otorgantes y sus herederos y causahabientes, respecto a la verdad de sus declaraciones.

El reconocimiento notarial de firma consiste en el juramento voluntario del compareciente ante el Notario de la autenticidad de las firmas y rúbricas estampadas en el documento original cuyo reconocimiento se pretende, de todo lo cual el Notario dará fe, labrando el formulario predeterminado de reconocimiento de firmas y certificando sobre las firmas estampadas en dicho formulario.

El reconocimiento de firmas, como acto jurídico, está integrado por la declaración del compareciente realizado ante el Notario, la firma del compareciente en el formulario de reconocimiento de firmas, y la certificación del notario sobre la autenticidad de la firma de compareciente plasmado en un formulario predeterminado donde estampando su firma dará fe del acto realizado.

La certificación de firmas sólo puede ser realizada por el Notario de Fe Pública, a requerimiento del compareciente, y previa acreditación de la personalidad del compareciente mediante la presentación de la cédula de identidad en original y vigente.

Para la certificación de firmas de un documento privado, el Notario debe recibir y calificar el documento original, verificando: 1º) Que el idioma en que está redactado sea el español; 2º) Que en el documento privado conste la firma que el compareciente declara como suya; 3º) Que no contenga nada contra el orden público, las buenas costumbres ni la moral; 4º) Que el objeto,

causa y motivo literalmente expuestos en su contenido sean lícitos; 5º) Que según su contenido el documento sea susceptible de constituir documento privado-reconocido, cosa que no ocurre cuando se presenta una minuta o cuando se trata de contratos y actos que deben hacerse por documento público ; 6º) Que no existan óbice legal para el reconocimiento en razón de las personas o en razón de materia.

En nuestro país, desde que se ha instituido el libro de registro de firmas que queda a cargo del Notario, el reconocimiento de firmas ha dejado de ser un acto aislado insertado al pie del documento privado, cuya fecha cierta quedaba a la buena voluntad o a la honradez del Notario que sería un simple testigo preconstituido.

Actualmente el reconocimiento de firma ante Notario se realiza con la solemnidad requerida. El Notario identificará a los comparecientes y entrará en conocimiento del documento privado; recibirá la declaración de los comparecientes que señalan como suyas las firmas estampadas en el documento que presentan en original; calificará el contenido del documento presentado por los comparecientes y sólo en caso que no exista impedimento legal procederá con el siguiente paso; ingresará en el libro de registro de firmas (habilitado, foliado y abierto mediante acta firmada por el Presidente del Tribunal Departamental de Justicia) donde estimando el requerimiento los comparecientes agregará, numerada y fechada, una copia del documento original; luego, dando fe del acto realizado de presentación del documento original y de la declaración jurada voluntaria de la autenticidad de la firma que los comparecientes reconocen como suyas, el Notario labrará el formulario de reconocimiento de firmas; finalmente, los comparecientes firmarán, tanto el libro de registro de firmas como el formulario de reconocimiento de firmas, y el Notario dará fe del acto realizado firmando en el formulario de reconocimiento de firmas junto con los comparecientes y

estampando su sello.

Este procedimiento será ligeramente modificado, cuando el compareciente sea analfabeto y cuando no pueda firmar, en cuyo caso intervendrán el firmante a ruego y los testigos presenciales, según corresponda.

2.2. PROTOCOLIZACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA

2.2.1. Normas sobre protocolización

A continuación se transcriben en forma literal las normas que amparan la protocolización de escritura pública, contenidos en el c.c.:

Capítulo II. De la prueba literal o documental

Sección I. De los documentos públicos

Subsección I. Del documento público

Art. 1287.- (Concepto).

I. Documento público o auténtico es el extendido por las solemnidades legales por un funcionario autorizado para darle fe pública y se escribe un protocolo, se llama escritura pública.

II. Cuando el documento se otorga ante un notario público y se inscribe en un protocolo, se llama escritura pública.

Art. 1289.- (Fuerza probatoria).

I. El documento público, respecto a la convención o declaración que contiene y a los hechos de los cuales el funcionario público deja constancia, hace de plena fe, tanto entre las partes otorgantes como entre sus herederos o sucesores.

II. Sin embargo, si se halla directamente acusado de falso en la vía criminal, se suspenderá su ejecución por el decreto de procedimiento ejecutoriado; más si se opone su falsedad sólo como excepción o incidente civil, los jueces podrán según las circunstancias, suspender provisionalmente su ejecución.

III. Con referencia a terceros, el documento público hace fe en cuanto al hecho que ha motivado su otorgamiento y a su fecha.

Art. 1295.- (Documentos de personas que no saben o no pueden firmar).

En los documentos públicos otorgados por personas que no sepan o no puedan firmar, firmará otra persona a ruego de ella, y se estamparán las impresiones digitales del otorgante, haciéndose constar esta circunstancia al final de la escritura, aparte de firmar también los testigos instrumentales.

Asimismo se transcriben las normas relativas a la protocolización de escritura pública, contenidos en la Ley del Notariado de 05 de marzo de 1858:

CAPITULO 2º De las escrituras, minutas, testimonios y del índice.

Artículo 17.- Las escrituras se otorgarán ante un Notario y dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar del otorgamiento y que sepan leer y escribir. Sin embargo, en los testamentos se estará a lo dispuestos en el Código Civil.

Artículo 22.- En toda escritura deberán expresarse los nombres, apellidos, cualidad, vecindad a residencia de las partes, su estado y profesión, edad y la capacidad para otorgarla.

Asimismo se expresará el nombre y apellido del Notario y el lugar de su residencia, los nombres y apellidos de los testigos instrumentales, su vecindad o residencia, estado y profesión, el lugar, el año, mes, día y hora en que se otorga, bajo la pena de veinticinco pesos de multa al Notario y sin perjuicio de las que la ley impone en caso de falsedad.

Artículo 23.- Las escrituras no contendrán más cláusulas que las que se expresan en la minuta, que se insertará literalmente después de llenados los requisitos que se previenen en el artículo anterior.

Los poderes y demás justificativos que califiquen la personería de los apoderados, se insertarán también en la escritura.

Artículo 24.- Las escrituras de extenderán en los registros sin interrupción y en letra clara, sin dejar blancos ni intervalos. No se escribirá cosa alguna por abreviaturas, ni se pondrá fecha ni cantidad en cifras, ni nombre o apellido en iniciales, sino cada palabra con todas sus letras. Las escrituras serán leídas de principio a fin a todas

las partes y a los testigos, haciéndose mención de esta circunstancia. El Notario que contravenga a las disposiciones de este artículo, pagará una multa de veinticinco pesos, a más de los daños y perjuicios si diere mérito para ello.

Artículo 25.- Las escrituras serán firmadas por las partes, los testigos y el Notario. Cuando las partes no sepan o no puedan firmar se hará mención de esta circunstancia al fin de la escritura.

2.2.2. Escritura pública

Para AVILA⁹, “escritura pública es el documento autorizado, con las solemnidades legales, por Notario competente a requerimiento de parte, e incluido en el protocolo y que contiene, revela o exterioriza un hecho, acto o negocio jurídico, para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias y reproducciones notariales de él”.

Según GATTARI¹⁰, “escritura pública es todo instrumento matriz, cuyo contenido principal es el acto o negocio jurídico; es autorizado por Notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, para darle forma, constituirlo y eventualmente probarlo. Se menciona el acto o negocio jurídico como contenido principal; también se realizan actos de autenticación, comprobación y fijación de hechos”.

Del concepto surge una diferenciación entre dos planos: el plano del negocio, que pertenece al derecho material o sustantivo, civil, comercial, y el plano del instrumento, propio del derecho notarial, que es un derecho formal. Es decir,

⁹ AVILA ALVAREZ, Pedro. *Estudios de derecho notarial*, editorial Montecorvo, Madrid, España, 1973, 55 p.

¹⁰ GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de derecho notarial*, ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992, 74 p.

negocio e instrumento están recíprocamente interferidos.

Ese doble plano nos permite descubrir que en la escritura pública deben existir elementos que actúan como integrantes del negocio jurídico en cuanto derecho sustantivo exteriorizado y que también deben existir elementos formales que son necesarios para conferir plena validez legal al acto realizado por las partes, fuere el instrumento impuesto por la norma o elegido por las partes.

2.2.3. Minuta

Para CABANELLAS¹¹, “la minuta es un borrador o extracto de un contrato, testamento, alegato que se hace anotando las cláusulas o datos principales para darle la redacción requerida para su plena validez y total claridad. Trátase de un documento preliminar en que consignan las bases de un acuerdo o contrato que posteriormente deberá elevarse al rango de escritura pública. Es un documento al que le falta el requisito de la forma”.

Sin embargo, según nuestra normativa vigente la minuta contiene íntegramente el contrato o acto que ha de elevarse a escritura pública y que el Notario ha de copiar como cuerpo de la escritura.

La minuta deberá estar firmada por las partes pues sólo así podrá comprobarse que la escritura contiene el texto literal de la minuta. Asimismo, la minuta también deberá estar firmada por un profesional Abogado patrocinante en ejercicio.

¹¹ GUZMÁN FARFÁN, Saúl F. Derecho notarial y registros públicos, impresores colorgraf Rodríguez, Cochabamba, Bolivia, 2001, 349 p.

A pesar que algunos autores consideran innecesaria la minuta para constituir la escritura pública, y que el hecho que sea elaborada por un tercero (como es el Abogado) rompe la unidad de acto, consideramos que tal postura esta errada y violenta la normativa vigente.

La minuta elaborada y firmada por un Abogado en ejercicio es un requisito legal para la constitución de la escritura pública y su incumplimiento esta sancionado con nulidad de pleno derecho, tal como establece el art. 2 de la Ley del Notariado.

Por otra parte, los Notarios que sean Abogados tampoco podrían firmar la minuta porque estarían ejerciendo la función pública de Abogado y con ello estarían violentando el art. 9 de la Ley del Notariado que establece que “los Notarios no pueden ejercer profesión ni cargo alguno público”.

2.2.4. Comparecencia

En palabras de LARRAUD¹², la comparecencia “es el acto de hacerse conjuntamente presentes ante el escribano autorizante los sujetos de la escritura pública”.

La comparecencia de los sujetos en la audiencia notarial es indispensable para actualizar la actividad funcional, que de no ser requerida, no se produce. Es también medio normal para que aquella actividad desemboque en la escritura notarial. La comparecencia se funda en la rogación o requerimiento previo de uno o varios sujetos, que por hipótesis deben estar

¹² LARRAUD, Rufino. Curso de derecho notarial, ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1966, 317 p.

de acuerdo, ya que el desacuerdo constituye la competencia material del juez. En resumen, la comparencia activa la función notarial y provoca la escritura.

Como constancia formal y escrita del hecho real, la comparencia constituye el primer sector de la escritura, en la cual se ubican ciertos elementos de orden: lugar y fecha, legitimación de los sujetos establecida con su nominación y la fe de conocer a la persona física compareciente

2.2.5. Requisitos internos de la escritura pública

LAMBER¹³ menciona que “la configuración del documento notarial o instrumento público notarial es producto de un proceso que reúne diversas de forma ensambladas con las de derecho de fondo, para cristalizar en un resultado, producto de la actividad fedante del funcionario interviniente, que tiene carácter de auténtico”.

La protocolización de una minuta tiene por finalidad constituirla en escritura pública, para de esta manera tenga eficacia probatoria con efectos entre los otorgantes y sus herederos o sucesores, respecto a la convención o declaración que contiene y a los hechos de los cuales el Notario deja constancia.

Cuando el Notario hace constar un contrato en la fórmula notarial, está constituyendo un acto jurídico en el marco de las exigencias legales y de las formalidades que exige la normativa. Es responsable de su actuación pues da

¹³ LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, Tomo II, Fundación Editora Nacional, La Plata, Argentina, 2003, 5 p.

fe de conocimiento, de capacidad y del acto de manifestación de voluntad que realizan las partes en su presencia. La escritura está precedida de una instrucción contenida en una minuta. La culminación de este proceso es la firma en la escritura matriz que convalida plenamente el contrato en la forma establecida por ley (otorgamiento). Esta es la configuración de la escritura pública: hacer constar la expresión de la voluntad de un acto jurídico en el formato escrito que instituye la ley.

Al escriturar el Notario, examina el derecho, da fe de conocimiento y capacidad de las partes y que estas otorgan su consentimiento ante él. Esto quiere decir que el Notario inquiere el fondo contractual de la escritura, examina los documentos que acompañan las partes y determina si les asiste el derecho así como precisa el fundamento legal del contrato. En ese entorno las partes manifiestan su consentimiento, su acuerdo con el contenido de la escritura. En esta constancia el Notario da la fe de conocimiento, es decir, certifica haber identificado a los comparecientes, así como de su capacidad legal, ante quienes leyó o hizo leer la escritura y les asesoró sobre los efectos legales del contrato notariado, haciendo constar, además, que las partes otorgaron la escritura en la fecha y lugar donde firmaron.

La escritura pública recibe en su contexto el acto o negocio que constituye su objeto, es el reflejo documental del negocio jurídico y debe reunir ciertos requisitos internos: 1) Por un lado, expresión de la fecha (lugar y tiempo); y, 2) La firma con la que las partes aseguran la paternidad del documento y con ella los derechos y obligaciones que se derivan del acto o negocio.

AVILA¹⁴ encuentra que la escritura notarial se apoya en cuatro pilares o bases, a saber: las afirmaciones de hechos; presencia de las personas; lectura del documento; y dos juicios afirmativos o favorables del Notario sobre capacidad e identidad.

Desarrollando los conceptos que preceden, tenemos:

- a) Inmediatividad.- Presencia simultanea de los intervinientes y testigos si el caso amerita su presencia, es decir, intercomunicación de partes y Notario, con constancia en el texto de esa presencia, de las menciones identificadoras de aquellas.
- b) Lectura.- Lectura del documento que ha de transformarse en escritura, es decir, comunicación, transmisión, información a las partes del texto redactado, con expresión de las circunstancias en que tal lectura ha tenido (quien ha leído y advertencia del derecho de leer).
- c) Juicio de capacidad.- Evaluación favorable de la capacidad de los comparecientes (con arreglo a la legislación sustantiva aplicable para el acto o negocio de que se trate) que asegure que el interesado, o los interesados, se hallan en condiciones de recibir, asumir y consentir el texto comunicado.
- d) Identidad.- Juicio de identidad para evitar que aquella intercomunicación se dé en la realidad no entre las partes, sino entre personas que las suplanten, con indicación del medio o procedimiento

¹⁴ AVILA ALVAREZ, Pedro. *Estudios de derecho notarial*, editorial Montecorvo, Madrid, España, 1973, 35 p.

mediante el cual se ha establecido la identificación.

2.2.6. Requisitos formales de la escritura pública

La importancia del documento notarial “escritura pública”, se refleja en su utilidad legal y plenamente probatoria como la legitimación para el tráfico, la fe pública delegada por el Estado, la credibilidad impuesta por la ley a su contenido, valores que se realizan a través de requisitos formales que garanticen su autenticidad.

Esos requisitos sistematizados por AVILA¹⁵, son los siguientes:

- a) Papel o documento-papel, tasa que se impone al interesado como papel timbrado o sellado en cuya textura la normativa impone reglas como la numeración cronológica de los folios, observancia de márgenes, escritura en cada plana de tantas líneas para impedir estrafoliaciones.
- b) Calidad de la escritura.- El instrumento público deberá extenderse con caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a máquina, por ordenador o por cualquier otro medio de producción cuidando que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble, debiendo los espacios en blanco cubrirse con una línea que imposibilite escribir en ellos a posteriori.
- c) La redacción del documento se hará en idioma castellano. En relación

¹⁵ AVILA ALVAREZ, Pedro. *Estudios de derecho notarial*, editorial Montecorvo, Madrid, España, 1973, 39 p.

a documentos otorgados en el extranjero, deberá redactarse previamente la traducción elaborada por traductor aceptado por autoridad judicial competente. Asimismo, no podrá utilizarse abreviaturas y escribir los guarismo o cifras numerales.

CAPITULO III.

CONSTITUCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO

3.1. Clasificación de documentos

Según el Capítulo II del Título I del Libro V del c.c., existe la siguiente clasificación de la prueba documental: 1) Documento público; 2) Documento privado; 3) Telegramas y cartas misivas; 4) Libros comerciales y papeles domésticos; 5) Testimonios y reproducciones.

En la monografía nos referiremos sólo a los documentos públicos y a los documentos privados, puesto que únicamente estos documentos llegan a vincularse con el ámbito notarial.

3.2. Minuta

La minuta es un proyecto de contrato firmado por las partes que intervienen y dicha minuta se consolida en contrato definitivo cuando su contenido se inserta en la escritura pública autorizada por un notario y cumpliendo determinadas formalidades legales.

La minuta es un proyecto de contrato escrito que necesaria y obligatoriamente debe contener lo siguiente:

- Un encabezamiento dirigido a un notario y una solicitud de protocolización de tal minuta.
- Las cláusulas acordadas por las partes que intervienen.
- Las generales de ley y la firma de las partes que intervienen.
- El lugar y la fecha de suscripción de la minuta.

- La identificación y la firma del abogado patrocinante.

La minuta para ser tal a manera de encabezamiento debe estar dirigida al notario y contener una solicitud expresa de protocolización, pues en virtud a tal solicitud dirigida específicamente el notario podrá autorizar, protocolizar y constituir una escritura pública.

La minuta debe contener todas las cláusulas acordadas por las partes que intervienen, donde se detalle el objeto lícito así como la causa y el motivo lícitos, todo lo cual permitirá que al notario autorizar el otorgamiento de la escritura pública e inscribirlo en un protocolo a su cargo.

La minuta debe contener las generales de ley de las partes que intervienen y también debe estar firmada por tales partes. Las firmas estampadas en un borrador de contrato, como es la minuta, implica un acuerdo preliminar plasmado en el contenido del contrato borrador y la manifestación de voluntad de perfeccionar el mismo por ante un notario de fe pública; ello significa que el perfeccionamiento del contrato queda supeditado a tres circunstancias: a la autorización de otorgamiento del notario en caso que determine que el objeto, la causa y el motivo son lícitos; al conocimiento del contenido del contrato borrador mediante la lectura realizada por el notario; y a estampar sus firmas en el protocolo notarial.

La minuta debe llevar el lugar y la fecha en que fue suscrita. A tiempo de la protocolización, el lugar y la fecha pueden ser las mismas o ser otras. Toda vez que la minuta es un contrato borrador que se perfecciona en el lugar y momento en que se protocoliza, resulta que en caso de diferir subsistirá el lugar y la fecha de protocolización de la minuta. Ello se colige del art. 1289.III

del c.c.¹⁶

La minuta necesaria y obligatoriamente debe estar firmada por un profesional abogado patrocinante, ello para dar cumplimiento al art. 2 de la Ley de la Abogacía¹⁷ (Decreto Ley N° 16793 de 10 de julio de 1979).

Tal artículo establece que ninguna minuta será admitida por autoridad judicial, entre los que se encuentran los Notarios de Fe Pública, sin la firma de un abogado patrocinante en ejercicio, y añade que toda actuación realizada en contravención del precepto será nula de pleno de derecho; la exigencia legal de la firma de abogado patrocinante en la minuta implica que ésta debe ser elaborada y redactada por dicho profesional que actuará en calidad de patrocinante; tal determinación normativa restringe a los notarios de la posibilidad de que sean ellos quienes elaboren y redacten el contenido de una minuta, pues al actuar como abogado patrocinante estarían ejerciendo la función pública de la abogacía¹⁸ en contravención de la prohibición establecida para los notarios¹⁹.

¹⁶ Artículo 1289.- (.....). III. Con referencia a terceros, el documento público hace fe en cuanto al hecho que ha motivado su otorgamiento y a su fecha.

¹⁷ Artículo 2.- Nadie puede actuar como defensor o patrocinante, en procesos judiciales, administrativos y otros trámites, sin ser abogado en ejercicio. Ninguna minuta, solicitud o informe legal será admitido por las autoridades, sean estas judiciales, administrativas, municipales, militares ni eclesiásticas, sin la firma de un abogado patrocinante en ejercicio; asimismo, no admitirán en audiencia, intervención de personas que no ejerzan la abogacía. Toda actuación realizada en contravención de este precepto será nula de pleno derecho y cualquier persona podrá denunciar la infracción, ante autoridad competente.

¹⁸ Ley de la Abogacía. Artículo 1.- Son abogados los que cumplen los requisitos exigidos por Ley y demás disposiciones que regulan la profesión, declarando que la Abogacía es una función social al servicio del Derecho y la Justicia. Su ejercicio es una función pública, pero de desempeño particular.

¹⁹ Ley del Notariado. Artículo 9.- Los notarios no pueden ejercer profesión ni cargo alguno público.

A pesar de tal claridad normativa, VILLARROEL²⁰ sostiene que a los Notarios debe reconocérsele la función conformadora y configuradora del negocio jurídico desde su inicio hasta su otorgamiento y autenticación, con las salvedades que puedan darse en materia comercial y administrativa y que la intervención de un tercero (refiriéndose al Abogado) en la redacción de la minuta disocia la unidad de acto que rige en derecho notarial. Esta postura errada al parecer emerge de una inadecuada interpretación sobre la facultad de autorizar²¹ que tienen los notarios. Tal facultad no implica que los notarios deban redactar y firmar las minutas que luego protocolizarán sino que limiten su autorización a contratos con objeto, causa y motivo lícitos.

La escritura pública se otorga a solicitud de parte y sobre la base literal de la minuta, en cuyo protocolo normalmente²² estampan sus firmas las partes que intervienen junto al notario autorizante y dos testigos instrumentales, y sólo en caso que intervenga una persona que no sepa o no pueda firmar excepcionalmente²³ estampará su huella digital y firmará otra persona a ruego de ella.

²⁰ VILLARROEL CLAURE, Ramiro. Fundamentos de derecho notarial y registral inmobiliario, Cochabamba, Bolivia, 2004, 153 p.

²¹ Ley del Notariado. Artículo 1.- Los notarios son funcionarios públicos establecidos para autorizar todos los actos y contratos a que las partes quieran dar el carácter de autenticidad, con sujeción a las prescripciones de la ley.

²² Ley del Notariado. Artículo 25.- Las escrituras serán firmadas por las partes, los testigos y el notario. Cuando las partes no sepan o no quieran firmar, se hará mención de esta circunstancia al fin de la escritura.

²³ Código Civil. Artículo 1295.- (Documentos de personas que no saben o no pueden firmar) En los documentos públicos otorgados por personas que no sepan o no puedan firmar, firmará otra persona a ruego de ella, y se estamparán las impresiones digitales del otorgante, haciéndose constar esta circunstancia al final de la escritura, aparte de firmar también los testigos instrumentales.

3.3. Minuta con cláusula de conversión a documento privado

A pesar que la minuta constituye un borrador de contrato, algunos insertan una cláusula condicional de conversión de la minuta a documento privado; la condición consiste en que durante el interín entre la elaboración y la protocolización de la minuta, dicho documento tendrá calidad de documento privado; ello condiciona que durante tal interín, el documento que nació como minuta y que se convirtió en documento privado por efecto de la conversión, podrá ser sujeto de reconocimiento de firmas y llegar a constituir un documento privado-reconocido.

De lo expuesto se colige que pueden presentarse dos casos, el primero, que para su protocolización se presente ante el notario una minuta con cláusula de conversión, y el segundo, que se presente una minuta con cláusula de conversión junto a un formulario de reconocimiento de firmas debidamente llenado por el notario.

En el primer caso, el notario debe actuar como si se tratase de una minuta normal, por cuanto la cláusula de conversión que contiene no modifica la calidad de minuta del documento. En caso de concurrir los requisitos formales exigibles, transcribirá el texto literal de la minuta en un protocolo, mismo que deberá ser firmada por las partes que intervienen o figuran.

En el segundo caso, el notario debe actuar como si se tratase de una minuta normal, porque ni la cláusula de conversión ni el acto del reconocimiento de firmas modifica la calidad de minuta del documento. Concurriendo los requisitos formales exigibles, el notario deberá transcribir tanto la minuta como el formulario de reconocimiento de firmas en un protocolo. El hecho de que la minuta lleve aparejado un formulario de reconocimiento de firmas, no debe ser motivo para que en el protocolo sólo esté presente y firme una de

las partes, pues de darse ello emergería un óbice legal que impediría la validez de la escritura pública por cuanto al otorgamiento no acudieron ni firmaron todas las partes como exige la ley.

Al respecto, el ex Instituto de la Judicatura de Bolivia²⁴, señaló que “La protocolización de una minuta con cláusula de conversión respectiva a requerimiento de una sola de las partes en función de haberse anteriormente procedido al reconocimiento de firmas ante esa misma Notaria, es un procedimiento ilegal e incorrecto, pues si bien el Notario frente al reconocimiento de firmas y rúbricas habría obrado correctamente, pero frente a la escritura pública, o protocolización, es necesaria la comparecencia e imprescindible la firmas de todas las partes concurrentes. En consecuencia, el Notario en realidad estaría incurriendo en un acto ilegal”.

3.3. Minuta sin cláusula de conversión a documento privado

También ocurren casos en que las partes se apersonan ante el notario pretendiendo el reconocimiento de firmas de una minuta. De ocurrir aquello, el notario deberá constatar que la minuta contenga una cláusula de conversión de la minuta a documento privado y sólo en caso afirmativo estimará la solicitud pretendida.

La minuta sólo tiene el alcance un mero proyecto de contrato y por ende no puede ser objeto de reconocimiento de firmas ante notario. La minuta sin cláusula de conversión a documento privado sólo puede llegar a constituir escritura pública mediante la protocolización ante notario.

²⁴ Instituto de la Judicatura de Bolivia. Función y responsabilidad notarial, Sucre, Bolivia, 2006, 20 p.

Tal criterio tiene sustento en la jurisprudencia vigente contenida en la G.J. N° 1349, p. 14: “Si las partes no declaran expresamente que dan carácter de documento privado a la minuta extendida para el otorgamiento de una escritura pública, mientras ésta sea suscrita, dicha minuta sólo tiene el alcance de un mero proyecto entre las partes, sin que la justicia pueda darle otra validez sin incurrir en exceso de poder y falsa aplicación de los arts. 1297 del c.c. y 399.II del p.c.”.

También se cita la G.J. N° 1232, p. 90: “No reuniendo las condiciones especificadas por los arts. 1287 y 1297 del c.c., las minutas no pertenecen a la categoría de documentos públicos ni privados y su reconocimiento no mejora su calidad original de simples proyectos”.

Asimismo, el ex Instituto de la Judicatura de Bolivia²⁵, señaló que “el Notario de Fe Pública no puede efectuar el reconocimiento de las firmas de una minuta si no existe la cláusula que señale que en caso de no elevarse a escritura pública ese documento valdrá como documento privado, debiendo, ese funcionario, tomar muy en cuenta ese detalle”.

3.4. Documento privado

A pesar que el documento privado puede asemejarse en mayor o menor medida con una minuta, existe una característica que los diferencia.

El documento privado es un contrato definitivo y su validez no está condicionada al acto de reconocimiento de firmas de las partes. En cambio, la

²⁵ INSTITUTO DE LA JUDICATURA DE BOLIVIA. Función y responsabilidad notarial, Sucre, Bolivia, 2006, 21 p.

minuta es un contrato borrador por cuanto las partes han condicionado o supeditado su validez y eficacia a la autorización del notario y a la formal protocolización, momento en el cual recién la minuta se constituye en un contrato definitivo.

Precisamente el condicionamiento pactado entre las partes hace que la minuta esté dirigida al notario y que contenga una solicitud expresa o tácita de protocolización cumpliendo las formalidades legales.

Cuando se presenta un documento privado ante el notario para su reconocimiento de firmas, puede ocurrir que tal documento ya esté firmado o que las partes lo firmen en presencia del notario. Sin importar si el documento privado esté o no firmado por las partes, la actuación del notario se limita a escuchar a las partes respecto al reconocimiento de sus firmas estampadas en el documento privado que presentan y en caso afirmativo a presenciar que las partes estampen su firma previa acreditación de su identidad. En cambio, cuando se presenta una minuta, el notario debe leer su contenido y sólo en caso de determinar la licitud del objeto, causa y motivo del contrato recién autorizará el otorgamiento, después deberá leer el contenido íntegro de la escritura que contiene tanto el texto de la minuta como las demás formalidades legales y sólo en caso de conformidad de las partes dispondrá que las partes y los testigos firmen en su presencia previa acreditación de su identidad, y al final el notario también firmará en constancia de su autorización.

Toda vez que el documento privado es un contrato definitivo, el lugar y la fecha que contiene subsiste entre los otorgantes y sus herederos y causahabientes para todos los efectos legales sin importar si el

reconocimiento de firmas ocurrió en lugar y fecha diferente, aunque excepcionalmente ello difiere respecto de terceros en casos determinados²⁶. Cosa diversa ocurre con la minuta, lo que ya se expuso en el punto anterior pertinente.

En caso de presentarse un documento privado para su protocolización, por todo lo expuesto corresponde que el notario rechace tal solicitud por no adecuarse a la normativa notarial vigente.

3.5. Documento privado-reconocido

El documento privado adquiere la calidad de documento privado-reconocido una vez que ha sido reconocido por la persona a quien se opone, que puede ocurrir²⁷ mediante reconocimiento voluntario de firma realizado ante notario o una vez declarado por la ley como reconocido con intervención de autoridad jurisdiccional.

En caso que se pretenda ante el notario la protocolización de un documento privado-reconocido, sea en vía voluntaria o en vía jurisdiccional, tal solicitud debe ser rechazada. El rechazo no se debe a la existencia del reconocimiento sino al documento privado en sí, por cuanto dicho documento no es susceptible de protocolización conforme la normativa notarial vigente.

²⁶ Código Civil. Artículo 1301.- (Fecha del documento privado respecto de terceros) I. La fecha del documento privado es computable respecto a terceros sólo desde el día en que fue reconocido, o murió algunos de quienes han firmado, o se verificó un hecho que acredite en forma cierta su anterioridad.

²⁷ Código Civil. Artículo 1297.- (Eficacia del documento privado reconocido) El documento privado reconocido por la persona a quien se opone o declarado por la ley como reconocido, hace entre los otorgantes y sus herederos y causa-habientes, la misma fe que un documento público respecto a la verdad de sus declaraciones.

CONCLUSIONES

A la culminación del presente estudio, se determinaron las siguientes conclusiones sobre la escritura pública:

1. Para constituir la escritura pública, el Notario debe exigir la minuta firmada por los comparecientes y por el Abogado patrocinante, pues está sancionado con nulidad de pleno derecho la ausencia de firma de éste último en la minuta.
2. No existe óbice legal para elevar a escritura pública la minuta con cláusula de conversión a documento privado, incluso si cuenta con reconocimiento de firmas.
3. El documento privado no puede llegar a constituir escritura pública, aunque cuente con el debido reconocimiento de firmas y todas las partes se presenten para otorgarla.
4. El Notario no está impedido para realizar observaciones sobre minuta inadecuada e irregularmente elaboradas, las que deberán ser subsanadas mediante nuevo documento, sea por el mismo Abogado patrocinante o por otro.

RECOMENDACIONES

Creemos oportuno exponer las siguientes recomendaciones generales:

1. Si bien en la bibliografía consultada se advierte que consideran innecesaria la minuta para constituir la escritura pública puesto que el Notario podría suplir ese documento con otro de su autoría, tal postura condicionaría que el Notario violente la Ley del Notariado y permitiría que se constituya una escritura pública nula de pleno derecho determinado por la Ley de la Abogacía, por lo que se recomienda a los Notarios actuar conforme la normativa legal vigente, exigiendo la minuta firmada por las partes y por un profesional Abogado previo a constituir una escritura pública.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AVILA ALVAREZ, Pedro. *Estudios de derecho notarial*, editorial Montecorvo, Madrid, España, 255 p, 1973.

GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica notarial 1*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 248 p, 1985.

GUZMÁN FARFÁN, Saúl F. *Derecho notarial y registros públicos*, impresores colorgraf Rodríguez, Cochabamba, Bolivia, 495 p, 2001.

INSTITUTO DE LA JUDICATURA DE BOLIVIA. *Función y responsabilidad notarial*, Sucre, Bolivia, 65 p, 2006.

LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, Tomo I, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, Argentina, 249 p, 2003.

LAMBER, Rubén Augusto. *La escritura pública*, Tomo II, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, Argentina, 243 p, 2003.

LARRAUD, Rufino. *Curso de derecho notarial*, ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 689 p, 1966.

MENDOZA ARZABE, Fernando, *Tratado de derecho notarial*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, Chile, 532 p, 1993.

MORALES GUILLEN, Carlos. *Código civil: concordado y anotado con arreglo a la edición oficial*, Tomo I, Editorial Gisbert y Cia., 1004 p, 1994.

MORALES GUILLEN, Carlos. *Código civil: concordado y anotado con arreglo a la edición oficial*, Tomo II, Editorial Gisbert y Cia., 2028 p, 1994.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1038 p, 1998.

VILLARROEL CLAURE, Ramiro. *Fundamentos de derecho notarial y registral inmobiliario*, Cochabamba, Bolivia, 402 p, 2004.

ANEXOS

ANEXO 1. Normas de la Ley del Notariado de 05 de marzo de 1858, vinculadas a la monografía.

TITULO 1º

DE LOS NOTARIOS Y DE LAS ESCRITURAS

CAPITULOS 1º

De las funciones, distrito y deberes de los notarios

Artículo 1.- Los Notarios son funcionarios públicos establecidos para autorizar todos los actos y contratos a que las partes quieran dar el carácter de autenticidad con sujeción a las prescripciones de la ley.

Artículo 2.- Es prohibido a los jueces el señalar en los autos el Notario que deba extender escrituras, siendo libre la elección de las partes.

Artículo 3.- En los lugares donde no hay Notario, o cuando se halle legalmente impedido, los poderes para pleitos, de cualquier naturaleza que sean, pueden extenderse ante el Juez Instructor o Alcalde Parroquial, y en defecto de estos ante un Corregidos, actuando unos y otros con dos testigos hábiles. Los demás poderes que no fueren para el objeto indicado en este artículo, se otorgarán indispensablemente conforme a las prescripciones de esta ley.

Artículo 4.- Los Notarios y registradores de derechos reales durarán en sus funciones cuatro años, con derecho a reelección indefinida, y debiendo continuar en el ejercicio de ellas hasta que sean reemplazados.

Artículo 5.- Los Notarios están obligados a prestar sus servicios siempre que sean solicitados, bajo la pena de pagar los daños y perjuicios que ocasionaren por su culpa.

Artículo 6.- Los Notarios residirán en el lugar que les prefijare su título. En caso de contravención se presumirá que han renunciado el cargo, y el Ministerio Fiscal dará aviso a la Corte de Distrito, para que provea lo conveniente.

Artículo 7.- Los Notarios que residan en las ciudades donde esté establecida la Corte de Distrito, ejercerán sus funciones en toda la extensión de la jurisdicción de ésta; los de las capitales donde no haya mas que Juez de Partido, en la jurisdicción de éste; y los de las Provincias y Secciones de Provincias donde no haya mas que Juez Instructor, ejercerán sus funciones en la extensión de la jurisdicción del Juez Instructor respectivo. Por consiguiente, los Notarios son de la 1ª, 2ª y 3ª clase.

Artículo 8.- Es prohibido a todo Notario ejercer sus funciones fuera de la jurisdicción que le está señalada, pena de suspensión del cargo por tres meses, de ser destituido en caso de reincidencia y de abonar los daños y perjuicios que hubiere causado.

Artículo 9.- Los Notarios no pueden ejercer profesión ni cargo alguno público.

Artículo 10.- El cargo de Notario y el de Registrador de Derechos Reales son diferentes y no pueden reunirse en una misma persona.

Artículo 11.- En las provincias donde no se hallen personas que reúnan los

requisitos exigidos por las leyes para secretarios de los juzgados de partido y actuarios de los de instrucción, pueden ser nombrados para desempeñar estos destinos los Notarios de ellas, sin perjuicio de ejercer al mismo tiempo su oficio de tales, y prestando además la hipoteca que corresponde a dichas plazas.

Artículo 12.- Los Notarios de las curias eclesiásticas, los de hacienda y demás tribunales especiales, deben conservar sus archivos para franquear los testimonios que se les pidieren, y otorgar los instrumentos concernientes a su especialidad, sin que bajo de pretexto alguno puedan extender poderes, ni ningún otro instrumento público que no sea de su especialidad, pena de nulidad de todo lo que hicieren en contravención a los mandado en este artículo.

Artículo 13.- Los contratos sobre ramos de la hacienda pública y las fianzas que deben prestar los funcionarios públicos que manejan rentas fiscales y a quienes la ley exige este requisito, deben otorgarse ante los Notarios de Hacienda.

Artículo 14.- Los Notarios Eclesiásticos dejarán el otorgamiento de los instrumentos civiles para los notarios ordinarios, aún cuando los que los originen sean personas eclesiásticas.

Artículo 15.- El Notario especial de minas de Colquechaca puede intervenir en toda clase de contratos ordinarios que se ofrecieron en aquel asiento minero, sin limitación alguna.

CAPITULO 2º

De las escrituras, minutas, testimonios y del índice.

Artículo 16.- Los Notarios no podrán extender escritura alguna en que sena partes o tengan interés directo o indirecto sus ascendientes o descendientes en todos lo grados, o sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Artículo 17.- Las escrituras se otorgarán ante un Notario y dos testigos mayores de edad, vecinos del lugar del otorgamiento y que sepan leer y escribir. Sin embargo, en los testamentos se estará a lo dispuestos en el Código Civil.

Artículo 18.- Los ascendientes y descendientes, o los parientes, sea del Notario, sea de las partes contratantes en los grados prohibidos por el artículo 16, no podrán se testigos.

Artículo 19.- Los oficiales o plumarios que estén al servicio de un Notario, no podrán ser testigos en las escrituras que otorguen por éste.

Artículo 20.- Los ascendientes o descendientes, o parientes entre sí, en los grados prohibidos por el artículo 16, no podrán concurrir como testigos al otorgamiento de ninguna escritura.

Artículo 21.- Los Notarios no podrán autorizar los instrumentos que quieran otorgar sujetos que les sean desconocidos, a no ser que se presenten dos vecinos del lugar que los conozcan y que reúnan las cualidades de los testigos instrumentales, quienes firmarán la escritura, haciendo mención de esta circunstancia.

Artículo 22.- En toda escritura deber expresarse los nombres, apellidos, cualidad, vecindad a residencia de las partes, su estado y profesión, edad y la capacidad para otorgarla.

Asimismo se expresará el nombre y apellido del Notario y el lugar de su residencia, los nombres y apellidos de los testigos instrumentales, su vecindad o residencia, estado y profesión, el lugar, el año, mes, día y hora en que se otorga, bajo la pena de veinticinco pesos de multa al Notario y sin perjuicio de las que la ley impone en caso de falsedad.

Artículo 23.- Las escrituras no contendrán mas cláusulas que las que se expresan en la minuta, que se Insertará literalmente después de llenados los requisitos que se previenen en el artículo anterior.

Los poderes y demás justificativos que califiquen la personería de los apoderados, se insertarán también en la escritura.

Artículo 24.- Las escrituras de extenderán en los registros sin interrupción y en letra clara, sin dejar blancos ni intervalos. No se escribirá cosa alguna por abreviaturas, ni se pondrá fecha ni cantidad en cifras, ni nombre o apellido en iniciales, sino cada palabra con todas sus letras.

Las escrituras serán leídas de principio a fin a todas las partes y a los testigos, haciéndose mención de esta circunstancia.

El Notario que contravenga a las disposiciones de este artículo, pagará una multa de veinticinco pesos, a mas de los daños y perjuicios si diere mérito para ello.

Artículo 25.- Las escrituras serán firmadas por las partes, los testigos y el Notario. Cuando las partes no sepan o no puedan firmar se hará mención de esta circunstancia al fin de la escritura.

Artículo 26.- Las notas y llamadas se escribirán al margen y se firmarán por las partes y los testigos, como por el Notario, pena de nulidad de tales notas o llamadas.

Si la extensión de las notas exige que se pongan al fin de la escritura, deben ser no solamente firmadas con las notas escritas al margen, sino también expresamente aprobadas por las partes, pena de nulidad de dichas notas.

Artículo 27.- Cuando se cancele una escritura, se hará por medio de otra escritura, y sólo se anotará al margen de la principal la cancelación, citando la fecha y página del registro en que se halle.

Artículo 28.- Es prohibido entrerrenglonar y adicionar en el cuerpo de la escritura, y las palabras que deben adicionaras se pondrán al margen o al fin de la escritura. Cuando deban borrarse, se hará mención, de manera que su número conste al margen de la página correspondiente o al fin de la escritura; unas y otras serán aprobadas de la misma manera que las notas escritas al margen.

Toda contravención a estas disposiciones produce una multa de veinticinco pesos contra el Notario, como la de pagar los daños y perjuicios, a mas de la destitución en caso de fraude.

Artículo 29.- Cada notario formará un registro del papel del sello designado por ley, en el que extenderá las escrituras de contratos y demás actos que se otorguen por las partes.

Artículo 30.- El registro terminará el 31 de Diciembre de cada ano, sentándose al fin un acta que exprese el número de escrituras que contiene, y después de firmada por el Juez Instructor y rubricadas todas sus hojas, se encuadernará y archivará,

abriéndose el nuevo registro para el año siguiente.

Artículo 31.- Los Notarios están obligados a conservar bajo de numeración las minutas de las escrituras que otorgaren, rubricándolas previamente.

Asimismo, conservarán con igual formalidad los poderes y demás piezas que deben quedar depositados.

Artículo 32.- Sólo el Notario que tiene la minuta puede dar los originales y testimonios respectivos.

Artículo 33.- Los Notarios no podrán deshacerse de ninguna minuta, sino en los casos prevenidos por la ley y en virtud de mandato judicial.

Antes de deshacerse de la minuta, sacarán una copia legalizada que, firmada por el Juez Instructor, se sustituirá a la minuta hasta que sea devuelta.

Artículo 34.- Tampoco podrán sin mandato judicial dar testimonio de las escrituras, ni conocimiento de ellas, si no es a las partes interesadas o que tengan derecho; pena de pagar los daños y perjuicios, de abonar una multa de veinticinco pesos y de suspensión en sus funciones por tres meses, caso de reincidencia; salvas las leyes y reglamentos sobre el derecho de registro.

Artículo 35.- Cuando se pida un registro por autoridad judicial, el mismo Notario lo presentará, a no ser que el tribunal que lo pida cometa las diligencias a uno de sus miembros, a otro juez o a algún Notario.

Artículo 36.- El original o primer testimonio se dará por los Notarios a cada uno de los interesados que lo pidiere dentro del año del otorgamiento de la escritura.

La entrega de este original o primer testimonio se anotará al margen del protocolo y no se les podrá dar nuevos testimonios sin mandato judicial y sin citación de parte legítima.

Igual mandato y citación son necesarios, si pasado el año del otorgamiento de la escritura se pide el original o primer testimonio.

El Notario que contravenga a cualquiera de las disposiciones de este artículo, será destituido.

Artículo 37.- Cada Notario tendrá un sello particular que contenga su nombre y apellido y la jurisdicción a que corresponde.

Artículo 38.- Los originales y testimonios que se dieren llevarán este sello.

Artículo 39.- Los Notarios anotarán en cualquier instrumento los derechos que llevan a las partes y pondrán una nota que diga "CORRESPONDE" con respecto al papel sellado de los instrumentos.

Artículo 40.- El Notario franqueará a las partes los testimonios dentro de tres días, siendo de dos pliegos abajo, y dentro de ocho si pasaren de dos pliegos.

Artículo 41.- Los Notarios formarán por duplicado un índice sinóptico de todas las escrituras que otorgan, el que contendrá:

- 1- El número de la escritura
- 2- La fecha de ellas
- 3- Su naturaleza

4- Los nombres y apellidos de las partes y su vecindad

5- La indicación de los bienes, su situación y precio, cuando se trate de escrituras que tuvieren por objeto la propiedad, el usufructo o el goce de bienes inmuebles;

6- La suma de los derechos pagados.

Este índice lo llevarán a medida que se otorguen las escrituras y después de confrontado, visado y rubricado por el Juez Instructor, el uno quedará en poder del Notario y el otro se pasará a la Secretaría del Juzgado de Partido en el primer mes del año siguiente, para que se archive, pena de veinticinco pesos de multa por cada mes de retardo.

Artículo 42.- Los Jueces de Partido y los Jueces Instructores visitarán cada año las oficinas de los respectivos Notarios, a los efectos del Art. 33 del Código Civil y 44 de la ley de Organización Judicial.

Estas visitas se verificarán con la concurrencia de los respectivos Fiscales, quienes además deberán inspeccionar las oficinas de los Notarios, otra vez en el intermedio, del año y cuantas veces lo crean conveniente; dando cuenta en todo caso al fiscal del Distrito, con copia del acta en que conste el resultado de la inspección.

La falta o sustracción de timbres en las escrituras que otorguen los Notarios, darán lugar a la inmediata suspensión del cargo, que será decretada por el Gobierno en virtud de aviso dado por el respectivo fiscal, con el acta en que se hubiera echo constar la falta, sin perjuicio de la indemnización del valor de los timbres correspondientes y del juicio a que debe ser sometido el Notario, quien en caso de comprobación de la falta será definitivamente destituido.